

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2015
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

VV.AA, Ediciones Universidad Diego Portales / Anuario de derecho público 2015

Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2015,
1ª edición, p. 602, 17 x 24 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: An89

Colección Derecho

Incluye catálogo de publicaciones 2015; listado de libros sobre derecho constitucional,
administrativo e internacional y un capítulo de libros publicados en Chile.

Materias:

Derecho Constitucional. Chile.

Derecho Administrativo. Chile.

Derecho Internacional. Chile.

Javier Couso, dir.

Reforma electoral. Chile.

Terrorismo. Chile. Aspectos jurídicos.

Discriminación. Chile.

Huelga. Aspectos jurídicos. Chile.

Chile. Bolivia. Límites.

ISBN 978-956-314-337-9

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2015

©Ediciones Universidad Diego Portales

©VV.AA

Primera edición: septiembre de 2015

ISBN 978-956-314-337-9

Universidad Diego Portales

Dirección de Extensión y Publicaciones

Av. Manuel Rodríguez Sur 415

Teléfono: (56 2) 2676 2136

Santiago de Chile

www.ediciones.udp.cl

Editor: Javier Couso

Secretaría de Redacción: Tamara Carrera Briceño

Edición de Estilo: Vicente Parrini

Diseño: TesisDG

Impreso en Chile por Salesianos Impresores

Todos los derechos reservados

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2015
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

COMITÉ EDITORIAL

Lidia Casas
Luis Cordero
Jorge Correa Sutil
Javier Couso
Rodolfo Figueroa
Matías Guilloff
Domingo Lovera
Judith Schönsteiner
Tomás Vial

Director

Javier Couso

Secretaria de Redacción

Tamara Carrera Briceño

Editor de Estilo

Vicente Parrini



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Palabras del Decano	11
Palabras del Director.....	13

SECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

CONTRAPUNTO SOBRE EL “ACUERDO DE UNIÓN CIVIL”

El Acuerdo de Unión Civil: La respuesta legal para las uniones de hecho en Chile <i>Susan Turner Saelzer</i>	21
El Acuerdo de Unión Civil. Un error hecho ley <i>María Sara Rodríguez</i>	38

OTROS DESARROLLOS RELEVANTES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

La gran reforma electoral de 2015: Notas desde la Ciencia Política y el Derecho Constitucional

Patricio Zapata Larraín 63

¿Año de incertezas? Indicios de potencial inestabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional durante el 2014

Jorge Correa Sutil y María Soledad Molina 97

La constitucionalidad de la reforma tributaria

Francisco Saffie G. 141

El terrorismo ante del Derecho Penal: La propuesta legislativa del Gobierno como retroceso

Juan Pablo Mañalich R. 154

La Ley Zamudio en acción: Sentencias de primera instancia sobre acción antidiscriminación emitidas entre diciembre de 2012 y marzo de 2015

Fernando Muñoz León 172

Huelga como derecho fundamental: Notas a propósito de unas sentencias

José Luis Ugarte Cataldo 192

El veto presidencial y el Tribunal Constitucional

Sebastián Soto Velasco 201

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2731-2014 (control preventivo al proyecto de ley que crea el administrador provisional)

Constanza Salgado Muñoz 222

El Tribunal Constitucional y la homosexualidad: Análisis de las sentencias roles 2435 y 2681, a la luz de su jurisprudencia anterior sobre discriminación por orientación sexual

Tomás Vial Solar y Sebastián Del Pino Rubio 261

SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

El proceso de descentralización territorial del Estado de Chile: Un largo camino sin horizonte claro a la vista

Juan Carlos Ferrada Bórquez 295

La ejecutoriedad de las sanciones administrativas, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema en el ‘Caso Mackenna’

Raúl Letelier Wartenberg 316

Criterios de revisión de la Corte Suprema ante las decisiones de los Tribunales Ambientales que son objeto de casación

Tomás Darricades S., Dominique Hervé E. y Emanuel Ibarra S. 333

El poder de la Administración del Estado para planificar las ciudades: Reposición de las declaratorias de utilidad pública en la Ley General de Urbanismo y Construcciones

Pablo Soto Delgado 370

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL

Reflexiones sobre la relación bilateral. La demanda de Bolivia contra Chile

Eduardo Rodríguez Guarachi 405

Norín Catrimán y Otros: Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Jorge Contesse Singh 418

Argentina y la guerra entre jueces y gobierno

Marcelo Alegre 433

Comentario a la sentencia “Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs República Dominicana”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>Francisco Zúñiga Urbina</i>	440
--	-----

Revisión de la jurisprudencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2014 <i>Cristián Apiolaza, Marcela Díaz, Vicente Martínez y Judith Schönsteiner</i>	471
---	-----

CÁTEDRA JORGE HUNEEUS

Revisión de constitucionalidad de la ley y supremacía judicial <i>Jeremy Waldron</i>	505
--	-----

RECENSIÓN DE LIBROS

La Sala de Máquinas de la Constitución. Dos Siglos de Constitucionalista en América Latina (1810-2010) de Roberto Gargarella (Katz Editores, 2014, 390 páginas) <i>María Belén Saavedra</i>	533
---	-----

CATÁLOGO DE PUBLICACIONES 2013	547
---	-----

PALABRAS DEL DECANO

Como todos los años, la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, a través de su Programa de Derecho Constitucional, entrega a la comunidad legal nacional una nueva versión de su Anuario de Derecho Público, texto que da cuenta de los avances –y también de los obstáculos– experimentados por el Derecho Constitucional, el Internacional Público y el Administrativo, en el año inmediatamente anterior.

Es un deber agradecer las colaboraciones que para este texto regularmente recibimos de académicos de las diversas universidades del país y también del extranjero. Ello nos permite contar, desde una variedad de puntos de vista, con análisis reposados y contextualmente más completos de los temas más significativos acaecidos en estas ramas del derecho. Desde esa perspectiva son estudiadas las implicancias constitucionales de la reforma tributaria o el nuevo proyecto de ley antiterrorista, las consecuencias para las relaciones bilaterales de la demanda de Bolivia contra Chile, o el informe sobre descentralización elaborado por la comisión presidencial designada al efecto, entre otros importantes temas. Particularmente interesante me parece son las visiones en contrapunto que se entregan sobre el acuerdo de unión civil que recientemente entrara en vigencia.

Una sección especial del Anuario contiene la intervención que el pasado mes de noviembre realizó Jeremy Waldron, profesor de la New York University y uno de los constitucionalistas más importantes del mundo, en el marco de la Cátedra Jorge Huneeus que anualmente organiza esta Facultad. Su visión sobre el espacio que le debe corresponder a los jueces bis a bis las instancias democráticas, en la adopción de decisiones constitucionalmente relevantes, constituye, indudablemente, un aporte de la mayor importancia para la discusión que se avecina sobre esta materia en el país.

Finalizo agradeciendo el trabajo de los profesores que integran el Comité Editorial de este Anuario y de quiénes están a cargo de su dirección y edición, sin cuyo esfuerzo este producto no llegaría a sus manos o sería de una calidad muy distinta a la que, sin dudas, disfrutarán.

JUAN ENRIQUE VARGAS VIANCOS
DECANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

PALABRAS DEL DIRECTOR

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

Por la naturaleza y extensión de este volumen, es obviamente imposible dar cuenta de todos los desarrollos jurídicos ocurridos durante el año recién pasado en estos campos del derecho. Ello obliga a realizar una selección de los tópicos a cubrir. Selección que, por cierto, será siempre discutible, puesto que necesariamente implica dejar fuera temas relevantes. Dicho esto, el lector encontrará en este volumen análisis y comentarios respecto de los hitos jurídicos más importantes ocurridos durante el año 2014 en el ámbito del derecho público. Por otra parte, y considerando que algunos de ellos tuvieron lugar en el mes de enero del 2015 (como la aprobación de los proyectos de ley que eliminaron el sistema electoral binominal y el denominado 'Acuerdo de Unión Civil'), el volumen que el lector tiene en sus manos contiene análisis y comentarios de los últimos.

El '*Anuario de Derecho Público*' comienza precisamente con una sección especialmente dirigida a analizar la trascendente 'Ley de Acuerdo de Unión Civil', con trabajos elaborados por dos destacadas juristas que –desde distintas perspectivas jurídico-filosóficas– abordan esta nueva legislación. Adicionalmente, la sección de derecho constitucional incluye artículos que evalúan otras importantes iniciativas legislativas del año 2014, como la Reforma

Tributaria y el proyecto que reforma la Ley Anti-terrorista. Asimismo, esta sección incluye comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en diversas materias de importancia, desde el veto presidencial hasta el tratamiento de la homosexualidad como categoría discriminatoria. Dado que la jurisprudencia constitucional no se limita a las decisiones del mencionado Tribunal, en este ‘Anuario’ se incluyen comentarios a la jurisprudencia de la judicatura ordinaria en materia de huelga y en relación a la aplicación de la llamada ‘Ley Zamudio’.

Pasando a la sección de derecho internacional, destacan la interesante reflexión acerca de las relaciones bilaterales entre Chile y Bolivia en el marco de la demanda de este último país en contra del nuestro ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya, así como el comentario del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Norín Catrیمان y Otros vs. Chile’. Por otra parte, y continuando con nuestra política de incluir al menos un trabajo que trate la situación del estado de derecho en nuestra región, se incluye un agudo ensayo del académico de la Universidad de Buenos Aires, Marcelo Alegre, en que analiza lo que denomina la ‘guerra’ entre la judicatura y el gobierno de Argentina.

En la sección de derecho administrativo, destaca el comentario sobre el Informe de Descentralización que elaboró una comisión especialmente designada por el Gobierno durante el año pasado, así como el artículo que estudia los criterios de revisión de la Corte Suprema respecto de decisiones de los Tribunales Ambientales.

Más allá de las tres secciones mencionadas, cabe destacar el que –por primera vez– se incluya en el ‘Anuario’ la transcripción de una de las conferencias que se vienen dictando en nuestra Facultad en los últimos años en el marco de la denominada ‘Cátedra de Derecho Constitucional Jorge Huneeus Zegers’. En este caso, se incluye la conferencia ofrecida el pasado mes de noviembre por el mundialmente reconocido filósofo del derecho, Jeremy Waldron (de la Universidad de Nueva York). Esta conferencia –que fue traducida por la Secretaria de Redacción, Tamara Carrera– es un trabajo inédito preparado especialmente por Waldron para la ocasión.

El ‘Anuario’ incluye también la recensión del que probablemente fue el libro más importante de derecho constitucional publicado en América Latina durante el año 2014, “*La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*”, obra del destacado jurista argentino Roberto Gargarella.

Finalmente, y continuando con una tradición que comenzamos hace ya varios años, el *'Anuario'* incluye un *'Catálogo de Publicaciones'*, que contiene una exhaustiva compilación de todos los libros, capítulos de libro, y artículos científicos publicados durante el año 2014 en nuestro país en materia de derecho constitucional, derecho administrativo y derecho internacional. Este trabajo fue posible gracias a la generosa colaboración de un talentoso grupo de estudiantes de la Facultad.

El esfuerzo editorial que implica publicar el *'Anuario de Derecho Público'* no habría sido posible sin el generoso concurso de los numerosos juristas nacionales y extranjeros que escribieron los excelentes trabajos que se contienen en este volumen. Ello nos permite ofrecer al lector análisis reflexivos sobre los más diversos tópicos del derecho público nacional y comparado, así como del derecho internacional, a partir de aportes de especialistas de prestigiosas universidades y centros académicos de Chile y del extranjero. Estamos en deuda con cada uno de ellas y ellos.

Antes de terminar, quisiera agradecer al decano de nuestra facultad, Juan Enrique Vargas, por su siempre entusiasta apoyo al *'Anuario'*; a los integrantes del Comité Editorial (Lidia Casas; Luis Cordero; Jorge Correa Sutil; Rodolfo Figueroa; Matías Guiloff; Domingo Lovera; Judith Schonsteiner y Tomás Vial); a Matías Rivas y Felipe Gana (de Ediciones Universidad Diego Portales); al nuevo editor de estilo, Vicente Parrini; a Sonia Kuzmanic y, finalmente, a nuestra Secretaria de Redacción, Tamara Carrera, por el extraordinario trabajo que realizaron.

JAVIER COUSO

SECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

**CONTRAPUNTO SOBRE EL
'ACUERDO DE UNIÓN CIVIL'**

EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL: LA RESPUESTA LEGAL PARA LAS UNIONES DE HECHO EN CHILE

Susan Turner Saelzer¹

Resumen

En este trabajo se aborda el Acuerdo de Unión Civil (en adelante, “AUC”) creado por la Ley N° 20.830 con fecha 21 de abril de 2015. En la primera parte, se describe el estatuto legal del AUC en cuanto a su constitución, validez, forma de celebración, efectos, terminación y competencia sobre las contiendas que suscite, haciendo la comparación con la regla matrimonial que corresponda. En la segunda parte, y luego de presentar la manera en que el matrimonio y las uniones de hecho han coexistido en el ordenamiento nacional, se analizan tres aspectos en que puede verificarse la coherencia interna y externa del AUC: sus destinatarios, su constitución y prueba, y su régimen de bienes.

Introducción

Hasta el 21 de abril de 2015, Chile formaba parte del reducido grupo de países latinoamericanos que carecían de un estatuto legal para las uniones de hecho, es decir, para aquellas parejas que manteniendo una relación de carácter afectivo sexual como si fueran cónyuges, no estaban, sin embargo, unidas por vínculo jurídico alguno. Ese día de abril fue publicada la ley que crea el Acuerdo de Unión Civil².

Esta figura se presentó, ante la opinión pública, como una “iniciativa que crea un nuevo estado civil, y que busca proteger el patrimonio e intereses de

¹ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogada. Doctora en Derecho, Universidad de Göttingen, Alemania. Profesora de Derecho Civil, Universidad Austral de Chile.

² Ley N° 20.830 “Crea el Acuerdo de Unión Civil”, promulgada con fecha 13 de abril de 2015 y cuya vigencia se difiere al 22 de octubre de 2015.

los convivientes y de sus hijos”, según señalaba la página de noticias de la Cámara de Diputados³; y como una ley cuyo propósito es “terminar con la discriminación y la desprotección jurídica de parejas que viven juntas”, como informó el sitio web oficial del Gobierno⁴. Por su parte, los dirigentes del MOVILH⁵ consideraron la medida como “un paso histórico para la igualdad de derechos”.

Como es característico en las reformas legales en derecho de familia, la creación de la figura legal del AUC supuso un arduo debate entre posiciones ideológicas encontradas. No sólo existieron discrepancias en cuanto al contenido de la nueva institución, sino que también fue cuestionada la necesidad misma de que el legislador nacional interviniese, dictando un estatuto general para las convivencias extramatrimoniales.

La irrupción del AUC plantea un nuevo escenario para el derecho de familia chileno: entre las parejas que deciden unirse a través del vínculo jurídico del matrimonio y aquellas que se mantienen ajenas a toda regulación, aparece una tercera posibilidad: personas que someten su relación afectiva al derecho, pero bajo un régimen distinto al matrimonial. Ellas se registrarán por el estatuto legal del AUC, ya sea porque no quieren o no pueden contraer matrimonio.

A continuación, abordaré el estatuto legal del AUC desde dos perspectivas: en la primera parte (1.), intentaré describirlo en sus rasgos fundamentales, presentando el resultado del debate, sin ninguna pretensión de comprender todas y cada una de las normas que componen la ley. El contrapunto estará dado por las reglas del matrimonio que regulan similares materias. En la segunda parte (2.), analizaré algunos problemas puntuales en que el legislador tuvo que tomar partido y que le exigieron definirse, durante el debate parlamentario, frente a posturas encontradas. La idea, entonces, es que a partir de la configuración legal del AUC, descrita en la primera parte, se vislumbren, en la segunda, algunos puntos controversiales: el relativo a la coexistencia de la nueva ley con el matrimonio (2.1.), a los destinatarios del AUC (2.2.), a su constitución y prueba (2.3.) y a su régimen de bienes (2.4.).

3 Cámara.cl, Congreso aprueba Acuerdo de Unión Civil, 28 de enero de 2015.

4 Gob.cl, Acuerdo de Unión Civil: Los nuevos beneficios para convivientes, 30 de enero de 2015.

5 Movilh.cl, Histórico: la unión civil ya es ley en Chile, 29 de enero de 2015.

1. El estatuto legal del AUC⁶

El AUC constituye el resultado final de la fusión de dos figuras propuestas en distintos proyectos de ley: el Acuerdo de Vida en Común (AVC) y el Acuerdo de Vida en Pareja (AVP)⁷. Estas dos iniciativas legales fueron precedidas por una serie de intentos –más de una decena, con mayor o menor pretensión de amplitud– por regular las convivencias extramatrimoniales.

Su propio nombre, “Acuerdo de Unión Civil”, surgió poco antes de la aprobación por parte del Congreso, como propuesta intermedia de la comisión mixta entre “AVP” –propuesta del Senado– y “PUC”, propuesta de la Cámara⁸.

1.1. La constitución del AUC

El AUC se define como el “contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente” (artículo 1 inciso 1°).

Se trata, por lo tanto, de una convención generadora de obligaciones que debe cumplir con requisitos formales para su nacimiento y en que sus partes están legalmente determinadas. Los requisitos de forma que debe cumplir determinan que se debe tratar de un contrato solemne, es decir, debe celebrarse ante un oficial del Registro Civil. En cuanto a las partes que lo celebran –los “convivientes civiles”– existe la limitación de que cada una debe estar constituida por una sola persona, cualquiera sea su sexo. Por consiguiente, el AUC sólo puede existir entre dos personas, sean ellas un hombre y una mujer, dos mujeres o dos hombres.

6 En lo que sigue, las referencias a artículos se entienden hechas a la ley N° 20.830, a menos que a continuación del número se aluda a la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947 como “LMC” o al Código Civil chileno como “CC”.

7 El AVC surgió de la moción presentada por el Senador Allamand, el 29 de junio de 2010 (Boletín 7011-07). Por su parte, el AVP provino del mensaje enviado por el Presidente Piñera, el 8 de agosto de 2011 (Boletín 7873-07). Ambos boletines se refundieron para continuar con su tramitación el 2 de enero de 2013.

8 *Historia de la Ley 20.830*, documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 914-915. De acuerdo con antecedentes de prensa, habría sido el propio rector de la Pontificia Universidad Católica de Chile quien solicitó el cambio de nombre, fundándose en la asociación de la sigla “PUC” a dicha casa de estudios. Biobiochile.cl. Nuevamente cambian el nombre al PUC: Ahora se llamará Acuerdo de Unión Civil, 27 de enero de 2015. El antecedente inmediato de la denominación “PUC” se encuentra en el proyecto de ley elaborado por los profesores Carlos Pizarro Wilson y Mauricio Tapia Rodríguez, que ingresó al Congreso el 27 de octubre de 2009 (Boletín N° 6735-07).

El objeto del contrato, aquello sobre lo que versa, está dado por el conjunto de derechos y obligaciones que genera, tanto de carácter patrimonial como extrapatrimonial.

Su causa, en el sentido de aquello que motiva a la celebración del contrato, es regular los efectos jurídicos derivados de la vida afectiva en común.

En consecuencia, el AUC comparte con el matrimonio la calificación jurídica de contrato y su carácter solemne (artículo 102 CC: “El matrimonio es un contrato solemne [...]”), además de que se celebra sólo entre dos personas. Difiere, en cambio, en que no exige diversidad de sexo (el matrimonio es “[...] entre un hombre y una mujer [...]”), en que no alude a su duración (en el matrimonio los cónyuges “[...] se unen actual e indisolublemente y por toda la vida [...]”), y en que no especifica las finalidades de la convivencia (las del matrimonio son “[...] vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente).

1.2. La validez del AUC

La validez del AUC depende del cumplimiento de ciertos requisitos:

- a. Consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes (artículo 8 inciso 1º). Falta este requisito cuando exista error en la identidad de la persona del otro contrayente o fuerza, en los términos de los artículos 1456 y 1457 CC.
- b. Capacidad de los contrayentes (artículos 7 y 9). Las partes deben ser mayores de edad y tener la libre administración de sus bienes, con excepción de los disipadores sujetos a interdicción. Además, no deben afectarles incapacidades de parentesco (ser entre sí ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad, o colaterales por consanguinidad en el segundo grado) o de estado civil (tener un vínculo matrimonial no disuelto o un AUC vigente).
- c. Presencia del oficial de Registro Civil. Si bien este requisito no está elevado explícitamente a la condición de solemnidad del AUC, debe entenderse como un requisito de existencia, tal como ocurre en el matrimonio.

Por consiguiente, el AUC celebrado con error o fuerza o en que alguna de las partes sufra alguna de las incapacidades mencionadas, será nulo (artículo 26, letra f, inciso 2º). Si se celebra sin la presencia de un oficial de Registro Civil, será inexistente y en nuestro derecho, por consiguiente, nulo por completo.

Confrontado el régimen de validez del AUC con el del matrimonio, se pueden apreciar algunas diferencias. Sobre los vicios del consentimiento, llama la atención que no se haya considerado el error en las cualidades personales, lo que hubiese resultado determinante para otorgar el consentimiento, atendida la naturaleza y fines de la unión (artículo 8 N°2 LMC). En este aspecto, sólo se consagra el error en la identidad física de la otra parte. Por otro lado, la adopción de las reglas generales de capacidad patrimonial, abandonando la excepción del derecho matrimonial de fijar la capacidad en los 16 años (artículo 5 N°2 LMC), reafirma el carácter contractual del AUC. En el mismo sentido debiera interpretarse el hecho de que no se hayan contemplado para el AUC las incapacidades tomadas por la LMC del año 2004, desde el derecho canónico, relativas a las facultades mentales y madurez de los contrayentes en consideración al matrimonio (artículo 5 N° 3 y 4 LMC).

Tanto la LMC como la AUC tienen en común la consagración de ciertas incapacidades especiales, con efectos absolutos o relativos –denominados “impedimentos impeditivos” en el derecho del matrimonio– como el de estar alguno de los contrayentes casado con un tercero o el del parentesco entre los contrayentes, situaciones que provocan la nulidad del acto. También existen ciertas prohibiciones cuyo incumplimiento no acarrea la nulidad del acto celebrado (artículos 10 y 11).

1.3. La celebración del AUC

El AUC se celebra en Chile ante cualquier oficial del Registro Civil e Identificación, en su oficina o en otro lugar dentro de su jurisdicción. En el acto, los contrayentes declararán, bajo juramento o promesa, no encontrarse ligados por vínculo matrimonial no disuelto o un AUC vigente (artículo 5). Además, en ese acto deberán los contrayentes declarar expresamente que adoptan el régimen de comunidad de bienes si así lo desearan (artículo 15).

El oficial deberá levantar acta de todo lo obrado, con su firma y la de los contrayentes, la que se inscribirá en un registro especial que tendrá el Servicio de Registro Civil e Identificación (artículo 6).

Los acuerdos de uniones civiles o contratos equivalentes no constitutivos de matrimonio, celebrados en el extranjero, se registrarán tanto en sus requisitos de forma y fondo por la ley del país en que se hayan celebrado, sin perjuicio de la eventual nulidad que pueda afectarles en Chile por incumplimiento de los requisitos de validez del AUC. Deberán inscribirse en el Registro aludido para que generen sus efectos (también el pacto de comunidad de bienes, si

lo hubiera) y las sentencias extranjeras recaídas en ellos serán reconocidas en nuestro país, según las reglas generales (artículo 12).

Una primera mirada general nos permite constatar que el AUC está revestido de menos formalidades que el matrimonio. En principio, la ritualidad de la celebración es más simple, si bien en la práctica esta característica podría cambiar si es que el reglamento respectivo (aludido en el artículo 48) introduce –como suele ocurrir– más trámites de los contemplados por la ley. No existen en el AUC las formalidades previas a su celebración (manifestación, información y cursos de preparación), no está considerada tampoco la solemnidad coetánea al matrimonio, consistente en la presencia de dos testigos hábiles. Solo las formalidades posteriores (levantamiento del acta por el oficial e inscripción) son comunes.

Si bien ambos rituales requieren la presencia del oficial del Registro Civil, en calidad de representante del poder estatal, el rol del funcionario es distinto en cada caso. Mientras en el matrimonio el funcionario es el que, previa respuesta afirmativa de los contrayentes en el sentido de querer recibirse el uno al otro como marido y mujer, “los declarará casados en nombre de la ley” (artículo 18 LMC); en el AUC el oficial se limita a estar presente, a levantar el acta respectiva y a certificar en el Registro el cumplimiento de los requisitos legales. Es decir, actúa como mero ministro de fe.

Respecto del AUC, el legislador prevé una sola modalidad de celebración, a diferencia de lo que ocurre en el matrimonio que puede realizarse íntegramente en fase civil o sumarle el rito religioso, según el artículo 20 LMC.

En cuanto al reconocimiento de pactos similares al AUC celebrados válidamente en el extranjero, la solución adoptada es similar a la del estatuto matrimonial. Eso sí, se destaca la regla N°6 del artículo 12 inciso 2° que indica: “Los matrimonios celebrados por personas del mismo sexo en el extranjero serán reconocidos en Chile como acuerdo de unión civil si cumplen con las reglas establecidas en esta ley y sus efectos serán los mismos de este acuerdo”. Tal como se explicará más adelante, existe en esta regla una intención manifiesta de resguardo del matrimonio heterosexual chileno a través de una “recalificación” del acto celebrado válidamente en el extranjero por dos personas del mismo sexo.

1.4. Efectos del AUC

Celebrado un AUC válido, este acto genera un conjunto de derechos y obligaciones. Dichos efectos están fuera del ámbito de disposición de las partes

pues el AUC no puede sujetarse a modalidad o gravamen, ni prometerse su celebración (artículo 3).

En el ámbito extrapatrimonial, el AUC confiere a sus partes el estado civil de “conviviente civil” (artículo 1 inciso 2°); que genera parentesco por afinidad entre un conviviente civil y los consanguíneos del otro (artículo 4) y que crea el deber de ayuda mutua entre los convivientes civiles (artículo 14). En cuanto a la filiación, la presunción de paternidad contemplada para el marido en el artículo 184 del Código Civil, se hace aplicable a los hijos de convivientes civiles de distinto sexo (artículo 21) y el conviviente civil se considerará, especialmente, en caso de que, por inhabilidad de ambos padres el juez deba entregar el cuidado personal del hijo a un tercero (artículo 226 inciso 2° CC).

En el ámbito patrimonial, el AUC genera la obligación para los convivientes civiles de solventar los gastos generados por su vida en común, de conformidad a sus facultades económicas y al régimen patrimonial que exista entre ellos (artículo 14). Además, confiere –o más precisamente, reafirma– la legitimación activa al conviviente civil para ejercer las acciones indemnizatorias ante el hecho ilícito de un tercero que causó la muerte del otro conviviente o la imposibilidad de ejercer por sí mismo estas acciones, así como otras de la misma naturaleza (artículo 20).

Dentro del campo patrimonial, y en lo que constituiría el régimen de bienes del AUC, los convivientes civiles conservan la propiedad, goce y administración de los bienes anteriores a la celebración del contrato y de los que adquieran durante la vigencia de éste. Sin embargo, pueden pactar expresamente, en el acto de celebración del AUC, una comunidad de bienes que comprende los bienes muebles e inmuebles adquiridos a título oneroso durante la vigencia del AUC, con excepción de los bienes muebles de uso personal necesarios del conviviente que los ha adquirido. Los convivientes que hubieren pactado esta comunidad podrán sustituirla por la separación de bienes, mediante escritura pública que debe subinscribirse para producir sus efectos. Además, tiene aplicación la institución del bien familiar, aunque los convivientes tengan o no comunidad de bienes (artículo 15).

En el caso de que el AUC se disuelva, se producen dos efectos patrimoniales relevantes: por una parte, el conviviente civil que se dedicó al trabajo doméstico, durante la vigencia del AUC, puede pedir una compensación por el menoscabo económico sufrido por esta causa, la que se regirá por las normas de los artículos 62 a 66 LMC, salvo en lo que se refiere al plazo de prescripción de la acción, en la circunstancia de que el AUC termine por voluntad

unilateral de uno de los convivientes (artículo 27). Por otra, el conviviente civil sobreviviente tiene derechos hereditarios tanto como heredero *ab intestato*, como asignatario forzoso de legítima y mejoras (artículo 16) y como adjudicatario preferente del inmueble familiar (artículo 19).

En general, se extienden de pleno derecho a los convivientes civiles todas las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que las leyes y reglamentos establecen para los cónyuges (artículo 23) y las normas jurídicas que con cualquier expresión hagan alusión a los convivientes, deberán entenderse como aplicables (artículo 24).

El conjunto de derechos y obligaciones que genera el AUC es bastante similar al que emana del matrimonio. Ya sea a través de una norma expresa que hace aplicable el derecho matrimonial o bien a través de una norma que repite una ya existente en el derecho matrimonial, el AUC replica el estatuto protector que ha caracterizado al matrimonio, salvo en algunos aspectos: los efectos personales, los alimentos y el régimen patrimonial.

En relación con los efectos personales, el AUC se inclina por consagrar un deber genérico, “de ayuda mutua”, en vez de optar por la descripción específica de derechos y deberes del matrimonio (deber de fidelidad, de socorro, etc.). En principio esto es favorable para que cada pareja le dé un contenido propio al deber genérico de manera autónoma. Respecto al deber de alimentos, esta obligación no le es reconocida a los convivientes civiles. Dado que el catálogo de titulares del derecho de alimentos contenido en el Código Civil no se ha ampliado, debemos entender que, mientras subsista el AUC, existirá únicamente la obligación de contribuir a los gastos del hogar común.

El AUC difiere del matrimonio en cuanto al régimen patrimonial aplicable a las partes de manera supletoria. Si en el matrimonio la regla supletoria al pacto de los contrayentes es la sociedad conyugal, en el AUC lo es la separación total de bienes.

1.5. La terminación del AUC

El efecto general que produce la concurrencia de alguna causal de terminación del AUC es la extinción de todas las obligaciones y derechos, cuya titularidad y ejercicio deriven de la vigencia del contrato (artículo 28). Dichas causales están descritas de manera taxativa en el artículo 26:

- a. Muerte real o presunta de alguno de los convivientes civiles;
- b. Matrimonio de los convivientes civiles entre sí;

- c. Mutuo acuerdo de los convivientes civiles;
- d. Voluntad unilateral de alguno de los convivientes civiles; y
- e. Nulidad del AUC.

En lo que dice relación con el término del AUC, las semejanzas con el régimen matrimonial son evidentes. Tanto la muerte como la nulidad están previstas expresamente en dicha institución. En cuanto al acuerdo de las partes y la voluntad unilateral de una de ellas, el AUC no hace otra cosa que aplicar las reglas generales del contrato, reconociendo el mutuo disenso y la facultad de revocar propia de los contratos *intuitu personae*. Ellas son causa suficiente para la terminación, no requiriendo de una sentencia judicial que la declare, a diferencia de lo que ocurre con el divorcio, en el que su efecto extintivo emana de la sentencia que lo decreta y no de la voluntad –unilateral o bilateral– que supone el ejercicio de la acción respectiva.

La extinción general de las obligaciones y derechos derivados de la existencia del AUC, una vez que el Acuerdo ha terminado por alguna causa legal, encuentra también su correlato en el artículo 59 LMC referido al divorcio.

En el AUC no se regula la separación de hecho ni se contempla la separación judicial, como respuestas intermedias frente al quiebre de la convivencia.

1.6. Competencia sobre las cuestiones que surjan del AUC

La competencia para conocer de las controversias que nazcan de un AUC y que se promuevan entre convivientes civiles, corresponde a los Tribunales de Familia, sin perjuicio de que la liquidación de la comunidad de bienes, en su caso, pueda hacerse de común acuerdo o por un juez partidario (artículo 22). En la disyuntiva de entregarle competencia a los tribunales civiles o a los de Familia, el legislador optó por la especialidad de estos últimos, confirmando que el AUC si bien genera efectos patrimoniales trascendentales para sus partes, tiene una dimensión familiar que lo hace distinto al común de los contratos.

2. Análisis de ciertos aspectos controvertidos del AUC

Abordar la tarea de regular las uniones de hecho no matrimoniales supone para el legislador resolver algunas cuestiones específicas que, en mi opinión, dependen a su vez de una más general: determinar cuál es, o cuál debería ser

la relación entre la unión de hecho y el matrimonio⁹. Bien definido este punto, podrá evaluarse la coherencia del estatuto legal resultante, tanto desde un punto de vista interno (entre sus propias normas) como externo (en relación con el ordenamiento jurídico en general). Entonces ¿es coherente en estos sentidos el AUC?

A continuación, y luego de presentar la forma en que ambas figuras han coexistido en el ordenamiento nacional, se analizarán tres aspectos en que puede verificarse la coherencia interna y externa del AUC: sus destinatarios, su constitución y prueba, y su régimen de bienes.

2.1 Coexistencia del matrimonio con el AUC

Hasta ahora, el problema de coexistencia entre matrimonio y unión de hecho no matrimonial no se había presentado. Y ello no solo porque Chile carecía de una ley regulatoria integral referida a estas últimas, sino porque la solución jurisprudencial creada para ellas había mantenido ambas figuras en campos separados. Mientras el matrimonio constituye una de las instituciones más importantes del derecho de familia, el régimen aplicable a las uniones de hecho creado por la jurisprudencia, las aborda como una comunidad típica del derecho de obligaciones. Según la jurisprudencia, las uniones de hecho están en el ámbito patrimonial-obligacional, en que lo principal es encontrar una causa jurídicamente relevante para la necesidad de repartir bienes comunes, pues la unión afectiva en sí misma no es capaz de generar obligaciones patrimoniales y extrapatrimoniales¹⁰.

Así, enfrentados los tribunales a la ausencia de un régimen legal especial aplicable a los problemas patrimoniales suscitados a raíz de la terminación de la unión de hecho, aplicaron los principios generales del derecho de las obligaciones. Conscientes de que su labor no es sustituir al legislador y por consiguiente, valiéndose de las normas jurídicas que le eran útiles, a través de un razonamiento íntegramente “obligacional”, los tribunales nacionales se preguntaron acerca de la causa generadora de alguna obligación jurídica entre los miembros de la unión o entre uno de ellos y los herederos del difunto,

9 Ilustrativa respecto de este punto es la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, del 17 de julio de 2002, que debió pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley sobre Parejas de Hecho Registradas. Considerando la protección expresa que la Constitución de ese país da al matrimonio y el que se trataba de una ley dirigida únicamente a parejas homosexuales, el tribunal se inclinó por la validez del régimen legal impugnado.

10 Un estudio acabado del régimen jurisprudencial aplicable a las uniones de hecho puede encontrarse en Barrientos, Javier, *De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, (LegalPublishing), 2009.

concluyendo que la unión de hecho por sí misma no constituye fuente de obligación jurídica alguna entre sus integrantes. En otras palabras, la unión de hecho como tal, es irrelevante para el derecho. Dado que ella no genera obligaciones jurídicas entre sus partes resulta necesario, entonces, ubicar otras causas concretas para producir esas obligaciones, surgiendo, entonces, la comunidad no convencional, la sociedad de hecho y la prestación de servicios no remunerados, como categorías útiles para lograr aquello que la unión de hecho, por su naturaleza, no puede producir: la repartición de las utilidades patrimoniales adquiridas durante la vida en común.

A partir de la negativa de la jurisprudencia a considerar a la unión de hecho como un fenómeno jurídicamente relevante por sí mismo, puede extraerse una consecuencia crucial para nuestro análisis: el estatuto creado por la jurisprudencia implicó una separación tajante de las uniones de hecho respecto de su figura más cercana, el matrimonio.

Pero la entrada en vigencia del AUC cambia el escenario descrito.

A mi juicio, una legislación sobre uniones de hecho no podía desconocer que dichas uniones representan una comunidad fundada en la convivencia afectiva y sexual y, como tal, que su campo natural es el derecho de familia. Allí situada, esa unión necesariamente convive con el matrimonio, relación que será pacífica en la medida en que ciertos límites estén claramente establecidos y se fortalezca la singularidad de cada institución. De esa manera la unión de hecho no será un mero “matrimonio de segunda” ni tampoco, un matrimonio disfrazado con otro nombre.

¿Cómo perfila el AUC su frontera con el matrimonio?

Me parece que el legislador acierta al insertar al AUC en el derecho de familia nacional y traza una línea divisoria meridianamente clara con el estatuto matrimonial.

La propia definición del AUC recalca que sus integrantes “comparten un hogar” y que tienen una “vida afectiva en común, de carácter estable y permanente”, por lo tanto, estimo que la comunidad del AUC queda nítidamente ubicada en el ámbito de las relaciones de familia. El hecho de que entre los convivientes civiles exista un estado civil propio, que se reconozca un deber general de ayuda mutua entre ellos y que las cuestiones judiciales derivadas de ese Acuerdo, queden entregadas al conocimiento de los Tribunales de Familia, reafirman lo anterior. Por consiguiente, el punto de partida del régimen jurisprudencial chileno, surgido ante la necesidad de dar una respuesta patrimonial a las convivencias extramatrimoniales, ha sido abandonado.

En cuanto a la línea fronteriza entre el AUC y el matrimonio, el legislador hizo su mejor esfuerzo. Así, estableció como impedimento absoluto para contraer el AUC la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto con un tercero y, a su vez, agregó en la LMC como impedimento para contraer matrimonio el tener un AUC vigente. Sin embargo, dicho impedimento fue consagrado únicamente en términos relativos, pues los convivientes civiles sí pueden contraer matrimonio con su contraparte en el AUC. De allí que, consistentemente, exista una causal de terminación del AUC de “matrimonio de los convivientes civiles entre sí, cuando proceda” (artículo 26 letra c).

El efecto extintivo reconocido al matrimonio respecto del AUC cuando los convivientes civiles lo contraen entre sí, no tiene correlato en el régimen matrimonial. Es decir, un cónyuge no puede celebrar un AUC con un tercero –hasta ahí se mantiene la regla–, pero tampoco con su otro cónyuge, porque al AUC no se le reconoce la fuerza de una causal de terminación del matrimonio. Esta diferencia denota una asimetría entre las dos figuras, una especie de preferencia legal en favor del matrimonio.

El reconocimiento en Chile de matrimonios homosexuales extranjeros en calidad de AUC (artículo 12 N°6 inciso 2°), la extensión de inhabilidades y prohibiciones relativas a los cónyuges, a los convivientes civiles (artículo 23), la remisión a la LMC para efectos de la terminación del AUC por muerte presunta (artículo 26 letra b), la repetición casi textual de derechos consagrados en favor de los cónyuges en la LMC, como la compensación económica, pero ahora en favor de los convivientes civiles (artículo 27), entre otras, muestran la similitud entre el fenómeno que subyace tanto al matrimonio como al AUC: parejas que conforman una comunidad de vida marcada por una relación afectiva-sexual, con rasgos de permanencia, singularidad y notoriedad pública. Con estas disposiciones, resulta casi imposible una delimitación más precisa entre sus respectivas normativas.

2.2 Destinatarios del AUC

La pregunta acerca de a qué uniones de hecho debía aplicarse el AUC, admitía varias respuestas: sólo a parejas heterosexuales, sólo a parejas homosexuales o a ambas. Considerando que nuestro Código Civil consagra el matrimonio heterosexual, la primera solución anotada habría supuesto que ambas figuras tuviesen exactamente el mismo ámbito de aplicación y, en cambio, la segunda habría implicado un distanciamiento en la medida que al AUC sólo podrían haber optado aquellas parejas que no pueden contraer matrimonio por ser

del mismo sexo. Después de largo debate, la decisión del legislador nacional acogió la tercera solución, de lo que resulta que una pareja heterosexual tiene actualmente dos vías para someter su unión al derecho: el matrimonio y el AUC. Por el contrario, una pareja homosexual sólo dispone del AUC.

Tal como lo he sostenido en otras oportunidades, creo que la solución jurídicamente más fina, en un sentido de coherencia técnica entre normas civiles, habría sido reservar el AUC para las parejas homosexuales¹¹. El matrimonio actual está completamente entregado a la ley civil en cuanto a sus efectos jurídicos. Por consiguiente, ninguna persona podría tener alguna objeción de conciencia basada en una creencia religiosa para no contraerlo. Por otra parte, la disolubilidad del matrimonio por divorcio permite que hoy las personas puedan terminar con un matrimonio que no las satisface. Entonces, considerando estas características del matrimonio, la existencia de una figura paralela a la LMC que pretende regular una misma situación de hecho y para los mismos destinatarios, parece innecesaria. Por el contrario, una regulación destinada únicamente a las parejas homosexuales se justificaría, precisamente, porque, hasta ahora, no podían contraer matrimonio.

Sin perjuicio de lo anterior, y desde el punto de vista del principio de igualdad, el tratamiento conjunto para parejas tanto homosexuales como heterosexuales puede presentar ventajas.

Cualquiera sea la postura que se hubiese adoptado en este punto, lo que resulta inaceptable es la omisión consciente del legislador de abarcar materias relativas a los hijos, cuando está regulando una institución de familia que crea estado civil. Resulta insuficiente hacer extensible a los convivientes civiles heterosexuales la presunción de paternidad reservada, hasta ahora, al marido (artículo 21). ¿Se justifica mantener la distinción binaria entre hijos de filiación matrimonial y no matrimonial cuando ahora existirán unos que nacen bajo un tipo de unión reconocida por el derecho pero distinta del matrimonio? ¿Por qué los convivientes civiles de un AUC heterosexual no podrán adoptar en igualdad de condiciones con un matrimonio o, al menos, con preferencia ante una persona soltera que desee adoptar? ¿Cómo podría un conviviente civil que compartió la crianza de un hijo del otro, durante años, solicitar judicialmente un régimen de relación directa y regular con él? ¿Será considerado el conviviente civil como un tercero interesado, para efectos del ejercicio de acciones de filiación?

11 Turner, Susan, "Uniones de hecho y su regulación legal", en Guzmán Brito, Alejandro (coord.), *Estudios de Derecho Civil III*, (LexisNexis) 2007, pp. 167-176.

Pareciera que la imposibilidad del legislador de consensuar una postura respecto del acceso de los convivientes civiles homosexuales a la filiación adoptiva y asistida, privó al AUC de contar con normas que por la naturaleza de la unión le son propias, y le hizo perder consistencia, tanto interna como externa, con respecto al matrimonio.

2.3 Constitución y prueba del AUC

Todas las iniciativas que precedieron al AUC descansaban sobre la idea de que la solución para el problema de las uniones de hecho, caracterizadas por la falta de un estatuto legal que las abarque de manera integral, pasaba por consagrar una figura de base convencional formal¹². Según dicha postura, la constitución de la unión supone la existencia de una formalidad de carácter convencional, sin la cual no existe la unión. No bastaría, entonces, el hecho de la convivencia afectiva, estable y permanente, sino que se requeriría celebrar una convención para darle existencia, más o menos formal, según los requisitos de forma que se previeran (escritura pública más inscripción en un registro especial, presencia de un ministro de fe e inscripción, sólo inscripción, etc).

Se trata del modelo empleado en el derecho matrimonial. El matrimonio es inexistente si no se celebra ante oficial del Registro Civil y es nulo absolutamente si no cumple con la solemnidad de contar con dos testigos hábiles.

El AUC asume dicho modelo y lo hace a cabalidad. Además de destacar en la propia definición de que se trata de un contrato, exige ciertas formalidades: la presencia del oficial y la posterior inscripción del acta respectiva en un registro especial. Si bien no se especifica las consecuencias del incumplimiento de estas formalidades, pareciera que la idea es que constituyan verdaderos requisitos de existencia del acto, de tal manera que sin ellas el AUC no se llegue a formar y no se pueda probar. Además, y en consideración a que se trata de una convención, se reconocen vicios del consentimiento que pueden llevar a su anulación y se establecen incapacidades especiales que impiden una voluntad válida. Es decir, se trata de un régimen convencional clásico.

Sin embargo, al asumir ese modelo, el legislador nacional creó automáticamente, una unión de hecho residual: aquella que existe en la realidad, libremente consentida por las partes, pero que al no revestir las formalidades legales, no existe como AUC y por lo tanto, persiste como realidad extrajurídica.

¹² Varas, Juan Andrés, “Uniones de hecho y derecho sucesorio (libertad de testar para solteros sin hijos)”, en Revista de derecho (Valdivia), vol. XXIII n°2, 2010, p. 22.

La otra posibilidad habría consistido en conferir a la mera convivencia afectiva extramatrimonial la fuerza de generar la unión de hecho, en la medida que se cumplieran los requisitos de duración, notoriedad y estabilidad definidos por el legislador, posibilitando su prueba *ex post*, una vez que ella hubiese terminado por alguna razón. Sólo en ese momento el estatuto legal desplegaría sus mecanismos de protección, fundamentalmente patrimoniales, en favor de los que formaban la unión. El sistema operaría de manera semejante al régimen jurisprudencial chileno sobre uniones de hecho no matrimoniales: una vez que este tipo de unión termina, normalmente por muerte de uno de sus miembros, la parte a la que se le pretenden desconocer sus derechos sobre el patrimonio común, acredita la existencia de la comunidad o sociedad de hecho.

De haber asumido este sistema, se habrían conseguido dos cosas: la delimitación del AUC con respecto al matrimonio habría sido mucho más nítida y no habrían quedado vigentes las “verdaderas” uniones de hecho, que son las que se mantienen al margen del derecho mientras existen. Ellas seguirán enfrentando problemas patrimoniales sin tener una solución legal para abordarlos y no es tan claro que la jurisprudencia les siga aplicando el estatuto creado por ella misma para estos efectos, pues la base de ese estatuto que era la ausencia de normativa legal, desapareció con la vigencia del AUC.

Sin embargo, no habría sido posible asociar al AUC un estado civil pues no tendría sentido que éste se obtuviera para que produzca sus consecuencias de manera retroactiva, sin un estado civil propio, y se habría acentuado el estigma de ser una figura menor en comparación al matrimonio.

2.4 El régimen de bienes del AUC

Adoptando el concepto del derecho matrimonial de “régimen de bienes” para aludir al estatuto jurídico que regla las relaciones pecuniarias de los cónyuges –en el caso, de los convivientes civiles– entre sí y con respecto a terceros, las alternativas del legislador eran variadas: consagrar dos o más regímenes entre los que los convivientes pudieren optar al momento de constituir el AUC, establecer un régimen supletorio que regiría a falta de pacto expreso o atribuirle al AUC un régimen determinado sin posibilidades de opción para las partes, entre otras variantes.

En este punto, el legislador tomó la misma alternativa del régimen matrimonial: consagró un régimen de bienes para el AUC que rige en el silencio de los convivientes, pero en vez del régimen comunitario, como ocurre en el

matrimonio con la sociedad conyugal, eligió la separación total de bienes. Por lo tanto, si los convivientes civiles nada pactan al momento de la celebración del AUC, existirá entre ellos separación total de bienes. Por el contrario, si ellos manifiestan expresamente su voluntad de establecer una comunidad de bienes para su unión, entonces los bienes, muebles e inmuebles, que adquieran durante el AUC les corresponderán pro indiviso, en partes iguales. Dicha comunidad se regirá por las normas del CC sobre cuasicontrato de comunidad.

Me parece que en este aspecto, el legislador erró en su decisión. Se daba la coyuntura precisa para fortalecer el AUC en su coexistencia con el matrimonio, dotándolo de una característica distintiva respecto de éste: es la voluntad de las partes la que constituye el AUC y ella la que lo configura dentro de las posibilidades legales. No corresponde que la ley actúe de manera supletoria de dicha voluntad. Esa habría sido, además, la opción más coherente a la luz de la mayoría de edad exigida a los convivientes civiles y al hecho de tener la plena administración de sus bienes.

Tomada la otra opción, la de prever un régimen supletorio legal, estimo que debió inclinarse por la comunidad en consideración a la naturaleza del contrato celebrado entre las partes. Tratándose de un contrato que supone una convivencia afectiva, estable y permanente, resulta lógico asociar a ella también una comunidad en los bienes que se adquieran durante su vigencia. Por otra parte, cuesta aunar la motivación de dotar a las parejas de hecho de un régimen legal para protegerlas patrimonialmente y la consagración de la separación de bienes como régimen supletorio legal. El surgimiento de un régimen jurisprudencial que permitiera a los convivientes participar en los bienes habidos durante la relación era prueba suficiente para tener claridad acerca de lo requerido para evitar consecuencias adversas para ellos al término de la unión. Si la intención fue diferenciar en este punto al AUC del matrimonio, creo que no valía la pena poner allí los esfuerzos.

3. Conclusión

El AUC es consistente con la imagen de una figura legal fronteriza con el matrimonio debido a la similitud del objeto que pretende regular, salvo en la omisión de normas sobre filiación. No obstante, la línea divisoria entre ambos pierde nitidez en algunos puntos, como por ejemplo, en la forma de

constituirse y en la existencia de un régimen de bienes supletorio establecido por la ley. Por otra parte, el AUC no terminará con las convivencias de hecho en Chile, pues quedarán al margen las parejas –homosexuales o heterosexuales– que se mantengan fuera del ordenamiento jurídico y los que por algún impedimento –normalmente, la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto con un tercero– no puedan celebrar un AUC.

EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL. UN ERROR HECHO LEY

María Sara Rodríguez¹

Resumen

Este trabajo presenta los motivos que inspiran la Ley sobre Acuerdo de Unión Civil (en adelante, AUC), en especial su carácter instrumental para la finalidad de un matrimonio “igualitario”. Se destaca, especialmente, cómo y por qué se trata de una ley que no soluciona las uniones homosexuales, ni las uniones de hecho entre varón y mujer. Se ofrecen reflexiones sobre las características del matrimonio real, el único bien humano básico y social que puede dar dignidad, estabilidad y confianza a la vida de hombres y mujeres que buscan unirse como amigos, como marido y mujer y como padre y madre a la vez, conformando las familias que entretejen las bases de la sociedad. Se critica la equiparación de los efectos civiles del AUC a los del matrimonio, lo que convierte a esta ley en un error que puede causar daños personales y sociales perversos y está en contradicción con el deber del Estado de promover y proteger la familia.

Introducción

Con motivo de la promulgación de lo que hoy es la Ley N° 20.680, del 21 de abril de 2015, sobre Acuerdo de Unión Civil, el Presidente de la Fundación Iguales, escribía:

[N]uestra agenda no se agota ahí. Si bien la unión civil es un logro histórico [...] no conseguiremos la igualdad real hasta que se haya aprobado

¹ Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de los Andes (Santiago, Chile). Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. LL.M., Northwestern University. Abogado. Licenciada en Derecho, Universidad Católica de Chile.

el matrimonio igualitario. Más de 20 países ya cuentan con él y basta solo mirar a Argentina y Uruguay para darse cuenta de que esa es la corriente hacia la cual se está moviendo el mundo. Chile no tiene por qué ser menos².

Estas palabras reflejan la verdad detrás del interés que organizaciones como Fundación Iguales (en adelante, Iguales) y el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (en adelante, Movilh) demostraron en la tramitación de esta ley; y los verdaderos motivos por los que se convirtió en ley. La presencia de estas organizaciones sociales en el acto de promulgación de la ley, dice más que mil palabras. También resulta elocuente la total ausencia de esos dos millones de personas que el gobierno del Presidente Piñera estimaba que eran los que en Chile convivían³. Es decir, la Ley N° 20.830 responde a los intereses privados de dos grupos de presión; y, además, el interés de estas organizaciones en ella es estratégico, pues indirectamente buscan el “matrimonio igualitario”. En declaraciones a un periódico local el día de la promulgación de la ley, Luis Larraín, presidente de la Fundación Iguales, expresaba: “Este es el primer paso, no descansaremos hasta lograr el matrimonio igualitario”⁴.

Voy a dedicar estas líneas a recapitular los motivos que verdaderamente impulsaron el AUC hasta llegar a ser ley (1). A continuación, en la segunda parte, expongo las razones por las que considero que esta ley es un error que no se justifica en nombre de ningún bien personal ni social para los chilenos, ni siquiera indirectamente (2). En la tercera parte, expongo de una manera resumida y sistemática la forma en que la ley configura el AUC (3). En la última, abordo las múltiples formas en que se asimilan los efectos del AUC a los del matrimonio (4). Con estas reflexiones espero contribuir a la convicción de que esta ley es un error y que solo podrá causar daño social, aumentando el que ya produce la desprotección en que se encuentra la familia y la falta de incentivos legales y sociales para casarse.

2 *El Mercurio de Santiago*, Sección cartas al director, miércoles 15 de abril de 2015, página A2. Este aspecto ya era destacado anteriormente, por ejemplo, por Hernán Corral Talciani, “Acuerdo de Vida en Pareja: ¿De la unión civil al matrimonio homosexual?”, en Maricruz Gómez de la Torre & Cristián Lepin Molina (Coords.), *Parejas homosexuales: ¿Unión civil o matrimonial?* (Legal Publishing Chile, 2013), pp. 103-114.

3 Véase: Mensaje N°156-359 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea el acuerdo de vida en pareja, Santiago, 8 de agosto de 2011.

4 *Latercera.com*, Bachelet promulga Acuerdo de Unión Civil, 13 de abril de 2015.

1. Motivos por los que se consigue impulsar y poner en vigencia una ley sobre AUC

Los motivos por los que parecía haber interés en esta ley podrían resumirse en las siguientes proposiciones. (1°) Se consideraba que el legislador debía ofrecer un régimen legal adecuado a las uniones homosexuales. (2°) A la vez, se pensaba que el legislador no debía demostrar demasiado entusiasmo por un estatuto que responde a presiones e intereses de grupo y por esta razón se decide extender esta figura a las uniones heterosexuales. (3°) Por otra parte, se había instalado en el discurso público la idea de que las uniones de hecho (heterosexuales) estaban desprotegidas legalmente y no resultaba equitativo, por tanto, responder a las reivindicaciones de *grupos organizados* (Movilh e Iguales) sin considerar, a la vez, los intereses de un colectivo *no organizado* (las familias de hecho). (4°) A lo anterior se agrega la existencia de fuerzas que piensan que el AUC será una manera de frenar la presión política por la “legalización” del matrimonio “igualitario”, es decir, homosexual. “El matrimonio igualitario es algo inaceptable; el AUC no es realmente matrimonio”, piensan estos grupos de presión que han empujado esta ley, porque necesitaban la credencial política de haberse adherido al AUC para justificar su futura oposición al matrimonio homosexual.

Los que nos oponemos al AUC lo hacemos porque constituye la institucionalización de una *unión no matrimonial* que, en el caso de personas del mismo sexo, avanza hacia el matrimonio civil entre personas del mismo sexo o, como se ha llamado en Chile “matrimonio igualitario”, una institución contraria a cualquier bien personal o social, desde cualquier punto de vista que se la quiera mirar. La legalización o institucionalización de uniones de hecho homosexuales ha sido un paso previo al llamado “matrimonio homosexual” en todos los países del mundo que hoy cuentan con una ley de esta especie. Las palabras citadas al principio de esta colaboración son expresión elocuente de este fenómeno.

2. La institucionalización de uniones no matrimoniales es un error

La Ley N° 20.830 institucionaliza *uniones no matrimoniales*. Es decir, dota a las uniones no matrimoniales que quieran acogerse, de un estatuto jurídico propio: una forma de celebración formal, unos efectos personales (mínimos), unos efectos patrimoniales (equivalentes a los del matrimonio), una forma y

causales de terminación, y una jurisdicción. La institucionalización de uniones no matrimoniales como si fueran un matrimonio es, a nuestro juicio, un error jurídico, político y moral. Dentro de los límites de esta colaboración, me refiero a continuación a los fundamentos por los que pienso que esta ley es un error por los siguientes motivos:

- a. porque las uniones homosexuales no necesitan *solución*;
- b. porque el problema de las uniones no matrimoniales o uniones de hecho no se soluciona con una nueva institución no matrimonial, como la que la ley denomina Acuerdo de Unión Civil;
- c. porque solo el matrimonio satisface las verdaderas aspiraciones de quienes quieren establecerse como familia para ayudarse, quererse, tener y educar a los hijos (y por eso el matrimonio es un –doble– bien humano y social básico, intrínsecamente jurídico, que merece el reconocimiento y protección del Estado); y
- d. porque el AUC solo responde a las pretensiones de una teoría social discutida que busca oscurecer la verdad sobre la persona humana sexual, que existe como varón o mujer.

2.1 Las uniones homosexuales no necesitan solución

Actualmente en Chile no hay ley que prohíba la vida en común de dos o más personas, de igual o distinto sexo, con o sin contenido afectivo. Se puede adquirir y tener bienes en común, y disponer por causa de muerte a favor de otro por testamento de todo lo que la ley permite disponer libremente. Es cierto que la cuantía de lo último es ínfima: no más de una cuarta parte de los bienes que una persona transmite, si la sobreviven legitimarios (artículos 1182 a 1184 del Código Civil). Pero esto no tiene nada que ver con la unión homosexual, sino con la exorbitante envergadura de las asignaciones forzosas⁵. Sorprende que se resuelva este problema institucionalizando un AUC, en vez de modificar el régimen sucesorio para todos los chilenos. En esto, salen privilegiados los que establezcan un AUC en perjuicio de otros chilenos en iguales condiciones. Esto se podría haber mitigado si la Ley N° 20.830 hubiera permitido la unión civil de más de dos personas o de personas no unidas entre sí por una “vida afectiva en común” (artículo 1°, Ley N° 20.830), extendiendo a todos los chilenos este privilegio⁶.

5 Para un desarrollo de esta idea, véase: Rodríguez, María Sara, “Contracción de las asignaciones forzosas. Una reforma urgente al sistema sucesorio chileno”, en *Estudios de Derecho Civil*, V, 2009, p. 423.

6 Se podría haber adoptado un estatuto semejante al de la ley catalana sobre situaciones de convivencia

En materia de salud previsional privada, cualquier chileno puede tener a otro como *carga médica*, en calidad de *beneficiario aportante* o bien puede pactar un *plan compensado* de salud con otro⁷. El sistema público recibe a todos los chilenos y el sistema de pensiones permite que los ahorros previsionales de cualquiera pasen a sus herederos designados por testamento, aunque se trate de alguien ya pensionado⁸. En este último caso, obviamente, siempre que el pensionado haya optado por un retiro programado, pues la renta vitalicia es un seguro. Pero, incluso tratándose de seguros, cualquiera puede contratar uno a favor de otra persona; o designar beneficiario de pensiones de sobrevivencia e invalidez a una tercera persona, siempre que no existan beneficiarios con derecho preferente establecido por ley.

El legislador podía dar mayor flexibilidad a estas leyes sin institucionalizar el AUC. Para eso eran suficientes unas cuantas reformas legales puntuales como los artículos 29, 30 y 31 de la Ley N° 20.830, de 2015. El artículo 29 establece que cualquiera de los “convivientes legales” puede ser carga *legal* del otro para efectos de los sistemas de salud pública o privada. El artículo 30 autoriza a un “conviviente legal” para ser beneficiario de pensión de sobrevivencia, en términos equivalentes a los del cónyuge en el sistema de pensiones; y el artículo 31 agrega que el “conviviente civil” también puede ser beneficiario del sistema de pensiones solidarias de vejez e invalidez de la Ley N° 20.255 de 2008. ¿Acaso no podía la ley autorizar beneficios de salud y previsionales para personas dependientes del cotizante, independientemente de su relación afectiva con él?

Por otra parte, la ley de derechos y deberes del paciente autoriza a admitir a cualquier otro como compañía de una persona en tratamientos ambulatorios u hospitalizaciones. La ley en su artículo Sexto, sostiene que:

Toda persona tiene derecho a que los prestadores le faciliten la compañía de familiares y amigos cercanos durante su hospitalización y con ocasión de prestaciones ambulatorias, de acuerdo con la reglamentación interna de cada establecimiento, la que en ningún caso podrá res-

de ayuda mutua (cf. Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua).

7 Véase: artículo 136 del DFL N° 1 (Salud) de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469 sobre instituciones de salud previsional; Circular IF N° 12 de 20 de enero de 2006; Circular IF N° 116 de 21 de abril de 2010.

8 Véase: artículo 65, DL 3.500 de 1980; Superintendencia de Pensiones, Norma de Carácter General N° 60, de 6 de septiembre de 2012.

tringir este derecho de la persona más allá de lo que requiera su beneficio clínico⁹.

La lista de los beneficios que tienen y pueden tener los que viven juntos, acogiéndose a la legislación común a todos los chilenos es aún más larga. Las personas homosexuales no necesitan AUC para establecer una vida o un hogar en común. Tampoco necesitan AUC para quererse y acompañarse en todas las circunstancias de la vida.

2.2 El AUC no soluciona los problemas de las uniones o familias de hecho

Para justificar una ley sobre AUC se apela, entonces, a ese universo en cierta forma indeterminado de familias constituidas por uniones de hecho, que estarían formadas por unos dos millones de chilenos¹⁰. La institucionalización de las uniones de hecho sería una solución a este problema, según se afirma, pero es preciso enjuiciar este slogan. Las uniones no matrimoniales merecen dos enfoques. Por una parte, la cuantificación del fenómeno y, por otra, el análisis de sus causas, de los problemas sociales que lo producen y de sus posibles soluciones.

Las encuestas y estadísticas sociales parecen mostrar un aumento de la cohabitación, así como una disminución proporcional del matrimonio. Según datos disponibles, en 2012 en Chile había cinco millones de casados, en tanto que dos millones de personas decían cohabitar. De acuerdo a estudios, esta cantidad de personas cohabitando representaba un 16% del total de los que decían tener establecido un hogar en común: un aumento considerable respecto de las cifras de 1992, donde la cohabitación representaba el 5% del total de los hogares chilenos. Otro estudio informa que en 2014 los casados en Chile serían unos 5.6 millones, es decir, un 37.4% del total de hogares, en tanto que los que conviven serían 2.3 millones, que constituirían un 15.3%

9 Véase: Párrafo 3º, Del derecho a tener compañía y asistencia espiritual; artículo 6º, inciso 1º, Ley N° 20.584, de 2012, sobre derechos y deberes de las personas respecto de acciones vinculadas a su atención de salud.

10 La exposición de motivos del proyecto presentado por el Ejecutivo en 2011 invocaba esta cifra. Véase: Mensaje N°156-359 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea el Acuerdo de Vida en Pareja, Santiago, 8 de agosto de 2011. Véase: cifras y análisis publicados por Svenson, Manfred y Siles, Catalina, *Vivir juntos. Reflexiones sobre la convivencia en Chile*, (Ediciones Instituto de Estudios de la Sociedad), 2014, pp. 20-21. Según un estudio realizado por GfK Adimark, esta cifra asciende en 2014 a unos 2.3 millones de chilenos, disponible en: <http://www.adimark.cl/es/estudios/documentos/vida%20en%20pareja.pdf>

del total¹¹. En su aspecto cuantitativo, el AUC no resuelve este problema ni tampoco lo soluciona en sus causas.

El fenómeno de las uniones o familias de hecho tiene muchas y complejas causas. Sobre el tema hay pocos estudios en Chile, pero los que existen aportan información muy valiosa. Por ejemplo, en un estudio de fuentes estadísticas seguras, los sociólogos Soledad Herrera y Eduardo Valenzuela concluyen que en Chile la convivencia (no matrimonial) es una situación más o menos permanente; y que prevalece en grupos de baja escolaridad, precariedad e inestabilidad económica. En los últimos tiempos, este fenómeno se ha visto afectado por algunos factores adicionales. Primero, por una alta tasa de maternidad adolescente, que se asume cada vez más en soledad o en convivencia, reduciéndose el matrimonio en este grupo. Segundo, por un incremento en la convivencia prematrimonial entre jóvenes de mayor ingreso y escolaridad, incluso con hijos de poca edad. Tercero, por un incremento de uniones de hecho que se establecen después de quiebres matrimoniales, pues la proporción de segundos matrimonios se mantiene baja¹². Es decir, la tasa histórica alta de cohabitación se arrastra de generación en generación entre los grupos más postergados de la sociedad; y solo se ha visto incrementada por fenómenos marginales en los últimos tiempos.

Esta conclusión parece confirmada por un estudio de la socióloga Viviana Salinas. Los levantamientos sociológicos realizados permiten a la investigadora plantear que la cohabitación generalmente está relacionada con el contexto familiar en que los encuestados, generalmente madres solteras, crecieron. La estructura familiar y el nivel socioeconómico del hogar predicen de mejor manera el comportamiento futuro de los encuestados al establecer su propio hogar. Las altas tasas de nacimientos de madres solteras que no se casan se explican más por esta constatación fáctica que por un cambio en sus convicciones valóricas¹³.

11 Véase: Herrera, María Soledad; Salinas, Viviana; y Valenzuela, Eduardo, “Familia, pobreza y bienestar en Chile: un análisis empírico de las relaciones entre estructura familiar y bienestar”, en Temas de la Agenda Pública, Año 6, N° 44, julio 2011. Cf. con estudio basado en CFK Adimark, *Chile 3D 2014* (www.chile3d.cl), disponible en: <http://www.adimark.cl/es/estudios/documentos/vida%20en%20pareja.pdf>. El estudio compara estos resultados con un levantamiento hecho en 2008, donde los casados representaban el 43,3% del universo de hogares versus 11,2% constituidos en uniones de hecho.

12 Herrera, María Soledad y Valenzuela, Eduardo, “Matrimonios, separaciones y convivencias”, en Por todos Valenzuela, Samuel (eds.), *El eslabón perdido. Familia, modernización y bienestar en Chile*, (Aguilar Chilena de Ediciones), pp. 255-256.

13 Salinas, Viviana, “Socioeconomic Differences According to Family Arrangements in Chile”, en *Population Research Policy Review*, 30, 2011, pp. 677-699, p. 697.

Ahora bien, a pesar de esta herida que pesa sobre los jóvenes, especialmente madres solteras, en un estudio sobre los proyectos de familia y pareja entre jóvenes chilenos, María Soledad Herrera concluye que estos “valoran altamente y se perciben en el futuro viviendo en familia, constituida con hijos y generalmente casados”¹⁴. Es decir, aun cuando procedan de familias social o culturalmente desfavorecidas, los jóvenes, hombres y mujeres, igualmente aspiran al matrimonio.

En efecto, la experiencia enseña que la causa más aguda y lacerante de la convivencia en Chile es la pobreza, la precariedad y la inestabilidad, vale decir, la manera en que la pobreza ofende y humilla la dignidad de las personas. El matrimonio es un bien humano y social básico, pero llega a ser para los pobres un artículo de lujo, que no se pueden permitir. Un lujo, porque la vida de los pobres transcurre en el esfuerzo de sobrevivir y aún tratándose de una aspiración existencial básica, el matrimonio es mirado como algo que podría venir después, si antes consiguen satisfacer otras necesidades elementales, como la educación, la estabilidad de un trabajo y un lugar donde vivir. En este esfuerzo a muchos se les pasa la vida. El matrimonio es, también, para ellos un lujo, porque la cultura superficial le exige demasiado al casamiento: una o dos ceremonias nupciales “formales” (según si se tenga o no religión), fiesta, etcétera. En conclusión, no hay dinero para casarse.

Frente a la indiferencia de la sociedad, ahogados en su miseria material y moral, los pobres se conforman con el hecho de reproducirse y sobrevivir. Esta es inconscientemente su forma de trascender. Cuantitativamente, éste es el fenómeno de la convivencia en Chile. El AUC no contribuye en nada a devolverle dignidad a los que conviven por las causas enunciadas. Otras raíces del fenómeno de las uniones de hecho, como el desprecio formal por el matrimonio, el individualismo del que no quiere compromisos o la convivencia como opción –aunque parezcan una tendencia en alza–, no parecen tener demasiada relevancia en Chile. Puede afirmarse que muchos se deslizan hacia la cohabitación, porque son generalmente hombres y mujeres cuya forma de entregarse al otro es inmadura. No quieren establecerse como familia o quieren postergar esta decisión indefinidamente, aunque vivan juntos. Para estos casos, el AUC tampoco es solución. Entre sus defensores, invocan una experiencia francesa de alrededor de un 30% de pactos civiles de solidaridad (en

¹⁴ Herrera, María Soledad, “Proyectos familiares y de pareja entre los jóvenes de Santiago de Chile”, en *Última Década* N° 25, (Cidpa), diciembre 2006, p. 43. Estos datos y conclusiones contrastan con los que presentan Svenson, Manfred y Siles, Catalina, op.cit., p. 16.

francés abreviado como PACS) donde las personas después se casan. Pero la experiencia francesa también demuestra cómo el PACS se ha convertido en una alternativa para los que no quieren compromiso¹⁵. Nos arriesgamos a que esto sea el AUC en Chile, la opción *light* frente al compromiso matrimonial.

En conclusión, ninguno de los problemas mencionados anteriormente se soluciona con el AUC. La dignidad del matrimonio puede alcanzar a los que poseen menos si la sociedad entera los valora y apoya, y a la vez reconoce el valor del matrimonio. La educación, un oficio, un trabajo, son formas de agregar dignidad a las personas. Su autovaloración las empuja a salir de la soledad. El matrimonio les otorga estabilidad y confianza para tener y educar a los hijos, para ayudarse y socorrerse en la vida. Es un círculo virtuoso que la ley de AUC no estimula.

Son tan variadas las causas de las uniones de hecho que una solución a los problemas humanos y sociales que las provocan no puede más que enfrentarse caso por caso. Por ejemplo, sería injusto atribuir comunidad de bienes a uniones de hecho que no desean tener bienes en común. La parte sobreviviente de una unión de hecho puede actualmente pedir a los tribunales que se declare la existencia de una comunidad, si la hubo realmente durante la vida en común¹⁶. Los tribunales incluso, han favorecido al sobreviviente con derechos cuasi hereditarios sobre el patrimonio del difunto, que era casado pero no pudo disolver su matrimonio por motivos exógenos¹⁷. La ley de AUC no mejora en nada estas situaciones. Los que conviven porque no se pueden casar (por ejemplo, porque uno de ellos está casado) tampoco pueden “celebrar” un AUC. Por otra parte, los tribunales mantienen las atribuciones que les da la legislación vigente para satisfacer pretensiones particulares de los que puedan verse injustamente perjudicados por haber convivido por largos años sin haber podido casarse.

15 Ver: NYTimes.com, In France, Civil Unions Gain Favor Over Marriage (En Francia, las uniones civiles ganan favor sobre el matrimonio) por Scott Sayare & María de la Baume, Diciembre 15, 2010 (disponible en: http://www.nytimes.com/2010/12/16/world/europe/16france.html?pagewanted=1&_r=3&hp#)

16 Históricamente, este problema se ha encauzado por la vía de reconocer entre los que han vivido unidos de hecho la existencia de una sociedad de hecho (Corte Suprema, 3 de marzo de 1909) o una comunidad de bienes (Corte Suprema, 19 de octubre de 2010; y 26 de abril de 2011). Por otra parte, a partir de la ley N° 19.585, de 1998, los hijos nacidos de estas uniones tienen los mismos derechos hereditarios que los nacidos del matrimonio de sus padres.

17 Ver, por ejemplo, Corte Suprema, Primera Sala, 7 de marzo de 2012, Rol N° 1977-2004 (rechaza recursos de casación en la forma y fondo contra sentencia que da lugar a la pretensión de una suma de dinero a título de “compensación económica” a favor de la demandante, mujer sobreviviente de una convivencia de hecho, contra la sucesión del difunto).

En definitiva, el AUC no soluciona las uniones de hecho. Los que cohabitan aspiran al matrimonio, quieren casarse. Para ellos el matrimonio es el único estado que les devuelve la dignidad, la seguridad y la confianza que les permitirá florecer y prosperar. El AUC es un sucedáneo del verdadero matrimonio, que no satisface las aspiraciones más profundas de los que tienen establecido su hogar *de hecho*.

Con el propósito de profundizar las ideas expuestas anteriormente, es preciso reflexionar sobre lo que entendemos por un verdadero matrimonio, que no es el matrimonio “legal” ni lo que la ley define como matrimonio. Tampoco podemos buscar lo que es el matrimonio en los fenómenos sociológicos, descritos anteriormente ni en otros que pueden demostrar o negar las reflexiones que presento a continuación, las cuales me permiten indagar en la estructura antropológica de la persona humana, varón y mujer, como constitutiva de la vida en sociedad.

2.3 El matrimonio como (doble) bien humano y social básico, de dimensión jurídica intrínseca¹⁸

El matrimonio es una *acción humana* que consiste en el acto de casarse: un evento libre por el que un hombre y una mujer se eligen el uno al otro como cónyuges. Con el matrimonio se forma, entonces, “un estado de vida” que constituye un *bien social* para todos los hombres y mujeres que pueden y quieren casarse. En estas tres dimensiones (*acto humano, estado de vida, bien social*), el matrimonio es una exigencia inderogable del amor total y maduro entre un varón y una mujer. No es “una” entre las muchas formas en que el hombre y la mujer pueden expresarse “conyugalmente” su amor (de manera exclusiva, confiada y total), sino la única. El matrimonio no es instrumental para ningún fin: es un fin en sí mismo, un bien en sí mismo, un bien básico. La única manera verdaderamente humana que tienen el marido y la mujer de realizar y actualizar el amor conyugal, es el matrimonio. Dicho de otra manera, el matrimonio es el único acto y estado de vida con capacidad de enriquecer al marido y la esposa y hacerlos florecer como amigos, como padre y madre, mediante la confianza en la fidelidad y la incompatibilidad de esta elección

18 Para el desarrollo de las siguientes ideas me inspiró principalmente en John Finnis. Cf. Finnis, John, “Marriage: A Basic and Exigent Good”, en Finnis, John, *Human Rights & Common Good. Collected Essays: Volume III*, (Oxford University Press), 2011, pp. 316-333. Ver también: Girgis, Sherif; Anderson, Ryan T.; George, Robert P., *What Is Marriage? Man and Woman: A Defense* (Encounter Books), 2012; y Rodríguez, María Sara, “Marriage Is a Basic Good, Discernable Through Reason, and Is Entitled to Recognition and Protection by the State”, en *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, Vol. V, pp.111-143, (2014).

con las relaciones sexuales no matrimoniales. El matrimonio es la forma más profunda de unión posible entre dos seres humanos (expresada mediante la unión y la amistad conyugal); y la forma más radical y creativa de colaborar recíprocamente en el nacimiento de una o más personas (la transmisión de la vida). Por eso existe un interés social en la protección del matrimonio, en cambio, las uniones no matrimoniales, al no comprometer la exclusividad y la lealtad del hombre y la mujer como marido y esposa, no pueden jamás ser equiparadas al matrimonio.

Como otros bienes humanos básicos (la vida, la amistad, el conocimiento, el juego), el bien del matrimonio es evidente para cualquier ser humano y para cada individuo de la especie humana y no necesita demostración. Todo individuo varón o mujer reconoce en la diferencia y complementariedad sexual una profunda llamada e inclinación al amor conyugal o matrimonial. Como única forma capaz de satisfacer profundamente la tendencia humana a la unión y a la amistad conyugal, el matrimonio es incluso preceptivo para la mayoría de los individuos de la especie humana: es la forma más buena y razonable, aunque exigente, de realizarse para el hombre y a mujer, como amigos, como marido y mujer, como padre y madre. Al mismo tiempo, como todo proyecto humano, el matrimonio es una elección. Decidir no casarse no significa que el matrimonio deje de ser bueno, básico (no un lujo) y preceptivo para muchos. Solo significa que como acto humano, como estado de vida, es libre, por tanto, es elegible por personas humanas concretas, varones y mujeres.

El matrimonio es un bien razonable y justo que compromete moralmente al marido y a la mujer. Pero también los compromete mediante obligaciones exigibles en justicia, es decir, jurídicamente. Hay bienes humanos básicos como el juego o la amistad que, aunque valiosos y enriquecedores para todos, no poseen una intrínseca dimensión jurídica. El matrimonio, sin embargo, tiene una dimensión jurídica en cuanto involucra a dos personas y tiene un “doble” bien (unión y procreación de los hijos), que se transforma en algo debido entre el marido y la mujer cuando se casan. Ambos se encuentran obligados por los compromisos que asumen, frente a los demás, cuando se casan: exclusividad, fidelidad, ayuda mutua, crianza y educación de los hijos. Esta “*dimensión jurídica intrínseca*” del matrimonio no ha sido impuesta por la ley, por la convención o por la tradición. Tiene sus orígenes en la misma razón que reconoce en las promesas matrimoniales un compromiso de amor y de justicia, que exige fidelidad, exclusividad y ayuda mutua. La ley no hace

más que “reconocer” y exigir algunas de estas obligaciones en función de la confianza que el marido y la mujer depositaron recíprocamente uno en el otro cuando se casaron; y de los sacrificios que han hecho por sacar adelante el proyecto común de formar una familia. Frente a este proyecto la sociedad no puede mantenerse indiferente, si no estuviera legalmente protegida la confianza que los novios depositan uno en el otro cuando se casan, sería, en algunos casos, algo imprudente e irracional casarse. Si esos derechos y deberes que constituyen la base del matrimonio y la mejor manera de vivir y de entregarse el marido y la esposa, y son la base sobre la que dan vida y alimentan a las futuras generaciones, no estuvieran protegidos legalmente, las consecuencias incluirían la desintegración social, como se puede apreciar en variados estudios, cuyos indicadores sirven para demostrar lo que es evidente para todos por la experiencia inmediata y común.

El AUC pretende institucionalizar la unión “*afectiva, no conyugal*”, entre dos personas de una forma que no es matrimonial. El AUC no es una unión matrimonial porque no exige alteridad de sexos ni exclusividad entre los que se unen civilmente. Por el AUC algunos podrían acceder a los beneficios “legales” de estar casados, sin estar realmente casados. La inestabilidad y precariedad del amor no comprometido de los que cohabitan, no se sana mediante un acuerdo no matrimonial. Decir lo contrario es falacia: lo demuestra la experiencia de los que se encuentran unidos de hecho (aunque su unión sea “legal”) que igualmente aspiran al matrimonio¹⁹. Lo demuestra la agenda de los que promueven el matrimonio “igualitario”: no se conforman con el AUC; ellos aspiran al matrimonio²⁰.

De la aprobación de uniones no matrimoniales como si fueran matrimonio podrían producirse consecuencias sociales nefandas, como las siguientes²¹. Primero: el debilitamiento del matrimonio como institución que constituye el fundamento de todo el tejido social, “base principal de la familia”

19 Por ejemplo, en el Reino Unido, ver: Centre for Social Justice, *Every Family Matters: An In-Depth Review of Family Law in Britain* (2009), p. 18, donde se sostiene que entre los jóvenes de menos de 35 años que cohabitan, un 75% quiere casarse; y London School of Economics, “Marriage Still the Ideal for Many Couples Currently Living Together”, disponible en: <http://www.lse.ac.uk/newsAndMedia/news/archives/2007/MarriageStillIdeal.aspx>, estudio en que se presentan los resultados de una encuesta entre personas que cohabitan, donde tres cuartos del total de hombres y mujeres entrevistados declaran que están planeando casarse o que probablemente se casarán.

20 Cf. Luis Larrain, carta al director de El Mercurio de Santiago, en *El Mercurio de Santiago*, miércoles 15 de abril de 2015, página A2.

21 Cf. Girgis, Sherif; Anderson, Ryan T.; George, Robert P., *What Is Marriage? Man and Woman: A Defense* (Encounter Books), 2012, pp. 53-72.

(artículo 1º, Ley N° 19.947 de 2004), que realiza y expresa el bien de los que se casan, de sus hijos y de la entera comunidad civil. El matrimonio es algo más profundo y previo a una institución social y legal. Es un bien humano y social básico que ningún sucedáneo puede satisfacer. Justamente por esto merece el reconocimiento y protección del estado y de las leyes. La institucionalización (o legalización) de uniones no matrimoniales, legítimas conductas y modos de vida que no aportan al entramado social, bienes que sí aporta el matrimonio, como la confianza que el marido y la mujer depositan en sus recíprocas promesas de exclusividad y estabilidad y el contexto más idóneo de colaboración recíproca para el ejercicio de la paternidad y maternidad con relación a los hijos. Los hijos, por su parte, tienen derecho a nacer en un hogar estable y a los cuidados de su padre y madre; y sufren carencias y traumas de diversa especie y profundidad cuando carecen de estas condiciones. Segundo: el oscurecimiento del valor que tiene el llegar a ser padre y madre de los mismos hijos, en el más idóneo y excelente de los escenarios posibles para el ejercicio colaborativo de la paternidad y de la maternidad en la procreación, crianza y educación de los hijos comunes. Tercero: la aprobación de uniones no matrimoniales como si fueran matrimonio podría llegar incluso a atentar contra la libertad religiosa, la más fundamental de todas las libertades. Los casados serían siempre “reaccionarios” frente a los unidos mediante AUC.

El AUC, realmente, es un mecanismo instrumental al servicio de una teoría social discutida.

2.4 El AUC responde a las pretensiones de una teoría social discutida

El AUC solamente responde a la presión de los mismos grupos organizados que pretenden el “matrimonio igualitario”, los únicos que empujaron la tramitación parlamentaria de esta ley. ¿Qué persiguen? La *legalización* de formas de unión sexual que *la razón* no puede legitimar²². Buscan instrumentalizar la ley para fines que no tienen justificación por la razón, único parámetro para justificar una nueva legislación. Eludiendo la búsqueda del bien evidente a todos por las luces de la razón, el legislador vuelve a verse entregado a la fuerza, a la influencia de los poderosos y a las convenciones de la moda, cuando accede a transformar en ley la pretensión de un AUC.

Volvamos sobre algunas de las ideas expuestas anteriormente. Nadie

22 Para una discusión detallada, cf. Finnis, John, “Law, Morality and ‘Sexual Orientation’”, en Finnis, John, *Human Rights & Common Good. Collected Essays: Volume III*, (Oxford University Press), 2011, pp. 334-352.

puede negar la realidad extralegal, evidente para todos, que no necesita demostración, de que la persona humana existe como varón o mujer. El matrimonio es la única institución que responde a la estructura personal sexuada de la persona humana y al impulso que pide al varón y a la mujer el trascender su individualidad en el amor *conyugal*. Cuando un hombre y una mujer se quieren aspiran a darse de una manera total y exclusiva, que solo es posible entre marido y mujer en el compromiso matrimonial. La “unión conyugal” es solamente posible “entre el marido y la mujer” y de ninguna otra forma que podamos imaginar. Cuando un hombre y una mujer conviven, no se unen como marido y mujer, lo que les acarrea una permanente insatisfacción personal. Si nacen hijos, éstos sufrirán la insatisfacción de sus padres, aunque permanezcan unidos, mientras no se entreguen como marido y mujer.

La única relación que se puede llamar matrimonio, en realidad, es la que se funda en la promesa de un hombre y una mujer de darse libremente el uno al otro para toda la vida, en una comunión exclusiva de vida y amor, de una manera tal que haga posible la continuidad de la especie a través de la procreación. Cualquiera otra forma de unión entre un hombre y una mujer, incluso la que involucra actividad sexual, no es matrimonial y nunca podría llegar ser ni llamarse matrimonio. Este es el caso de las uniones civiles y otras formas de vida en común con contenido sexual, cualquiera sea el nombre que puedan tener.

La unión sexual entre dos personas del mismo sexo no es ni puede llegar nunca a ser *conyugal*, porque no cumpliría con el doble bien del matrimonio, que se traduce en la amistad conyugal y la procreación de los hijos que puedan nacer de la unión sexual entre el marido y la mujer. La unión sexual entre dos personas del mismo sexo es una forma de solitaria masturbación. Nunca podría consumarse como un acto conyugal (de unión física, sexual, espiritual, biológica, psicológica), apto para la transmisión de la vida. Es violento reconocerlo y ponerlo por escrito, pero verdaderamente los actos homosexuales son el placer que buscan los que conciben la vida como una realización “individual, autosuficiente y auto-referente”, que no puede producir felicidad. Dentro de esta concepción, la familia es *instrumental* para la satisfacción de los propios deseos, la receta perfecta para el fracaso, la insatisfacción y la frustración.

La familia que protege nuestra Constitución Política (artículo 1) es otra. Es la comunidad de vida y amor en la que el hombre y la mujer se trascienden cuando se dan, entretejiendo la estabilidad del hogar, en que van a

recibir los hijos con que pueda ser bendecido su “amor conyugal”. El AUC distorsiona gravemente esta visión y distrae a la opinión pública de la verdadera discusión: qué es el matrimonio, por qué es una institución que merece la protección del Estado, por qué no puede ser equiparado a cualquier otra forma de vida en común no matrimonial, entre personas del mismo o de distinto sexo.

3. La institucionalización del AUC como unión no matrimonial equiparada al matrimonio

El AUC aparece, en realidad, como la institucionalización de una *unión no matrimonial*. Esto se constata fácilmente con la simple lectura de la ley; especialmente cuando se examinan los requisitos de fondo y de forma exigidos para su establecimiento, los efectos personales y patrimoniales del mismo, y la forma como termina este acuerdo. Se refieren estrictamente a lo anterior, 28 de los 46 artículos de la ley. La Ley N° 20.830, de 21 de abril de 2015, está dividida en siete títulos y un artículo transitorio. Este último establece la entrada en vigencia de la ley a los seis meses de su publicación en el Diario Oficial, es decir el 21 de octubre de 2015. El acuerdo de unión civil queda institucionalizado en los artículos 1 al 28 de la Ley N° 20.830.

3.1 Cómo se configura el AUC

El Título I nos informa que el AUC es “un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar” para “regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente” (artículo 1); que el AUC confiere un “estado civil” que se denomina “conviviente civil” (artículo 1); que engendra los derechos y obligaciones que se establecen en la misma ley (artículo 2); que es un acto puro y simple, que no puede prometerse (artículo 2); y que genera entre un conviviente civil y el otro, un parentesco por afinidad con los consanguíneos de cada cual que existe mientras se encuentre vigente el acuerdo y, por tanto, cesa cuando este termina (artículo 4).

El Acuerdo de Unión Civil surge por el consentimiento formal de dos personas, de igual o distinto sexo, “que comparten un hogar” pero no se obligan a vivir juntas, para regular los efectos jurídicos de su “vida afectiva en común” que no excluye la vida afectiva con terceras personas. El AUC carece, por tanto, de los *elementos estructurales* del matrimonio: la unión *conyugal* (es decir,

coital o copular) “*exclusiva*” entre el *marido* y la *mujer* (unidad y complementariedad sexual) y una exclusividad actual y tendencial (indisolubilidad).

3.2 Requisitos de fondo del AUC

Aunque carece de los elementos más esenciales del matrimonio, los requisitos para contraer un AUC están concebidos según el modelo matrimonial y son los siguientes:

- a. Mayoría de edad de los contratantes;
- b. libre administración de sus bienes (excepto el disipador bajo interdicción, que igualmente puede celebrar este acuerdo);
- c. libre y espontáneo consentimiento, que falta por error en la identidad de la persona del otro contratante; o por fuerza en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil;
- d. no ser los contrayentes ascendientes y descendientes entre sí, por consanguinidad o afinidad;
- e. no ser los contrayentes colaterales entre sí hasta el segundo grado (hermanos);
- f. no estar unido alguno de los contratantes con una tercera persona por un vínculo matrimonial no disuelto; y
- g. no estar unido alguno de los contratantes con tercera persona por un acuerdo de unión civil vigente.

Rigen igualmente para el AUC los impedimentos impeditivos para el matrimonio, establecidos en los artículos 126 a 130 del Código Civil (artículos 10 y 11), que se denominan generalmente, impedimentos de segundas nupcias.

Concordando estos requisitos con el concepto de AUC que ofrece el artículo 1 de la ley, es posible observar que no son requisitos para un AUC el que las dos personas que lo contraen: (1) compartan efectivamente un hogar común; (2) demuestren tener entre ellos una vida afectiva en común; (3) ni que esta vida afectiva sea “estable y permanente”. El AUC, entonces, es un acuerdo más formal que real.

3.3 Requisitos de forma

La celebración del matrimonio civil exige manifestación, información, celebración ante oficial civil y dos testigos hábiles, e inscripción del acta en el Registro de matrimonios correspondiente (artículos 9 a 16, Ley N° 19.947). La Ley N° 20.830 toma menos precauciones para la validez del acto. No exige

manifestar la intención de contraer un AUC, ni información sumaria de encontrarse los interesados libres de los impedimentos que mencionan los artículos 7 (mayoría de edad y libre administración de bienes); 9 (parentesco por consanguinidad o afinidad en la línea recta o en la colateral hasta el segundo grado; AUC vigente o vínculo matrimonial no disuelto); 10 (hijos bajo patria potestad); 11 (tiempo de espera si uno de los contrayentes es mujer y quiere pasar a un segundo AUC en estado de embarazo). Las diligencias previas de manifestación e información se sustituyen por una declaración jurada de los contrayentes. “En este acto, los contrayentes deberán declarar bajo juramento o promesa, por escrito, oralmente o por lenguaje de señas acerca del hecho de no encontrarse ligados por vínculo matrimonial no disuelto o acuerdo de unión civil vigente” (artículo 5, inciso 2°, Ley N° 20.830). Esta declaración o juramento puede hacerse por mandatario.

La celebración se hace ante oficial civil. El artículo 5, inciso 1°, dispone que el AUC se celebre ante cualquier oficial civil, quien levantará acta de todo lo obrado, “la que será firmada por él o los contrayentes”. La celebración puede hacerse en la oficina del Servicio del Registro Civil o en cualquier lugar dentro del territorio de su jurisdicción.

Concluida la celebración, el oficial deberá inscribir el acta en un registro especial de acuerdos de unión civil que llevará el Servicio de Registro Civil (artículo 6).

3.4 Efectos personales y patrimoniales del AUC

El AUC tiene los efectos personales que menciona el artículo 14:

- a. Ayuda mutua;
- b. y obligación de contribuir a los gastos de la vida en común en proporción a sus facultades y al régimen de bienes que exista entre ellos.

Las partes de un AUC no tienen obligación de vivir juntos, ni de guardarse fidelidad. A pesar de no tener los convivientes obligación civil de cohabitar ni de guardarse fidelidad, la ley establece que los hijos de una mujer “conviviente civil” se presumen ser del “conviviente civil” varón con el que tiene vigente un AUC (artículo 21 con relación al artículo 184 del Código Civil). Con esta presunción, estos hijos no necesitan ser reconocidos por el verdadero padre, aunque el progenitor pueda desconocer esa filiación o impugnarla, según dispone el artículo 184 del Código Civil. La multiseccular presunción *pater is est quaem nuptiae demonstrant* (Dig. 2, 4, 5) (el padre es quien las nupcias

señalan), propia del matrimonio, se extiende por esta ley a una *unión no matrimonial*.

Los efectos patrimoniales del AUC están regulados en los artículos 15 a 20 de la ley. Los “contrayentes” pueden pactar un régimen de comunidad de bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del AUC (artículo 15, inciso 1°). Pueden, posteriormente, sustituir esta comunidad por separación total de bienes (artículo 15, incisos 2° a 4°). Si nada pactan, se entiende que no buscan establecer entre ellos una comunidad de bienes.

Se le da a los AUC o contratos equivalentes celebrados en el extranjero, el mismo efecto que tienen actualmente los matrimonios celebrados en el extranjero (artículo 15, inciso 5°).

Por último, aun cuando la suya es una *unión no matrimonial*, los “convivientes civiles” pueden pedir la afectación de la vivienda que sirve de residencia principal de la familia como bien familiar (artículo 15, inciso final, con relación a los artículos 141 a 149 del Código Civil). Dando a esta norma una interpretación armónica con las del Título VI, § 2 del Código Civil, debe entenderse que el derecho a pedir la afectación de una vivienda y los muebles que la guarnecen como bien familiar, corresponde solamente al “conviviente civil” no dueño (legitimación activa) contra el dueño (legitimación pasiva). No procedería apelar a estas normas si los “convivientes civiles” hubiesen pactado comunidad de bienes al celebrar el AUC, pues siendo copropietarios ambos de dichos bienes pueden usar y gozar de ellos como tales. La ley no establece normas sobre la administración de los bienes que se tienen en común; por lo que rige supletoriamente el régimen de administración de comunidades, establecido en los artículos 2304 a 2312 del Código Civil.

El AUC podría servir eficazmente como sustitutivo del testamento, pues el “conviviente civil” (con AUC vigente a la fecha de delación de la herencia según el artículo 18) es heredero abintestato y legitimario del causante, pudiendo concurrir con los hijos de este; y es también asignatario de la cuarta de mejoras (artículo 16). Puede ser desheredado por cualquiera de las causas consideradas para desheredarse a un ascendiente o al cónyuge (artículo 17 con relación al artículo 1208 del Código Civil). Tiene, por último, el mismo derecho que la ley hoy reconoce al cónyuge sobreviviente de pedir adjudicación preferente en propiedad o en derechos de habitación y uso de la vivienda en que resida y que sea o haya sido vivienda principal de la familia (artículo 19 Ley N° 20.830, con relación al artículo 1337, regla 10ª, del Código Civil).

Finalmente, el “conviviente civil” está legitimado expresamente por el artículo 20 para las acciones civiles contra terceros por muerte o incapacidad de la otra parte en el AUC²³.

3.5 Terminación del AUC

La terminación del AUC “pone fin a todas las obligaciones y derechos cuya titularidad y ejercicio deriven de la vigencia del contrato” (artículo 28) y está regulada entre los artículos 26 y 27 de la ley. Sorprende, nuevamente, el grado de asimilación que alcanzan estas normas a las de terminación del matrimonio por muerte natural o presunta, por voluntad mutua o unilateral (divorcio) o por nulidad (artículo 26).

Queda por verse la cantidad de controversias que puede llegar a producir esta regulación. La ley incluye un derecho a compensación económica del “conviviente civil” menoscabado por alguna de las formas de terminación que confieren igual derecho en el matrimonio (artículo 27). “Esta compensación se regulará y determinará en la forma prevista en los artículos 62 a 66 de la Ley N° 19.947” (artículo 27, inciso 2°).

4. Más disposiciones legales que asimilan el AUC al matrimonio

La ley N° 20.830 cierra su articulado con una serie de normas cuya finalidad es asimilar, en todas las formas posibles de pensar, los efectos del AUC a los del matrimonio, sin que los que contraen un AUC asuman las responsabilidades correspondientes al verdadero matrimonio.

4.1 Jurisdicción de los tribunales de familia

La ley N° 20.830 finalmente optó por dar competencia a los tribunales de familia para conocer de las materias a que se refiere el artículo 8° de la ley N° 19.968, que se susciten entre convivientes civiles. La liquidación de bienes comunes, sin embargo, sigue sujeta a las reglas generales, es decir, como reitera el artículo 22, inciso 2°, puede hacerse de común acuerdo o someterse al conocimiento de un juez partidor, con la excepción expresa de que las partes pueden conferir al partidor el carácter de árbitro arbitrador.

²³ Sobre esta norma, ver columna de Hernán Corral. *Corraltalciani.wordpress.com*, Acuerdo de Unión Civil y responsabilidad por daños causados por terceros a uno de los convivientes, 26 de abril de 2015.

4.2 Otras formas de asimilación de los convivientes civiles a los casados

Los artículos 23, 24 y 25 de la ley contienen normas que habrían hecho innecesarias, aunque solo sea por razones de economía legislativa, muchas de las modificaciones a cuerpos legales vigentes que introduce la ley en los artículos 28 a 48. El artículo 23 dispone que “todas las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que las leyes y reglamentos establecen respecto de los cónyuges se harán extensivas, de pleno derecho, a los convivientes civiles”. Esta norma hace innecesarias las siguientes reformas: artículo 34 (modificaciones al Código de Procedimiento Civil); artículo 35 (modificaciones al Código Orgánico de Tribunales) y artículo 44 (modificaciones a la Ley de Matrimonio Civil).

El artículo 24 dispone que “las leyes y reglamentos que hacen alusión a los convivientes, sea con esta expresión y otras que puedan entenderse referidas a ellos, serán igualmente aplicables a los convivientes civiles”. Esta disposición hace innecesarias las siguientes reformas: artículo 39 (reformas al Código Penal); y artículo 46 (reformas a la ley N° 16.744, sobre seguro obligatorio de accidentes del trabajo).

El artículo 25 de la Ley N° 20.830 es otra norma innecesaria, en cuanto extiende al conviviente civil la prohibición del artículo 450 del Código Civil para que un cónyuge sea nombrado curador de su marido o mujer declarado/a en interdicción por disipación. A falta de personas idóneas, la curaduría del disipador es *dativa* (artículo 448 del Código Civil), es decir, al curador lo nombra el juez. Era innecesario este artículo 25 para que el juez tenga esta atribución. También lo es en cuanto dispone que un conviviente civil sea llamado a ejercer la curaduría del otro conviviente bajo interdicción por demencia. A falta de personas idóneas, la curaduría del demente es *dativa*; es decir, la persona del curador la designa el juez.

El artículo 45 de la ley N° 20.830 modifica el artículo 226 del Código Civil, para autorizar expresamente al juez a entregar el cuidado personal de los hijos al conviviente civil del padre o madre. Este artículo es una norma de extrema importancia pues contiene la regla que permite separar a un niño del cuidado personal de su padre o madre biológico/a, o de ambos, para entregarlo a la tutela de terceras personas, parientes o extraños. Lo único que puede autorizar esta decisión es la inhabilidad física o moral de ambos padres biológicos; en cuyo caso, solamente el juez puede elegir al tercero en quien confiar el cuidado personal del niño, debiendo preferir a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los abuelos. Modificando el Código Civil para

autorizar la entrega de menores al conviviente civil de su padre o madre la Ley N° 20.830 ha llevado las cosas demasiado lejos. El juez *siempre* deberá preferir al consanguíneo más próximo y, de preferencia, a los abuelos; independientemente de la existencia o no de un “conviviente civil” del padre o madre del menor sujeto a esta medida. No debería siquiera autorizarse la decisión judicial que permita entregar el cuidado personal de un menor al conviviente civil de su padre o madre. La decisión de separar a un niño del cuidado de sus padres y, luego, preferentemente de sus parientes, es grave; y solo se justifica si no hay personas idóneas que puedan tener el cuidado del niño.

Los artículos 29 a 46 de la ley reforman 18 leyes de la República actualmente vigentes, con la finalidad de extender a los convivientes civiles los efectos del matrimonio. Con esta observación es posible retornar a las consideraciones efectuadas al principio de estas líneas. El Acuerdo de Unión Civil es un sucedáneo del verdadero matrimonio y la magnitud de su impacto social está por verse. También habrá que observar si los que actualmente conviven optarán por esta fórmula disminuida del verdadero matrimonio y si quienes opten por iniciar una vida en común mediante esta fórmula quedarán satisfechos con ella y no será solo una situación de transición hacia el matrimonio.

5. Conclusiones

Son muchos los motivos por los que ha sido un error legislar en esta materia. Esta ley nos deslizará inevitablemente hacia ese símil del matrimonio que algunos denominan “igualitario”, que consiste en legitimar las relaciones no matrimoniales. Esto es especialmente grave cuando se legitiman relaciones que no son ni pueden llegar a ser realmente conyugales. Lo que hemos descrito significa utilizar la fuerza coactiva y el poder de configuración cultural de la ley para fines privados de grupos de presión, poniéndola al servicio de lo que muchos llaman una ideología. “Este es el primer paso, no descansaremos hasta lograr el matrimonio igualitario”²⁴, declaró un representante de los grupos de interés que impulsaron la ley. Una ley así es un error y solo podrá causar daño social, aumentando el que ya produce la

²⁴ *La Tercera* (edición on-line), “Bachelet promulga Acuerdo de Unión Civil”, lunes 13 de abril de 2015 (disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/politica/2015/04/674-625246-9-bachelet-promulga-acuerdo-de-union-civil-no-queremos-espacio-para-la.shtml>).

desprotección en que se encuentra la familia y la falta de incentivos legales para casarse.-

**OTROS DESARROLLOS RELEVANTES
EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL**

LA GRAN REFORMA ELECTORAL DE 2015: NOTAS DESDE LA CIENCIA POLÍTICA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Patricio Zapata Larraín¹

Introducción

El más grande héroe chileno, el Capitán de Fragata Arturo Prat Chacón, fue abogado². Y así, en paralelo al despliegue de una brillante carrera en la Armada, Prat debió cumplir con todas y cada una de las exigencias del estudio del Derecho. Llegado el momento de escoger un tema para su Memoria de Prueba, el joven marino desechó la opción obvia de abordar cuestiones relativas al derecho marítimo o la Ordenanza Naval y sorprendió a superiores y maestros redactando una Tesis en que analiza una muy polémica, y entonces reciente, ley política: la reforma electoral de 1874. Las cincuenta páginas de la Memoria, dadas a la prensa en Julio de 1876, ponen de manifiesto, no solo el talento jurídico de Prat, sino que, además, lo muestran como un hombre genuinamente preocupado por la legitimidad democrática de nuestras instituciones representativas.

Reproduzco, a continuación, los primeros cuatro párrafos de la Tesis de Prat. En ellos se expresa de manera inequívoca el compromiso republicano del héroe de Iquique:

¹ Profesor de Derecho Constitucional; Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Magister en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Master en Derecho de la Universidad de Harvard.

² Sobre Prat, véanse: de la Cerda, Pablo y Ferrada, Claudio, *Arturo Prat. Estudiante de Derecho y Abogado*, (Editorial Andrés Bello), 1980; Vial, Gonzalo, *Arturo Prat*, (Editorial Andrés Bello), 1995; Sater, William, *La imagen Heroica en Chile. Arturo Prat, santo secular*, (Centro de Estudios Bicentenario), 2005; Castagneto, Piero y Lazcano, Diego, *Prat: Agente secreto en Buenos Aires*, (RIL editores), 2009; y Iturriaga, María Angélica, *Carmela Carvajal de Prat: Cartas de mi esposo*, (Sudamericana, Random House Mondadori), 2011. En lo que a mí respecta, he publicado dos columnas de opinión resaltando la figura de Prat: “Los Treinta”, *El Mercurio de Santiago*, 9 de Mayo de 2005, página A 3 y “Prat Abogado”, *El Mercurio de Santiago*, 21 de Mayo de 2007, página A 3.

“El 12 de Noviembre de 1874 se promulgaba la lei de elecciones vijente. El país entero aplaudía con entusiasmo su advenimiento considerándola como lei redentora, que venía a salvar de las influencias ilejítimas i del privilejio de las mayorías, la libertad del voto y la representación de las minorías. Si ella no satisfizo las aspiraciones más avanzadas en esta materia ni todas las exigencias de los partidos, había, al menos, consagrado la justa i conveniente representación de las minorías por medio del voto acumulativo en la cámara de diputados i del limitado en las municipalidades. La antigua lei había sido enteramente trastornada; la misma constitución política entendiendo el personal del senado i estableciendo su elección por provincias, había ayudado a esta transformación eminentemente liberal”.

Tuvo razón Prat. Aun cuando, efectivamente, la reforma de 1874 “no satisfizo las aspiraciones más avanzadas”, sí profundizó la libertad del voto y consagró en Chile “la justa y conveniente representación de las minorías”. Nuestra Patria se beneficiaría de ello³. Ocurre que, contra lo que afirman algunos, una reforma electoral sí tiene que ver con las necesidades más reales y concretas de la gente.

1. Objeto y Plan

El 5 de Mayo de 2015 se publicó en el Diario Oficial la ley N° 20.840, que “Sustituye el sistema electoral binominal, por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional”. Así, casi exactamente 26 años después de la imposición del binominalismo por parte

³ Claudio Orrego Vicuña señaló que “el paso del tiempo... demostró que la reforma de la ley electoral de 1874 no fue un simple episodio de actualidad. Tuvo una enorme influencia en el devenir posterior de la vida republicana. Fue ésta la primera gran batalla política que se libró con éxito para dificultar la intervención electoral del gobierno y garantizar la libertad real de sufragio del pueblo soberano”, en *Observaciones a la lei Electoral Vijente, Memoria de Prueba*, Colección Lautaro, (Ediciones Aconcagua), 1976, p. 8. En un trabajo clásico, Samuel Valenzuela plantea que la ley electoral de 1874 “representó un paso fundamental para que el régimen político chileno pasase de su autoritarismo semicompetitivo a un régimen democrático”. Aun cuando el foco principal de Valenzuela está puesto en las disposiciones de la ley de 1874 que limitan la injerencia electoral del Gobierno, él no deja de destacar positivamente el hecho que esta reforma abrió las puertas del Parlamento a las minorías. Valenzuela, J. Samuel, *Democratización vía Reforma*, (Ediciones del IDES, Colección América Latina), 1985, pp. 19 y 103-106. Como he tenido oportunidad de decirlo en otro lugar: “La forma inteligente en que se pactó la reforma electoral de 1874 permitió que las fuerzas minoritarias se incorporaran en plenitud al proceso político. De esta manera, cuando nos sorprendió la Guerra del Pacifico, el país pudo contar con el concurso político y administrativo de todos sus hijos”. Zapata, Patricio, *La Nueva Constitución y el Bien Común*, en Zuñiga, Francisco (Coordinador), “Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones, Antecedentes y Debates”, (LegalPublishing y Thomson Reuters), 2014, p.97.

de la dictadura de Pinochet, Chile vuelve a reencontrarse con la que fue su tradición en materia de representación parlamentaria⁴.

Este artículo tiene por objeto analizar esta trascendental reforma⁵. A efectos de organizar la exposición, el texto se estructura en base a cuatro acápite. La primera parte del trabajo recuerda algunas nociones básicas sobre sistemas electorales. La sección segunda examina críticamente la historia chilena en materia de sistemas electorales, con especial énfasis en los problemas que supone el sistema binominal. El acápite tercero desarrolla una breve reflexión sobre las dificultades inherentes a la reforma de los sistemas electorales, tanto aquellas de orden general como las que se presentaron en el caso que estamos examinando. La cuarta parte del artículo aterriza en los contenidos del proyecto de reforma presentado por la Presidenta Bachelet en Abril de 2014 que, como se sabe, y con modificaciones menores, terminaría siendo despachado favorablemente por el Congreso Nacional, en Diciembre del mismo año. En esta sección se discutirán, también, algunas de las principales objeciones esgrimidas contra esta iniciativa.

4 El sistema electoral binominal se instaura en Chile en virtud de la ley N° 18.799, publicada en el Diario Oficial el 26 de Mayo de 1989, y modificatoria, entre otras, de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.700, sobre Votaciones Populares y Escrutinios.

5 Creo importante, por razones de transparencia y honestidad intelectual, que el lector sepa -de entrada- que, respecto del asunto materia de este artículo, el autor de estas líneas está lejos de ser un observador desinteresado. Ya en 1991, en mi condición de asesor del Ministro Secretario General de la Presidencia, Edgardo Boeninger, colaboré en la elaboración del primero de los intentos por eliminar el sistema binominal. En 1993, como Jefe de la División de Relaciones Políticas e Institucionales del referido Ministerio, coordiné la preparación de un segundo anteproyecto. En 1996, después de completar mi postgrado en el extranjero, y siendo Ministro de SEGPRES Genaro Arriagada, volví a participar en el que sería el tercer esfuerzo de un gobierno concertacionista por reformar el sistema electoral. La circunstancia de haber dejado el gobierno a fines de 1999 no puso fin a mi vinculación con el tema. Mi convicción en esta materia me llevó a escribir numerosas columnas de opinión apoyando el cambio (véanse, por ejemplo, "Reforma Republicana", El Mercurio, 23 de Abril de 2007, página A3, "La listita", El Mercurio, 19 de Mayo de 2008, página A3 y "Tradición republicana", El Mercurio, 14 de Julio de 2008, página A3). En 2006 tuve el honor de integrar la "Comisión Boeninger", designada por la Presidenta Bachelet para evaluar propuestas concretas de cambio al sistema electoral. Entre 2010 y 2013, y en mi condición de Presidente de la Comisión Constitucional del PDC, brindé apoyo técnico a los esfuerzos políticos de Soledad Alvear, Patricio Walker e Ignacio Walker por lograr un gran acuerdo para poner fin al binominal. A principios de Abril de 2014, el Ministro del Interior Rodrigo Peñailillo me invitó a trabajar en un pequeño comité, con los diputados Pepe Auth y Marcelo Schilling, encargado de la redacción un nuevo anteproyecto de reforma electoral. Enriquecido con los aportes de MINSEGPRES, el borrador preparado por este grupo se transformaría en el Mensaje del Ejecutivo (Boletín 9326-07). Durante el año 2014, y también a solicitud del Ministerio del Interior, elaboré dos informes, remunerados, sobre algunos de los aspectos más polémicos de la iniciativa. Invitado por las respectivas Comisiones de Constitución, Legislación y Justicia, asistí a la Cámara de Diputados y al Senado a entregar una opinión favorable al proyecto. Tuve la responsabilidad, finalmente, de representar a la Presidenta de la República en la defensa jurídica ante el Tribunal Constitucional de la reforma electoral frente al requerimiento presentado por senadores de la UDI y RN. A expresa petición mía, esta representación fue *ad honorem*.

2. Sobre Sistemas Electorales

Un sistema electoral es aquel conjunto de definiciones esenciales con arreglo a las cuales la manifestación del sufragio ciudadano se traduce, en el ámbito institucional del Estado, en un resultado oficial, preciso y determinado⁶. Para los efectos de este trabajo, entonces, el sistema electoral *-stricto sensus-* remite a las reglas que transforman, o refinan, las preferencias puras (“brutas” o “crudas”) del elector en resultados netos. Quedan fuera de este concepto, por lo tanto, aquellas otras, y muy trascendentales, reglas que tienen por objeto asegurar que el acto de votar sea libre e informado y que las campañas electorales sean limpias, equitativas y pacíficas.

En este artículo nos ocuparemos específicamente del sistema electoral parlamentario, esto es, de aquel conjunto de definiciones sobre fórmula, distrito, tipo de papeleta y método matemático de reparto que, en su operación conjunta, traducen la manifestación de la voluntad ciudadana en una precisa y determinada composición de las dos cámaras que, en el caso de Chile, componen el Congreso Nacional.

Un sistema electoral, entonces, supone una manera concreta de responder a las preguntas sobre fórmula (mayoritaria o proporcional), tipo de distrito (nacional único, subnacional de magnitud alta, subnacional de magnitud media, binominal, uninominal), tipo de papeleta (listas cerradas y bloqueadas o listas abiertas) y método matemático de reparto de escaños (d’Hont, Hare, Saint-Laguë).

Un sistema electoral es *mayoritario* cuando *tiende estructuralmente* a premiar a la fuerza política que obtiene más sufragios. Típicos sistemas mayoritarios son aquellos en que todos los parlamentarios son elegidos por distritos uninominales (que eligen un parlamentario), resultando electo en cada uno de ellos el candidato que obtenga más preferencias. Esta fórmula, también conocida como *First-past-the-post* es la que emplean las democracias herederas del viejo Imperio Británico (Reino Unido, Estados Unidos, India, Canada, etc.)⁷. Los partidarios de los sistemas mayoritarios destacan, principalmente,

6 Rafael López Pintor define al sistema electoral como un “conjunto de elementos esenciales para articular y dar forma institucional a la representación popular”. López, Rafael “Procesos de reforma de sistemas electorales: Aprendizajes de la experiencia comparada”; en *Reforma del sistema electoral chileno*, Fontaine, Arturo; Larroulet, Cristián; Navarrete, Jorge y Walker, Ignacio, (PNUD), 2009.

7 Existen, en todo caso, otras fórmulas de carácter mayoritario. El modelo adoptado por la V República Francesa, que contempla distritos uninominales igual que el *First past the Post*, presenta la importante diferencia, sin embargo, de existir un ballottage (segunda vuelta) si ninguna candidatura obtiene mayoría absoluta (a dicha segunda votación tienen derecho a concurrir todos los candidatos que hayan

su aptitud para inducir y generar mayorías institucionales (con las ventajas en materia de gobernabilidad que ello entraña). Se valora además un pretendido efecto moderador de la política (por el hecho de forzar a las candidaturas a pelear el voto de centro).

Un sistema electoral es *proporcional*, por su parte, cuando *tiende estructuralmente* a producir una cierta equivalencia entre el % total de los sufragios que obtiene una fuerza política y el % total de escaños parlamentarios que ella consigue en definitiva. Los defensores de esta alternativa rescatan, especialmente, el hecho que estos sistemas permiten la expresión política de las distintas visiones sociales.

El solo hecho que bajo un sistema se produzcan resultados relativamente proporcionales no lo califica, *per se*, como sistema proporcional. El resultado anotado puede deberse al efecto de circunstancias políticas contingentes o de pactos/omisiones a nivel de la oferta de candidatos.

La proporcionalidad puede ser estricta, corregida (por ejemplo con un umbral del 5%) o moderada. Desde un punto de vista estructural, a la proporcionalidad se puede arribar por diversas vías: creando un distrito nacional único, con un sistema de doble voto o con distritos plurinominales. Veamos, con algunos ejemplos, como se combinan estos elementos.

Israel ha adoptado un *sistema proporcional estricto*, esto es, un sistema que garantiza representación equivalente a todas las fuerzas políticas. El territorio

obtenido más del 12.5% del padrón). Esta modalidad no altera radicalmente el funcionamiento mayoritario del sistema, pero otorga un espacio asegurado de influencia, con la consiguiente posibilidad de representación, a fuerzas minoritarias del orden del 10% (a menos que se trate de una minoría que no quiere aliarse o con la que nadie desea entenderse, p.e. el Frente Nacional). Italia, por su parte, ha ensayado en varias ocasiones la alternativa consistente en mezclar una base de elección de tipo proporcional con un correctivo mayoritario (otorgando un número adicional, no proporcional, de diputados, -un premio-, a la fuerza política más votada). En Noviembre de 1923, e invocando la necesidad de poner fin a la extrema fragmentación, Benito Mussolini convocó al Parlamento Italiano para que aprobara la Ley Acerbo, según la cual si un partido obtenía más del 25% de los votos se quedaría con 2/3 de los diputados, distribuyéndose el tercio restante de acuerdo a la proporción de los votos. 30 años después, gobernando Alcide De Gasperi, la Democracia Italiana, aprobó una reforma electoral que garantizaba 2/3 de los escaños parlamentarios a la coalición que obtuviera la mayoría absoluta de los votos. En la elección de 1953 a la coalición que integraba la DC le faltó apenas una décima de punto porcentual de ganarse el Bono (obtuvo el 49.9%). La ley fue luego derogada. En 2005, sin embargo, Silvio Berlusconi logró aprobar una reforma que otorga 340 de los 630 diputados a la coalición más votada (aunque tenga el 35% o el 40% de los votos). Pensada y diseñada por Berlusconi para favorecer a su propia coalición (la centroderechista "Casa de Las Libertades"), la regla nueva terminó favoreciendo, sin embargo, a la centroizquierdista "Unión" que con el 49.81% de los votos se quedó con los 340 escaños (superando apenas a la Casa de Las Libertades que alcanzó el 49.74%). A fines de 2013 la Corte Constitucional declaró inconstitucional la ley de 2005. A principios de 2015 el gobierno de Matteo Renzi aprueba una reforma que conserva la idea del premio de los 340 diputados para la fuerza más votada, pero condicionado a que haya obtenido al menos el 40% de los votos (si ningún partido logra el 40%, dos semanas después de la elección general se realizará un ballottage entre los dos partidos más votados a efectos de determinar cuál de los dos se queda con el bono de los 340 diputados).

del país conforma un solo colegio electoral que elige los 120 miembros del Parlamento (el *Knesset*). Los ciudadanos sufragán por el partido político de su preferencia (que ha presentado listas cerradas y bloqueadas). Los 120 escaños se distribuyen luego en proporción al voto de las listas, sin que exista ningún tipo de umbral mínimo de votación para lograr representación. De esta manera, entonces, un partido que obtiene el 1% de los votos elegirá 1 diputado.

La República Federal Alemana ha optado por un *sistema proporcional corregido*, esto es, un sistema que garantiza representación equivalente a todas las fuerzas políticas que superen un umbral mínimo. La forma de elección mixta con que se integra la Cámara de Diputados, el *Bundestag*, merece explicarse con cierta detención. Los ciudadanos alemanes emiten dos sufragios. Uno de ellos tiene por objeto elegir, en votación directa, y en base a distritos uninominales, a 299 diputados. El otro voto, el que produce más efectos políticos, se emite en favor de algunos de los partidos políticos con existencia legal y define, proporcionalmente, vía sistema Saint Laguë, la composición total de la Cámara.

Veamos, con un par de ejemplos, y utilizando los datos de la última elección parlamentaria (2013), como opera en la práctica el sistema germano. En base al primer voto, los candidatos de la CDU/CSU (Unión Demócratacristiana/Socialcristiana) se impusieron en 236 de los 299 distritos uninominales. En cuanto al segundo voto, el 41.5% logrado por la CDU/CSU le da derecho a un total de 311 diputados (sobre el total de 631). Estos 311 se completan sumando a los ya indicados 236 diputados electos por los distritos unos 75 candidatos nacionales identificados en la respectiva lista cerrada del partido. El Partido Verde, por su parte, solo consiguió que 1 de sus 299 candidatos se impusiera en los distritos uninominales. El punto, sin embargo, es que el 7.3% que lograron los verdes con el segundo voto les da derecho a un total de 63 diputados. Esos 63 se enteran adicionando al 1 que resultó electo en base territorial otros 62 que figuraban en la lista de la colectividad.

El hecho que los germanos hayan optado por una composición mixta del Bundestag –con dos tipos distintos de diputados– no significa, en modo alguno, que el sistema de ellos sea algún tipo de híbrido entre proporcional y mayoritario. Nada que ver. El sistema alemán es proporcional.⁸ Lo que sí es cierto, sin embargo, es que se trata de un proporcional corregido, esto debido a la existencia a nivel legal de un umbral mínimo de votación (5%) como

8 El modelo alemán, que ya cumple casi siete décadas, ha inspirado reformas electorales en países como México, Bolivia y Nueva Zelanda.

requisito *sine qua non* para que un partido tenga derecho a su cuota proporcional de diputados.

Bélgica, España, Portugal y la mayoría de las democracias sudamericanas, en cambio, emplean *sistemas electorales proporcionales contruidos sobre distritos plurinominales*, listas de partido, método d'Hont y sin umbral mínimo de votación. En el caso de la mayoría de los regímenes parlamentarios, necesitados de máxima disciplina partidista, el sistema de lista es cerrado y bloqueado, de modo que el elector no puede manifestar preferencia por alguno de los candidatos individuales (así, por ejemplo, en España y Portugal). No obstante, el régimen parlamentario belga coexiste con listas abiertas (aquellas en que el elector puede jerarquizar las posibilidades de los integrantes de la lista). En el caso de los regímenes presidenciales, se presentan las dos opciones. Mientras Argentina contempla listas cerradas, Brasil y Chile establecen listas abiertas. Colombia, por su parte, le concede a cada partido o coalición el derecho a proponer listas abiertas o cerradas.

En este modelo proporcional fundado en distritos plurinominales, la Magnitud de los Distritos (en adelante, "MD"), esto es, la definición del número de parlamentarios que elige cada distrito, es el criterio clave para evaluar el grado de proporcionalidad de cada sistema.

Si todos los distritos plurinominales eligen 2, 3, 4 o 5 parlamentarios será difícil que fuerzas políticas con menos del 20% obtengan representación. Obviamente, en el caso en que todos los distritos elijan 2, como ocurre con el binominal chileno, la posibilidad de que se produzca la entrada de esas fuerzas minoritarias es bajísima⁹.

Si se combinan distritos que eligen 3, 4 o 5 parlamentarios y otros distritos que elijan 7 o más parlamentarios, con un promedio que vaya de 5 a 6, se obtiene un sistema que arrojará típicamente proporcionalidad moderada. Insistamos en cuanto a que un sistema proporcional moderado como el descrito no garantiza representación equivalente a todas las fuerzas políticas sino que, mucho más modestamente, crea condiciones que hacen *posible* la representación bastante

9 Que esa posibilidad sea baja no significa que no pueda ocurrir. Factores de tipo local o la concentración de los apoyos en una parte del territorio podrían permitir que, incluso en un binominal, un partido que tiene un 5% a nivel nacional pueda elegir varios parlamentarios. Consideremos, por último, que todo lo que pueda decirse sobre la situación de los partidos minoritarios en el binominal chileno ha estado muy fuertemente condicionado por el hecho que la ley N° 18.700 Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios permite la celebración de pactos entre partidos. Como se sabe, esa circunstancia permite que aquellos partidos políticos del 5% que tienen interés en aliarse y encuentran acogida en los pactos grandes pueden, si hacen una buena negociación de cupos, alzarse con varias victorias parlamentarias (ha ocurrido con el Partido Radical de Chile, con la Unión de Centro Centro en 1997 y con el Partido Comunista en las elecciones de 2009 y 2013).

aproximada de las mayorías y de las minorías significativas (por minoría significativa entiendo una fuerza política, o una candidatura, cuya votación bordea el 10%)

Si todos los distritos plurinominales eligen 7 o más parlamentarios, el sistema está en mejores condiciones de acercarse a la proporcionalidad estricta. En el extremo, por supuesto, se encontraría, la situación de Israel en que el colegio electoral único tiene una magnitud de distrito 120.

Apliquemos lo que se ha señalado sobre Magnitudes de Distritos a la estructura concreta de varios sistemas electorales proporcionales que se fundan en distritos plurinominales. Para estos efectos, iremos desde una menor hospitalidad con las fuerzas minoritarias a una mayor apertura para las mismas, atendiendo al % del total de escaños parlamentarios que se eligen por distritos con magnitud igual o superior a 7.

Cámara de Diputados, Chile (1990-2015)	0%
Cámara de Diputados, Chile (1973)	42%
Cortes de Diputados, España (2015)	58%
Cámara de Diputados, Argentina (2015)	76%
Asamblea de la República, Portugal (2015)	77%
Congreso de Diputados, Brasil (2015)	100%

Al momento de concluir esta breve mirada al tema de los sistemas electorales, conviene destacar que, sobre este asunto, la teoría democrática es relativamente agnóstica. No existe, en efecto, una fórmula concreta que pueda reclamar para sí la cualidad de encarnar en plenitud los valores y principios del autogobierno. Por el contrario, sistemas muy distintos, mayoritarios unos, proporcionales otros, pueden, todos ellos, -legítimamente-, presentarse como alternativas igualmente democráticas.

No existe, por tanto, un tipo de sistema electoral que sea absolutamente mejor que los otros¹⁰. Cada comunidad política debe asumir la tarea de identificar el que más le sirva.

¹⁰ En palabras de Dieter Nohlen: “No hay un sistema electoral ideal o *best system*. De modo que no se trata de sustituir un sistema que opera en la realidad política, al cual se atribuyen todas sus sentidas o supuestas maldades, por otro teóricamente ideal, del cual se espera la realización de todas las imaginadas bondades que en la política se ofrecen al ser humano. Es importante primero diferenciar entre el mundo teórico y el empírico, y segundo considerar reformas institucionales en términos relativos. Lo que realmente pasa en procesos de reforma electoral es sustituir una solución institucional con efectos cuestionables por otra con efectos a lo mejor menos cuestionables, sustituir sistemas que son más expuestos a la crítica y más costosos en cuanto a valores (por ejemplo, legitimidad) por otros que lo son menos”, Nohlen, Dieter, “La reforma del sistema binominal desde una perspectiva comparada”, en *Revista de Ciencia Política*, Volumen 26, N° 1, 2006, pp. 191-202.

Lo señalado permite entender el hecho que mientras para el Reino Unido el mejor sistema sería el muy mayoritario uninominal, para los alemanes el mejor sistema sea el proporcional, con representación mixta y umbral del 5%. Se equivocaría profundamente, y perdería el tiempo, el británico que tratara, con sesudos argumentos teóricos, de convencer al alemán de cambiarse. Lo mismo al revés.

La clave, por supuesto, es que el mecanismo electoral, fuere el que fuere, sea considerado bueno y conveniente por los ciudadanos. En este sentido, no cabe sino aplaudir la sensatez de aquellos pueblos y gobiernos que, cada cierto tiempo, se avienen a revisar críticamente sus instituciones electorales¹¹. Del mismo modo que resulta ridículo cambiar por un simple afán exploratorio, que un grupo minoritario que se ha visto favorecido por un sistema electoral se aferre obstinadamente a una fórmula que suscita el rechazo de la mayoría, no puede sino ir debilitando gravemente la legitimidad de las instituciones.

He reconocido que en materia de sistemas electorales todo es bastante relativo. Hay un punto, sin embargo, en que los ideales normativos de la democracia, y de la justicia, si le pueden, y le deben, formular exigencias a los sistemas electorales. A todos, y a cualquiera de ellos. Me refiero al respeto al derecho de todo ciudadano a tener un peso razonablemente equivalente en la elección de los representantes en la Cámara *política*. En este sentido nunca serán aceptables, y violan el principio constitucional de igualdad, los arreglos institucionales que permiten o favorecen la sub-representación de grupos enteros de personas (el caso de las mujeres en Chile), las fórmulas que, sin existir causa razonable, otorgan más peso en el Parlamento a quienes viven en un lugar determinado (*malapportionment*) o los dibujos de distritos que se construyen con el objeto de favorecer la representación de un determinado bando político (*gerrymandering*).

Si el debate entre sistemas electorales es una cuestión siempre opinable, abierta a consideraciones prudenciales y que debe ser resuelta democráticamente, el respeto al igual derecho a la representación es una materia de principios.

11 El Reino Unido viene utilizando el sistema mayoritario desde que la Cámara de Comunes se integra por elecciones. No obstante, siempre ha existido, tanto a nivel de la política como en la academia, una corriente de opinión crítica a tal fórmula. Pues bien, fue el gobierno conservador de David Cameron el que permitió que los propios ciudadanos resolvieran este asunto vía Referéndum, pudiendo escoger entre conservar el *First past the Post* y una variante proporcional. El resultado de la votación, celebrada el 5 de Mayo de 2011, y que arrojó un sorprendente 67.9% por mantener el mayoritario, no zanjó, por supuesto, el debate intelectual sobre las ventajas y desventajas de uno y otro sistema, pero sí tuvo el efecto de validar democráticamente la fórmula en uso.

3. Los sistemas electorales en la historia de Chile

La discusión abstracta sobre las condiciones en que puede o debe ejercerse el sufragio admite, como se ha visto, muchas posiciones. Existen, en efecto, distintas formas de aterrizar institucionalmente los principios de la democracia. Por ello, no puede sorprender que en materia de sistemas electorales el derecho comparado ofrezca un abanico de opciones. Siendo evidente que es mucho lo que puede aprenderse observando lo que ocurre en otras latitudes, me parece que el parámetro principal para juzgar la conveniencia de un proyecto sobre esta materia ha de construirse en, y desde, nuestra propia tradición constitucional y política.

Es por lo señalado, que me ha parecido útil recordar –brevemente– cuál ha sido, a este respecto, la evolución histórica nacional. Esa mirada retrospectiva tiene la virtud de mostrar muy claramente la forma en que nuestras sucesivas Cartas Fundamentales, y la legislación complementaria, fueron, por una parte, ampliando el universo de connacionales a quienes se les reconoce el derecho a integrar el cuerpo electoral y, por la otra, van perfeccionando las reglas e instituciones que garantizan que la expresión electoral del pueblo se manifieste en forma pacífica, limpia, auténticamente libre e informada.

3.1. Los sistemas electorales en la historia larga de la tradición republicana chilena

Desde muy temprano, Chile ha buscado darle un peso equivalente al sufragio de los ciudadanos, independientemente del lugar que habiten.

El Acta de la Primera Junta de Gobierno, convocando al Primer Congreso Nacional, de 18 de Diciembre de 1810, expresa:

“El Congreso es un cuerpo representante de todos los habitantes de este reino y, para que esta representación sea la más perfecta posible, elegirán Diputados los veinticinco partidos en que se halla dividido. El número de diputados de cada distrito debe ser a su población y, siendo próximamente igual la de todos, elegirá y nombrará cada uno el número de representantes que expresa la razón siguiente: Valdivia, uno; Osorno, uno; Concepción, tres; Los Angeles, uno; Rere, uno; Rancagua, uno; Melipilla, uno; Valparaíso, uno; Quillota, uno; Santiago, seis; Chillán, dos; Linares, uno; Cauquenes, uno; Talca, dos, Curicó, uno, San Fernando, dos; Los Andes, uno; Aconcagua,

uno; Petorca, uno; Cuzcuz, uno; Coquimbo, dos; Huasco, uno; Puchacay, uno; Itata, uno; Copiapo, uno.

Será electo Diputado el que saque mayor número de votos... En las ciudades y partidos en que se haya de elegir más de un Diputado, verificada la elección del primero, se procederá, en igual forma, a la del segundo y demás...”

El reglamento Constitucional de 1812, por su parte, establece en su artículo artículo 7° que “Habrá un Senado compuesto de siete individuos... Se renovará cada tres años... Serán reelegibles”. Más adelante, el mismo documento constitucional añade: “El Senado será representativo; correspondiendo dos a cada una de las provincias de Concepción y Coquimbo, y tres a la de Santiago” (artículo 10).

Incluso una Carta Fundamental con un compromiso democrático tibio, como la Constitución de 1833, se preocupó de establecer que el número de representantes en la Cámara de Diputados debía ser correlativo al número de ciudadanos que se representan¹².

En la medida que el autoritarismo del régimen pelucón iba dando paso, no sin grandes luchas, a un régimen más liberal y proto-democrático, nuestra institucionalidad adoptaba en 1874 el voto acumulativo para la elección de los diputados. Esta fórmula, que elimina el método de lista completa, le reconoce al elector tantos votos como cargos por llenar, pudiendo distribuirlos o acumularlos. El efecto buscado, y logrado, fue permitir que fuerzas políticas minoritarias pudieran asegurarse presencia en la Cámara de Diputados. La Ley de elecciones de 1912, sin perjuicio de introducir otros perfeccionamientos, mantuvo el voto acumulativo.

La Carta Política de 1925 elevó la idea de proporcionalidad a la calidad de principio constitucional (“Art. 25.- En las elecciones de Diputados y Senadores se empleará un procedimiento que dé por resultado en la práctica una efectiva proporcionalidad en la representación de las opiniones y los partidos políticos”). Meses después, una nueva ley electoral introdujo en nuestro país el sistema de cifra repartidora, popularizado en Bélgica por d’Hont.

¹² Art. 18.- La Cámara de Diputados se compone de miembros elegidos por los departamentos en votación directa y en la forma que determinare la ley de elecciones.

Art. 19.- Se elegirá un diputado por cada veinte mil almas, y por una fracción que no baje de diez mil (doce mil, en 1874)

Fue bajo los parámetros indicados que el número total de parlamentarios y su distribución fue variando a lo largo del tiempo. De este modo, si en 1834 el número total de diputados era de 57, en 1867 ese número aumentó a 96. Paralelamente, la representación parlamentaria de Santiago pasaba de 7 a 8 diputados.

El sistema de voto acumulativo, primero, y el sistema de cifra repartidora, después de 1925, permitieron la expresión de 5 o 6 corrientes políticas relevantes, con un ligero premio para las más fuertes y con la posibilidad de ingreso al sistema de partidos emergentes (ej. La Falange Nacional).

No hay duda de que estas opciones institucionales contribuyeron a asegurar la presencia, y consolidación de varias subculturas políticas, fenómeno que ha caracterizado la cultura política nacional.

3.2. El (largo) paréntesis del binominal

La publicación en el Diario Oficial de la ley N° 20.840 señala el fin de 26 años de aplicación del sistema binominal. No obstante, me parece que sigue siendo útil volver a insistir en el análisis de dicha fórmula. Entre otras cosas, por cuanto la aprobación del nuevo sistema proporcional moderado se apoya en una crítica fundada a los defectos del binominalismo. En la misma medida que el binominal fue objeto de defensas razonadas, resulta conveniente volver a sintetizar la esencia de la polémica¹³. Ese es el objeto de este acápite¹⁴.

Algunos defensores del binominalismo insistieron en los efectos políticos positivos que éste habría tenido. Se arguye, entonces, que esta fórmula habría contribuido a fortalecer dos grandes coaliciones relativamente estables, una oferta política fundamentalmente moderada y condiciones adecuadas para los acuerdos.

Nuestra convicción es que las circunstancias anotadas responden no a una, sino a múltiples causas. No negamos, entonces, que el sistema electoral haya sido uno de tales factores. Creemos, sin embargo, que los avances políticos y sociales de las últimas décadas se deben mucho más a la madurez cívica del pueblo chileno, a la capacidad de los Presidentes Aylwin, Frei, Lagos, Piñera y Bachelet y, por qué no decirlo, al patriotismo de los dirigentes de los partidos políticos. Y si en algún momento las ataduras del sistema binominal reforzaron actitudes responsables, esos “beneficios” resultan contrarrestados por los muchísimos costos en legitimidad y eficacia que genera un mecanismo que frustra la participación ciudadana.

13 Véanse, entre otros: Guzmán, Eugenio, “Reflexiones sobre el sistema binominal”, en *Estudios Públicos*, 51, Invierno de 1993, pp. 303-324. Bellolio, Alvaro y Ramírez, Jorge, *Sistema Binominal y Modernización electoral: Evaluación y lineamientos de Reforma*, (Libertad y Desarrollo), 2012 y Von Baer, Ena, “Sistema Binominal: Consensos y Disensos”, en *Reforma del Sistema Electoral chileno*, PNUD, Cieplan, Libertad y Desarrollo, CEP, Proyectamerica, 2009, pp. 177-206.

14 Las líneas que siguen recogen reflexiones y argumentos de mi autoría publicadas en columnas de opinión, artículos e informes. En algunos casos se recuperan elementos de juicio, también de mí redacción, que se incorporaron, en su momento, en las Exposiciones de Motivos de sucesivas Mociones y Mensajes legislativos en materia de reforma electoral.

Así como no podemos sino reconocer que existen personas que se han convencido de buena fe de las bondades del sistema binominal, tenemos claro, en todo caso, que el apoyo firme, decidido e invariable que un sector del espectro político le brindó al binominal, más que provenir del terreno de las ideas, derivaba más bien del cálculo político interesado.

Esto no debe sorprender, pues la génesis del Binominal está marcada –precisamente– por las necesidades de un determinado sector de la política chilena.

Veamos.

En 1984, tres años después de la entrada en vigencia de la actual Constitución, el gobierno del General Pinochet designó una Comisión de especialistas encargada de elaborar la legislación complementaria de carácter político. Desde que la Comisión inició su trabajo, pudo advertirse que uno de los temas más polémicos y delicados era la definición de la forma en que habrían de ser elegidos los 120 miembros de la Cámara de Diputados.

Varios de los comisionados eran partidarios de instaurar un sistema mayoritario sobre la base de distritos uninominales (a la inglesa o norteamericana). Una fórmula como esa calzaría, en efecto, con una filosofía constitucional que coloca especial énfasis en los fines de la estabilidad y la exclusión de las minorías más radicales. Agréguese, y esto ya es una especulación, que al adoptarse un sistema mayoritario se colocaba en una situación muy incómoda a la oposición de entonces pues, a falta de pactos electorales, se produciría una natural división de los votos de la DC y la ex UP. A menos, claro está que todos ellos formaran un partido único, con el consiguiente efecto de regalar votos centristas a la derecha (el recuerdo de las luchas entre la DC y el gobierno del Presidente Allende todavía estaba fresco).

Ricardo Gamboa ha rastreado la génesis del sistema binominal, destacando el papel jugado por Arturo Marín¹⁵. Parece bastante claro que en la idea primigenia, el binominalismo iría de la mano con una prohibición de los pactos electorales. La contingencia, sin embargo, pudo más que las teorías. En efecto, nos parece que la única forma de entender que la dictadura haya terminado por aceptar los pactos electorales –contra los cuales los iuspublicistas del régimen habían formulado en la década anterior duros reproches– es a partir del hecho que a fines de 1987 terminó por frustrarse el sueño de un gran partido de la derecha. Así, la violenta ruptura entre quienes habían concurrido

¹⁵ Gamboa, Ricardo, “El establecimiento del sistema binominal”, en Huneeus, Carlos (ed.), *La Reforma Electoral. Ideas para un debate*, (Fundación Konrad Adenauer, Catalonia), 2006, pp. 45-74.

a formar originalmente Renovación Nacional (Sergio Onofre Jarpa, Andrés Allamand y Jaime Guzmán) obligó a los juristas de derecha a contemplar en la ley la posibilidad de pactos. De no haberse adoptado esa providencia, la entonces pequeña UDI (9%) hubiera quedado sin representación parlamentaria.

Aceptados los pactos, el binominalismo perdería algunas de sus propiedades. En todo caso, y hacia fines de 1987, y después de ponderar varias fórmulas alternativas, la Comisión de Estudios optó por proponer la creación de sesenta distritos electorales que eligen dos diputados cada uno. Con posterioridad al Plebiscito presidencial de Octubre de 1988, sin embargo, el gobierno decidió modificar el trazado específico de los sesenta distritos propuesto previamente por la Comisión asesora. En un ejercicio que no puede ser considerado inocente, el nuevo distritaje “castigó” a aquellas zonas en que había triunfado el NO (se le restaron 10 diputados a las Regiones Metropolitana y del Bío Bío), “premiando” las localidades en que el SI había tenido un buen resultado (así, las Regiones Primera, Tercera, Cuarta, Sexta y Novena fueron bonificadas con diez parlamentarios adicionales).

El antecedente recordado confirma nuestra convicción en el sentido que el sistema binominal fue un esquema pensado y diseñado para favorecer a los amigos políticos de quienes detentaban, entonces, un poder político sin límites.

Las críticas no se dejaron esperar. No podía dejar de llamar la atención que se hubiera escogido un mecanismo que, salvo el caso de Irak, no reconoce ningún otro paralelo o antecedente en el derecho comparado.

Respecto a la configuración de los distritos electorales y a su carácter binominal, un grupo de profesores de Derecho Público solicitó al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de las normas respectivas por cuanto éstas atentaría contra los principios de representatividad democrática e igualdad en la participación.

El escrito en cuestión fue presentado por los profesores Carlos Andrade, Francisco Cumplido, Humberto Nogueira, Jorge Precht, Germán Urzúa y Mario Verdugo. En la presentación, estos profesores afirmaron que para los efectos de diseñar los distritos electorales, el legislador se encuentra sujeto a las normas constitucionales que establecen la igualdad de oportunidades para participar en la vida nacional (Artículo 1), el carácter democrático de la República Chilena (artículo 4), la igualdad del sufragio (artículo 15) y la igualdad en y ante la ley (artículo 19 números 1 y 2).

De ello, el “Téngase Presente” desprende que: “Es por lo tanto imprescindible para cumplir con el mandato constitucional no sólo que cada ciudadano disponga de un sufragio de igual valor al de cualquier otro ciudadano, sino que, a la par, cada sufragio tenga la misma posibilidad de ganar o tener éxito, es decir, que tenga un poder igualitario en el resultado, o igualdad de oportunidades para decidir quienes son las autoridades elegidas”.

La presentación incluyó un anexo estadístico en que se mostraban las “muy significativas diferencias poblacionales por distrito electoral”. En base a tal análisis estadístico el escrito destaca los casos de desproporción más notables: “...si asignamos valor 1 al distrito con menor población (distrito 59) a la población del distrito 18 (Comunas de Cerro Navia, Quinta Normal y Lo Prado) le correspondería un valor 5,58 y ambos distritos eligen, sin embargo, los mismos 2 diputados. Si se entiende que para los efectos estadísticos el distrito 59 (Comunas de Coyhaique, Aysén, General Carrera y General Prat) es atípico, podemos tomar como distrito de menor población el distrito 15 (Provincia de San Antonio y Comuna de Casablanca) y asignarle valor 1, en cuyo caso a la población del distrito 18 le correspondería un valor de 3.43, eligiendo ambos 2 diputados cada uno”.

A juicio del “Téngase Presente”, tal desproporción rebasa, con mucho, los límites que razonablemente pueden ser tolerados. Agrega el libelo: “Si tomamos países con sistemas mayoritarios y examinamos la jurisprudencia de los órganos de control de Constitucionalidad, encontramos en ellos una constante repulsa por inconstitucionalidad de las diferencias distritales de tal envergadura. Mientras en el sistema propuesto la diferencia promedio de población de los distritos electorales es de 49,1% en el proyecto de ley en estudio, en Francia sólo se tolera el 20% y en Alemania el 30% (1 a 1.2 en Francia; 1 a 1.3 en Alemania). De aplicarse el criterio del Tribunal de Karlsruhe al caso chileno en estudio, 40 de los 60 distritos serían declarados inconstitucionales por no igualitarios y de aplicarse el criterio francés 49 sobre 60 distritos (más del 80% de los distritos) también lo serían”.

Desgraciadamente, el Tribunal Constitucional de entonces no se hizo cargo de estas muy razonables objeciones. Transcurridos 25 años desde la configuración inicial de los distritos, el distinto desarrollo demográfico ha ensanchado aún más la distorsión, volviéndola, en muchos casos, francamente escandalosa. Piénsese, por ejemplo, en el caso de los 850.000 habitantes de Maipú o los 730.000 habitantes de Puente Alto que deben resignarse a una representación equivalente a la de 150.000 compatriotas de otras localidades.

La disparidad anotada no tiene nada que ver con vocaciones descentralizadoras. Las democracias interesadas en potenciar el desarrollo de las periferias o las zonas extremas acuden a la profundización de la regionalización (llegando incluso al federalismo) o contemplan un Senado de representación territorial (donde la población no es un factor). Lo que no se hace en ninguna democracia es desvirtuar el peso de la representación ciudadana en la Cámara Política.

Los problemas del binominal, en todo caso, estaban muy lejos de circunscribirse a sus conflictos de origen. Mucho más importante, pienso yo, es detenerse en el examen de sus efectos.

Los efectos del sistema electoral binominal son muy importantes y, la mayoría, negativos. Nótese bien. No estoy diciendo que el único problema de nuestra democracia representativa sea el binominal. Ni siquiera que sea el más importante. Ni que solo produzca efectos negativos. No pertenezco, entonces, al grupo de aquellos que podrían querer exagerar los efectos perversos del binominalismo, y que parecen pensar que el sistema binominal es una verdadera bestia negra a la cual podríamos culpar de todos los problemas, debilidades o fracasos para los cuales no tenemos una buena explicación.

En mi opinión, por lo tanto, la reforma del sistema electoral era necesaria, pero no suficiente. Por lo mismo, no tengo problemas en reconocer que si la reforma política en Chile se limitara únicamente a la sustitución del sistema binominal, nuestra democracia seguiría presentando problemas importantes. En esta línea, resulta útil considerar que son muchos los países en que, no existiendo nada parecido al sistema binominal, se presentan, sin embargo, serios problemas de legitimidad política.

Veamos, una vez más, cuáles fueron esos efectos negativos del sistema binominal.

Existe, en primer lugar, un problema de representatividad. El sistema castiga severamente, en efecto, a fuerzas políticas que teniendo un 5%, 10% o 15% de los votos, no tienen interés en pactar, o que, teniéndolo, no encuentran socio disponible. Esto explica, por lo demás, entre 1989 y 2005, la situación del Partido Comunista chileno. El sistema, además, otorga un premio importante a la segunda fuerza política, cualquiera sea esta, a la cual le basta con no perder por mucho para obtener un resultado no muy distinto del que logra la primera fuerza (este ha sido, por supuesto, el “gran negocio” de la derecha desde 1990 en adelante).

Hay que reconocer, por supuesto, que lo que venimos diciendo se expresa con más claridad en el Senado que en la Cámara de Diputados. La razón es simple. En la misma medida en que se multiplican las unidades territoriales y, por lo tanto, son más pequeñas, aumenta la probabilidad de que las mayorías nacionales encuentren correlato en la asignación de escaños. Así, un binominal con 1, 2, 3 o 4 distritos le garantiza la mitad de los asientos, si o si, a una fuerza del 33%. En cambio, un binominal con 50, 60 o 70 distritos, le ofrece oportunidades a la mayoría para lograr “doblajes” en cinco o seis lugares, lo cual se traduce en una cierta proporcionalidad.

Los defensores del binominal se apuran en presentar estudios estadísticos que probarían, en los hechos, que dicho mecanismo no habría sido tan distorsionador como lo pretenden sus críticos. En este punto, parece importante plantear un alcance.

Hay que tomar en cuenta el grado en que las negociaciones dentro de los pactos han contribuido a compensar los efectos del binominal. Estoy refiriéndome a las omisiones, los pactos instrumentales y los blindajes; técnicas que, en la práctica, le han permitido a los negociadores de los distintos partidos amortiguar las consecuencias del binominal sobre los partidos chicos y a conseguir cierta proporcionalidad. El punto importante es que toda esta “creatividad” negociadora no ha dejado de tener un efecto negativo sobre la competencia, la transparencia y el peso efectivo del ciudadano. Más aún, me parece bastante claro que si ellas podían ser aceptadas por las personas en el clima político de la inmediata post-transición; hoy vivimos una época muy distinta en la que, gracias a Dios, los ciudadanos no están dispuestos a que su poder se vea expropiado por un puñado de negociadores capitalinos.

La falta de competencia es, por supuesto, el segundo gran problema del sistema binominal. Existen, incluso, casos extremos en que los pactos grandes han dejado casi sin posibilidad de opción a los ciudadanos (como cuando llevan un solo candidato en una circunscripción). Pero no solo en esos casos límite se pierde la competitividad. En la medida que, con el binominal, la verdadera confrontación se produce entre los compañeros de pacto (pues probablemente solo uno de ellos puede elegirse), aumentan los incentivos para que los parlamentarios incumbentes logren blindarse por la vía de negociar que los partidos “socios” no lleven candidatos fuertes en su distrito o circunscripción.

El binominal no solo limita la competencia. También tiene un impacto negativo sobre la participación de mujeres. Conozco un trabajo de Comunidad

Mujer, elaborado por Marcela Ríos, que prueba, con elementos abundantes y concluyentes del derecho comparado, que los sistemas proporcionales son más amigables con el avance de la representación femenina. Se prueba, en concreto, que la existencia de distritos con Alta Magnitud (más de siete escaños) es un factor que favorece ese desarrollo.

El análisis histórico verifica la tesis indicada. Cuando se analiza cuáles son los distritos que eligieron a las 41 mujeres que obtuvieron escaño en la Cámara de Diputados chilena entre 1953 y 1973, se comprueba que 40 de las 41 victorias de mujeres se producen en distritos que eligen más de cinco diputados. Por el contrario, si se observa lo ocurrido en los distritos que elegían 1, 2 o 3 diputados, se aprecia que en esos nunca se eligió una mujer.

En el caso de la Cámara de Diputados, las falencias del binominal se ven agravadas porque los distritos se fundan en un diseño territorial que, definido por la dictadura en 1989, niega la igualdad de voto, subrepresentando a los ciudadanos de los centros urbanos de Santiago, Concepción, Valparaíso y Viña del Mar. Este último efecto, hay que decirlo, no responde a ningún ánimo descentralizador, sino que resulta del afán de castigar la representación de las zonas en que la votación del NO fue más fuerte.

La única manera real de corregir estas falencias es introduciendo un sistema electoral en que los ciudadanos elijamos a nuestros representantes sobre la base de distritos que elijan, en promedio, cuatro parlamentarios. Los distritos plurinominales mejoran las posibilidades de las terceras y cuartas fuerzas, aumentan automáticamente las alternativas y vuelven más probable que la fuerza con mayor votación tenga también mayoría de escaños.

En lo que respecta al propósito de avanzar hacia la igualdad del voto, la única solución era, efectivamente, agregar unos 30 diputados más. Mi impresión es que los que insistían en mantener el número de 120 diputados no deseaban, realmente, corregir el esquema de voto desigual actual (porque, en el fondo, no creen en la democracia). No pienso que se les escapara que el ejercicio suma cero consistente en corregir la infrarrepresentación de algunas localidades (Puente Alto o Talcahuano) con los mismos 120 parlamentarios, esto es, quitándole diputados a las zonas menos pobladas (Aysén, Linares o Villarrica) es impracticable, no solo por la reticencia de los incumbentes cuyos escaños desaparecerían, sino que, además, por la natural resistencia de las comunidades que sufrirían una merma en su representación.

4. Sobre reformas electorales

Cambiar los sistemas electorales no es fácil. Hacerlo en democracia, por su parte, es doblemente difícil. Realizarlo en términos de que el nuevo sistema ofrezca garantías a todos los sectores políticos, es una verdadera rareza.

4.1. Reformas electorales en general

Esbozando una tipología simple uno podría decir que existen cuatro tipos de reformas electorales.

Están aquellas en que el sector que tiene el poder de hacer la reforma “a su pinta” (sea que se trate de una dictadura o de una mayoría parlamentaria abrumadora) procede, efectivamente, a hacer aprobar un sistema que mejora, por secretaría, sus posibilidades de ganar aún por más. Esto fue, por supuesto, lo que hizo la derecha en 1989, cuando aprovechando el brazo armado de la dictadura de Pinochet, impuso un sistema a su medida.

Muy relacionada con la anterior es la reforma que se hace para perjudicar deliberadamente a un cierto sector que, en razón del espacio que ocupa en el espectro político, de su aislamiento o por la forma en que están distribuidos territorialmente sus apoyos, resultaría ser especialmente afectado por un determinado sistema. Fue lo que hizo el gaullismo francés en 1958, al poner fin al régimen proporcional que, entre otras cosas, le había permitido al PC galo, durante toda la IV República, traducir en un cuarto de la Asamblea Nacional su 25% de los votos. El sistema mayoritario adoptado significó que, con los mismos votos, el PC pasó a tener apenas un 10% de la Asamblea.

Luego, están aquellas otras reformas electorales donde grupos que han sido mayoritarios durante un tiempo, advierten que han perdido el favor del pueblo en términos tales que arriesgan una merma considerable de su representación en los próximos comicios. Entonces, ni cortos ni perezosos, proceden a sustituir el mecanismo vigente por uno que amortigua la caída. Fue lo que hizo el PS francés en 1985 cuando, previendo un castigo ciudadano para las elecciones de 1986, procedió a reinstaurar el proporcional.

Llegamos, finalmente, a las reformas electorales que, adoptadas en democracia y con apoyos transversales, no se hacen pensando en la próxima elección sino que en profundizar la legitimidad democrática de la institución parlamentaria.

4.2. La génesis de la reforma de 2015

Hemos sostenido, en líneas anteriores, que no existe un único sistema electoral que sea siempre, en todo lugar y a todo evento, el mejor sistema. Lo que puede afirmarse, sin embargo, es que para el aquí y el ahora, sí existen sistemas mejores y sistemas peores y esto dependerá de la aptitud de cada sistema para hacerse cargo de cuatro variables bastante contingentes: dar cauce a la tradición política de la comunidad de que se trate; armonizar con el resto del régimen institucional, responder a las necesidades sociales y ser percibido como legítimo por la comunidad¹⁶.

Para su fortuna, Chile ha sido capaz de llevar adelante no una, sino tres reformas electorales que han considerado debidamente las cuatro variables anotadas.

La primera fue en 1874 cuando, fruto del acuerdo amplio de liberales y conservadores, se incorporó el voto acumulativo, garantizando a las minorías una presencia significativa en nuestra Cámara de Diputados. La segunda fue en 1925, al introducirse el sistema de cifra repartidora D'Hont, que permite una verdadera representación proporcional. La tercera es la que estamos comentando.

Fue difícil. En efecto, han sido 20 los proyectos sobre esta materia, discutidos en sede parlamentaria en las últimas dos décadas. Varios de ellos muy concretos. Puede ser útil, en este punto, recordar que buena parte de la dificultad estribaba en que las normas que debían modificarse estaban blindadas constitucionalmente por un quórum muy alto (3/5 de los senadores y diputados en ejercicio). Era el propio binominal, por otra parte, en una especie de círculo institucional vicioso, el que, por su subsidio a la derecha, hacía imposible que las altas mayorías ciudadanas que votaban por el reformismo se tradujera en las suficientes mayorías institucionales. Súmese a lo anterior el hecho que hasta 2005 los parlamentarios enemigos de la reforma electoral contaban con el subsidio adicional de los senadores designados.

Nos parece útil recordar en este momento algunas de las iniciativas que, en esta materia, patrocinaron los distintos gobiernos de la Concertación.

¹⁶ En palabras de Nohlen: "El mejor sistema electoral es el que se adapta mejor a los requisitos de lugar y tiempo. Esta tesis implica que el contexto político y sociocultural importa mucho a la hora de diseñar un sistema electoral, pues es el que decide de alguna manera si este va a rendir mejor en relación a los valores priorizados, cuya realización se espera. Como dice Robert A. Dahl (1996), la solución institucional debe ser confeccionada (*tailored*). No se trata, pues, de escoger entre sistemas electorales, sino de diseñarlos. Esta tesis ya tiene consecuencias para una reforma electoral: favorece a sistemas electorales que permiten un diseño específico, o sea, favorece a los sistemas combinados". Nohlen, Dieter, "La reforma del sistema binominal desde una perspectiva comparada", en *Revista de Ciencia Política*, Volumen 26, N° 1, 2006, pp. 191-202

El primer proyecto lo presentó el Presidente Aylwin en Junio de 1992. Fue aprobado en la Cámara con los votos a favor de la Concertación y los votos en contra de la UDI y Renovación Nacional. En Enero de 1993, fue rechazado en el Senado por la mayoría que formaban, entonces, la derecha más los designados.

El Presidente Frei, por su parte, presentó un primer proyecto en 1994 que no llegó a votarse. En Octubre de 1995, su gobierno patrocina una segunda iniciativa que tenía, supuestamente, el apoyo de RN (incluyendo a los actuales Presidente de la República y Ministro de Defensa). Luego de su aprobación por la Cámara, sin embargo, fue rechazado en el Senado.

El Presidente Lagos insistió una y otra vez en la necesidad de reformar el binominal, tanto es así que en algún momento llegó a condicionar la aprobación de otros muchos e importantes acuerdos a que se arribó en 2005 (senadores designados, COSENA, TC), al cambio electoral. Al final, debió contentarse con que esta regulación fuera excluida de la Carta Fundamental. En todo caso, el 20 de Diciembre de 2005, presentó, igual, un proyecto de reforma.

El 2006 la Presidenta Bachelet le pidió a Edgardo Boeninger presidir una Comisión que propusiera alternativas concretas. El grupo así lo hizo. Se creía que las promesas de campaña del candidato Sebastián Piñera y las ofertas de Renovación Nacional al Partido Comunista habían creado condiciones, finalmente, para un acuerdo. No fue así.

Durante el gobierno de Sebastián Piñera se produjo una valiosa convergencia entre sectores de centroizquierda y Renovación Nacional. Desgraciadamente, el Mandatario no pudo, o no quiso, vencer la resistencia de la UDI, que mantenía una defensa a ultranza del binominal. La debilidad y falta de visión del Presidente Piñera impidió, entonces, que la reforma que hoy comentamos se hubiera aprobado en 2011 o 2012.

Recién iniciado su segundo gobierno, la Presidenta Bachelet instruyó a su Ministro del Interior para que liderara un nuevo esfuerzo con el fin de sustituir el binominal. Los buenos resultados alcanzados por la Nueva Mayoría en la elecciones parlamentarias de 2013, permitían pensar que los altos quórum requeridos para aprobar este cambio estaban, ahora sí, al alcance de la mano. Aprovechando toda la experiencia acumulada, y con la contribución fundamental del diputado Pepe Auth, el gobierno presentó un proyecto de reforma en Abril de 2014.

La habilidad política del Ministro Peñailillo, la coordinación legislativa de la Ministra Ximena Rincón, la disciplina de los partidos de la Nueva Mayoría y

la apertura de los parlamentarios de Amplitud, fueron algunos de los factores que explican que, en menos de un año, el proyecto se transformara, finalmente, en Ley de la República.

5. La reforma electoral de 2015

5.1. Objetivos De La Ley

Seis son, a lo menos, los objetivos que inspiran el nuevo sistema electoral.

1. Reducir la desigualdad del voto

La diferencia de valor del voto en Chile según el lugar donde se emite es increíblemente alta y viola de manera flagrante el principio de igualdad del voto. No se puede emprender una reforma sin reducir significativamente esta desigualdad inaceptable en cualquier democracia.

Todo esfuerzo de igualación del valor del voto hace imprescindible incrementar el número de diputados y senadores del país, para no verse obligados a la imposible tentativa de achicar la representación de algunos territorios escasamente poblados.

Chile tenía en 1973, una Cámara de 150 diputados y un Senado de 50, con mucho menos de la mitad de electores que hoy día. Con esos números, el rediseño de distritos y circunscripciones permitiría reducir de manera muy significativa la desigualdad actual del valor del voto entre ciudadanos de distintos territorios. Es obvio que este objetivo es prioritario para la Cámara de Diputados, que representa personas, y algo menos para el Senado, pues también se representan allí los territorios. La propuesta considera, además, que los distritos correspondientes a zonas extremas en el norte y en el sur austral merecen un criterio especial de sobrerrepresentación, más allá de su población electoral, con el propósito de propugnar su mayor integración a la Nación chilena.

2. Permitir la representación de todas las corrientes políticas significativas

La vía para posibilitar el ingreso de las corrientes más significativas de la sociedad, es la de reducir el número de distritos y circunscripciones para que se elijan más escaños en cada uno de ellos. Sólo así podrán ingresar al Parlamento sectores minoritarios pero significativos de la sociedad, que sin duda merecen estar representados y permiten que la democracia se complete y

fortalezca con su participación. Tanto más escaños del total de diputados se elijan en distritos grandes, menor será la barrera de ingreso al parlamento y mayor será la inclusión.

3. Aumentar la competitividad e incertidumbre

Se busca que los electores recuperen totalmente la decisión respecto a quiénes serán sus representantes, para lo cual es indispensable que todas las formaciones políticas puedan concursar con sus propios candidatos y que las grandes competencias internas en los partidos –y entre partidos– se resuelvan de cara a la ciudadanía en las mismas elecciones. Esto se soluciona definiendo distritos que elijan un número mayor de diputados, pero también permitiendo que las listas electorales presenten más candidatos que los que se elijen en cada territorio electoral.

Con ello crecerán la competencia y la incertidumbre respecto de quiénes serán electos y la norma general será que siempre algún sector político resultará ganador de la elección, condición indispensable para motivar la participación electoral, que, por ahora, sigue siendo voluntaria.

4. Facilitar la expresión de la mayoría y la representación de las minorías

Con la conformación de un sistema de distritos y circunscripciones que elijan un mínimo de tres parlamentarios y en su mayoría cinco a ocho, se propende a que la ventaja de votos de un sector sobre otro se traduzca en ventaja equivalente en la representación parlamentaria. Al mismo tiempo, se asegura que en todos los territorios la minoría tenga también expresión parlamentaria.

5. Promover un Congreso que refleje la diversidad de la sociedad

Se requiere un sistema que aliente a los partidos y a los pactos a presentar a la ciudadanía planteles de candidatos que reflejen toda la diversidad de género, edad, origen étnico, social y cultural del país. Esto, junto con la representación de todas las corrientes políticas, es el mejor antídoto contra el distanciamiento ciudadano de la política, porque el Congreso recuperaría vigor como lugar de encuentro y debate de todos los puntos de vista y posiciones relevantes en la sociedad.

Distritos que elijan más diputados y listas que puedan presentar más candidatos, permitirían aplicar una ley de cuotas que obligue a las listas a presentar elencos de candidatos con la proporción de mujeres que se determine necesaria para cambiar la desigual representación de género que tiene hoy el Congreso.

6. Evitar que queden fuera candidatos con grandes votaciones

Uno de los defectos más visibles del binominal es que candidatos con altas votaciones (sobre 20 o 25%) pueden quedar fuera del Congreso, provocando gran frustración de sus electores. En distritos que mayoritariamente eligen 5 o más escaños esto pasa a ser imposible y queda como probabilidad excepcional sólo en un pequeño número de distritos que elige 3 o 4 escaños.

5.2. Contenidos de la propuesta de reforma electoral

La ley se inscribe en el contexto de la tradición republicana chilena de la que hemos hablado en este artículo. Así, cada una de las Cámaras responderá, principalmente, a un principio de representación particular. En el caso del Senado, el criterio básico es el equilibrio entre los distintos territorios. Tratándose de la Cámara de Diputados, el principio rector debe ser la igualdad en el voto de todos los chilenos.

Como se verá, no se trata, sin embargo, de principios que se apliquen de modo absoluto. De esta manera, el criterio del equilibrio territorial no obsta a que en el Senado se consulte –de manera complementaria– una mayor representación relativa para las zonas más pobladas. Por otra parte, en cuanto a la Cámara de Diputados, el proyecto propone conciliar el principio de igualdad de voto con el propósito de no castigar en demasía la representación política de las zonas extremas del territorio.

En cuanto al Senado, la reforma establece que la Cámara Alta estará integrada por 50 miembros y cada región pasa a ser una sola circunscripción. 5 regiones mantienen el número actual de 2 senadores a elegir, mientras las otras 10 lo aumentan, reduciéndose así la desmesurada desigualdad en el valor del voto según donde se emita, permitiendo que se exprese la mayoría y que, también, siempre esté representada la minoría.

En síntesis:

(a) Se mantiene la elección de dos senadores en las regiones menos pobladas (Tarapacá, Atacama, Aysén y Magallanes, agregándose la circunscripción Arica-Parinacota, también con 2 senadores); las regiones de O'Higgins, Antofagasta, Coquimbo, Los Ríos y Los Lagos pasan de 2 senadores a elegir 3 cada una; Valparaíso, Maule, Bío Bío, la Araucanía y la Región Metropolitana, que hoy día eligen 4, pasarían a elegir 5 senadores cada una.

(b) En cuanto a la Cámara de Diputados, se establece una Corporación integrada por 155 miembros. De estos 155, 151 se distribuyen en base a distritos

plurinominales que eligen un número variable de diputados que se determina en atención al número de electores, propendiendo al mayor logro posible del principio de igualdad de voto, teniendo presente, sin embargo, las siguientes restricciones estructurales que se explicitan para la cabal comprensión de la fórmula:

- (i) La extensión territorial de los distritos no excederá los márgenes de una Región;
- (ii) Los nuevos distritos se constituyen a partir de la agregación de distritos hoy existentes;
- (iii) La asignación del número de escaños no reducirá, al menos en términos absolutos, la representación que tienen hoy los distintos territorios.

A los 151 diputados así distribuidos, se propone añadir 4 adicionales que se asignan, por razones geopolíticas y de integración nacional, a las 4 Regiones del país que constituyen las zonas extremas de nuestra República (norte y sur). Esta es una corrección que se asume expresamente. Dado que son, precisamente, las cuatro regiones con menor número de electores, una aplicación estricta de los criterios definidos más arriba acarrearía como resultado que quedarían con los mismos dos diputados que tienen hoy. Amén de las consideraciones geopolíticas, esta solución busca erradicar completamente la lógica que impone el binominalismo.

En suma, el nuevo sistema electoral considera un total de 28 distritos que eligen, entonces, entre 3 y 8 diputados cada uno. Debo indicar que la distribución promedio del número de escaños por distrito inscribe la fórmula aprobada en el terreno de los sistemas proporcionales moderados o atenuados (el 48% de los escaños se elige por distritos de magnitud igual o superior a siete, los que es marginalmente superior al sistema chileno pre-1973, 42%, pero bastante inferior a los porcentajes de los modelos actuales de Argentina, 76%, y Brasil, 100%; los que sí son proporcionales puros). Seguirán existiendo, por tanto, incentivos para los partidos políticos que se agrupen en grandes conglomerados y no debiera producirse una fragmentación excesiva en la representación política.

5.3. Respuesta a algunas críticas

En las páginas que siguen me gustaría comentar algunas de las objeciones que se han levantado contra esta reforma.

5.3.1. Objeción: El sistema electoral proporcional haría cortocircuito con el presidencialismo

Comentario: El presidencialismo ha sido un rasgo muy distintivo de nuestro desarrollo político como Nación. Existen, sin embargo, diversas visiones sobre su futuro. Algunos piensan que, más allá de sus rigideces, este régimen responde a nuestra cultura política y permite un Poder Ejecutivo eficaz. Otros piensan que es indispensable avanzar hacia formas semipresidenciales o parlamentarias.

Se trata de una discusión legítima y necesaria y nada de lo que decidamos sobre sistema electoral debiera cerrar o dificultar ese debate constitucional de fondo.

En el corto y mediano plazo, sin embargo, todo parece indicar que seguiremos teniendo algún tipo de presidencialismo (ojalá más atenuado, me atrevo a decir). Desde ese factor de contexto corresponde evaluar la pertinencia de transitar desde un sistema electoral binominal a un sistema proporcional moderado.

Hay personas que han planteado que existiría algún tipo de tensión estructural entre el sistema presidencial, por una parte, y el multipartidismo al que propenden los métodos proporcionales, por la otra. Según esta visión, entonces, y en la medida que Chile conserve el presidencialismo, sería inconveniente aprobar un sistema electoral proporcional. Advuértase, sin embargo, que uno de los principales proponentes de esta “dificultad”, Scott Mainwaring, reconocía expresamente que la realidad del sistema político chileno, entre 1932 y 1970, constituía una clara excepción a su tesis¹⁷.

Nada de lo ocurrido en 1973 podría ser base para sostener que el sistema multipartidista liquidó nuestra democracia. Como se sabe, entre 1962 y 1973 8 de las 10 repúblicas sudamericanas vivieron la experiencia de los Golpes Militares. Y si bien algunas de esas democracias que se derrumbaron tenían sistemas pluripartidistas como el de Chile (p.e. Perú) otros tenían un fuerte bipartidismo (Uruguay).

Aun cuando tengo claro que el sistema proporcional moderado no causó el quiebre democrático y que tampoco impidió que Chile viviera alrededor de tres décadas de gobernabilidad democrática estable, creo que el régimen electoral anterior a 1973 presentaba problemas. Hace ya 30 años Genaro Arriagada advertía los peligros de lo que llamaba el “presidencialismo de doble minoría”, esto es, que las reglas de la Constitución de 1925 permitieran que se

¹⁷ Mainwaring, Scott: “Presidentialism, multiparty systems and democracy”, Kellogg Institute, September 1990

podiera acceder a la Primera Magistratura con menos de un tercio de los votos populares y que se gobernara con minoría en el Congreso.

Si bien no podemos decir que este problema ha sido resuelto completamente (puesto que en el presidencialismo la posibilidad de un gobernante minoritario es una eventualidad imposible de excluir), no pueden desconocerse aquellos cambios de las últimas décadas que propenden, objetivamente, a la existencia de gobiernos estables de mayoría. Nos referimos a la segunda vuelta presidencial, al acortamiento del mandato presidencial y a la simultaneidad entre elecciones de Presidente y Parlamento.

Recapitulando, me parece que la adopción de un sistema electoral proporcional moderado (que no producirá fragmentación excesiva del sistema de partidos) no colisiona con el sistema presidencial. Seguirán existiendo incentivos para pactar coaliciones y para prestar apoyo leal a los Presidentes a los que se ha contribuido a elegir.

5.3.2. Objeción: Sería preferible adoptar algún tipo de sistema mayoritario o algo parecido al modelo alemán

Comentario: En el contexto de la tramitación del proyecto hubo, en efecto, voces que defendieron otras opciones de cambio. Destaco, especialmente, por su enorme seriedad, la interesante contribución que hizo al respecto el Centro de Estudios Públicos.

La propuesta del CEP contenía varios elementos positivos. Destaco, en primer lugar, el hecho de que la fórmula planteada asume la necesidad y legitimidad de reemplazar el sistema binominal que nos rige. Esta visión técnica de un Centro de Estudios históricamente ligado a la derecha liberal viene a sumarse, entonces, a un diagnóstico crítico compartido transversalmente por el 90% de los especialistas. También quiero valorar el hecho que la fórmula del CEP no se ha acomplejado a la hora de asumir que un mejor Parlamento y una mejor política justifican ampliamente el esfuerzo –costo si se quiere– de incorporar 30 diputados adicionales.

Desde un punto de vista técnico, la propuesta del CEP consiste en introducir dos tipos de diputados: 100 de ellos elegidos por distritos uninominales y 50 elegidos en base a listas nacionales. Recoge, en ese sentido, el muy interesante modelo mixto del Bundestag alemán. Hay que notar que ya hace un año el grupo Res Publica, instancia pluralista y de excelencia coordinada por Klaus Schmidt-Hebbel, había planteado un esquema muy similar (81 diputados nacionales y 81 diputados por distritos uninominales mayoritarios).

Como ya señalamos, sería absurdo sostener que existe, a todo evento, para todo país y para toda época, un solo sistema que sea justo y conveniente. La clave es encontrar un arreglo que sea viable, socialmente legítimo, adecuado a las necesidades de expresión de la sociedad y funcional a la estabilidad. En esos terrenos, más que en el de la teoría, la propuesta del CEP presenta debilidades importantes.

Tiendo a pensar que la relación entre ciudadano y representante es un valor históricamente muy apreciado por el elector chileno. Nunca en toda nuestra historia electoral hemos tenido diputados designados directamente por los partidos (aunque criticamos al binominal y a nuestro sistema de reemplazo actual por ese defecto). No creo que sea esta la ocasión de hacerlo. No siendo un cambio necesario para garantizar gobernabilidad, pienso que va en contra de una fuerte demanda social contemporánea.

En cuanto a las bondades de los sistemas mayoritarios, creo que sería indispensable que sus patrocinantes tomaran nota de los problemas serios que, a su respecto, se vienen advirtiendo tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido.

5.3.3. Objeción: La nueva ley no representa ningún avance importante en materia de proporcionalidad.

Comentario: Tanto Andrés Tagle como el Instituto Libertad y Desarrollo relativizaron, en algún momento, el progreso en proporcionalidad. Lo hicieron en estudios profusamente comentados por la prensa.

Los dos estudios referidos se basan, en lo esencial, en un ejercicio analítico consistente en calcular cuál habría sido la composición de las Cámaras legislativas si en elecciones chilenas del pasado reciente se hubiera aplicado, en vez del sistema binominal que nos rige, la fórmula nueva que propone la iniciativa del Ejecutivo.

No niego que cálculos como los efectuados por el señor Tagle y Libertad y Desarrollo pueden ser útiles. En lo concreto, y en la medida que ambos estudios coinciden en que la representación que habría obtenido la derecha en 2009 o en 2013 con las reglas de la reforma no es significativamente menor que la que obtuvo efectivamente con el binominal, los análisis citados vienen a confirmar que la propuesta del Ejecutivo (considerando diseño de distritos y distribución de escaños) no fue elaborado con el ánimo de favorecer a sus partidarios y de perjudicar a sus oponentes (al contrario, por supuesto, de lo ocurrido con el dibujo de distritos que hizo la dictadura en 1989). Habiendo participado en la elaboración de la propuesta del gobierno, no tuve, debo

reconocer, ni el tiempo ni las destrezas computacionales elementales que se requieren para hacer simulaciones con votaciones históricas. Agradezco, por lo mismo, al señor Tagle y a Libertad y Desarrollo por haber realizado proyecciones “hacia atrás” que validan la imparcialidad y objetividad del proyecto del gobierno.

El problema de los análisis de Andrés Tagle y Libertad y Desarrollo, sin embargo, es que, a partir de las simulaciones indicadas, derivan un conjunto de conclusiones generales que parecieran tener por objeto la defensa del sistema binominal y/o la descalificación del proyecto de reforma. Quizás la afirmación más llamativa es aquella que dice “la propuesta no contiene mejoras reales en cuanto proporcionalidad” (Tagle).

Con el mayor de los respetos quisiera decir que sostener que un sistema electoral en que la magnitud de los distritos (esto es, el número de escaños que se elige por unidad territorial) es igual a dos, como es lo propio del binominal, tiene el mismo efecto de proporcionalidad que un sistema electoral en que se proponen magnitudes de distritos de entre 3 y 8 (con un promedio de 5.5) es una tesis que se contradice con la lógica y la aritmética. ¿Cómo va a dar lo mismo para una fuerza política o candidato que tiene del orden del 15% o 20% de los votos que el distrito por el cual postula elija 2 o 6 candidatos?

La peculiar conclusión que extraen Tagle y Libertad y Desarrollo de sus simulaciones desafía, además, todo el conocimiento acumulado por la ciencia política. No quiero aburrir al lector citando autores, pero al interesado lo invitaría a revisar desde los estudios clásicos de Duverger hace seis décadas, hasta los trabajos más recientes de Taagepera y Shugart (1989), Lijphart (1994) y Cox (1997). No se piense, por favor, que este consenso de la ciencia política es de carácter puramente teórico. Carey y Hix el 2008 hicieron un estudio empírico con 618 elecciones en 81 países, en los últimos 60 años, y la conclusión es inequívoca: a mayor magnitud de distrito mayor proporcionalidad.

¿Por qué, entonces, las simulaciones históricas de que se sirven Tagle y Libertad y Desarrollo parecen negar esta realidad? La respuesta es tan obvia que da hasta un poco de vergüenza ajena tener que plantearla. En 2009 o en 2013 las decisiones de los candidatos, partidos, coaliciones y de los electores estaban condicionadas absolutamente por la regla entonces vigente sobre representación. Y dado que las regla entonces vigente –el binominal– premiaba a las dos grandes fuerzas y castigaba a los partidos medianos, no nos puede sorprender que, existiendo actores racionales, haya habido una alta concentración de opciones viables y de votos en las dos grandes fuerzas. Lo que resulta

analíticamente defectuoso es tomar después esos resultados, como si fueran datos que caen del cielo –libres de todo condicionamiento–, y usarlos como base para ver qué habría pasado con un sistema proporcional. En este punto estoy acompañado, paradójicamente, por uno de los héroes de la Escuela de Chicago: me refiero a Robert Lucas Jr. (Premio Nobel de Economía) que hace ya 37 años formuló esta objeción contra las comparaciones “ingenuas”.

5.3.4. Objeción: La nueva ley constituye un traje a la medida de la Nueva Mayoría

Comentario: De las cosas que se han dicho para criticar la adopción de la reforma electoral, me detengo, ahora, en la acusación que imputa a la Nueva Mayoría el haber sustituido el binominal por un “traje a la medida”, hecho *ex profeso* para beneficiarla.

Debo confesar que la crítica del “traje a la medida” me produce algo de irritación¹⁸.

Las simulaciones que se han hecho, desde la academia y por expertos de distintos sectores, demuestran que el distritaje propuesto no tiene el efecto acumulado de beneficiar a la Nueva Mayoría en desmedro de la derecha.¹⁹

Faltos de un estudio serio, algunos críticos han recurrido a la anécdota. Sacan a relucir la presunta “anomalía” de la Tercera Región. ¿Cómo es posible –dicen– que dicha zona sume un diputado más cuando resulta que numéricamente no le correspondía? Se les ha contestado (y está explicado en una exposición de motivos que parece que nadie en la derecha tuvo tiempo de leer) que, para evitar la acusación de centralismo, el proyecto asumió la conveniencia de que, como línea de base, todas y cada una de las 15 actuales regiones del país, independientemente de su población, sumara a su actual representación un diputado adicional. De esta manera, de los 35 diputados que se agregan a la Cámara, solo 20 tendrán el efecto neto de mejorar la igualdad de peso del voto (y, por lo mismo, se asignan fundamentalmente a las regiones V, VIII y Metropolitana). ¿Hubiera sido más lógico que los 35, todos ellos, fueran a las

¹⁸ En nuestro caso, los alegatos ante el Tribunal Constitucional fueron una oportunidad para desmentir aquellos comentarios políticos que acusaban al proyecto de reforma de ser un traje a la medida de la Nueva Mayoría. Del examen de la sentencia queda claro que, más allá de los reparos que los ministros disidentes formulan a ciertas desproporciones transitorias entre población y escaños, el proyecto aprobado no tiene el efecto de favorecer a un sector determinado en desmedro de otro. Durante los alegatos, por lo demás, la propia abogada de los senadores requirentes afirmó que su reclamo no se basaba en dicho reproche.

¹⁹ Véanse los trabajos de Andrés Tagle, Libertad y Desarrollo y Kenneth Bunker de la Universidad Diego Portales. La Tercera, Sábado 31 de Enero de 2015, p. 4.

zonas más pobladas?. En la lógica de las matemáticas abstractas, probablemente. Pero tratándose de una decisión política que debe tomar un cuerpo deliberativo en que el 75% de los actuales diputados son de provincias y en un país con un fuerte, y justificado, sentimiento anticentralista, hubiera sido un despropósito.

La anomalía de Atacama, por tanto, no es tal. O, si se quiere, es tan anomalía como el diputado adicional que suman Punta Arenas y Coyhaique (que desde una lógica puramente matemática tampoco lo “merecerían”).

Lo paradójal de la fijación de la derecha con Atacama es que acusan perfidia de la Nueva Mayoría cuando resulta que, en los hechos, los únicos posibles beneficiados de ese cambio concreto son ellos. Veamos. Hoy, con el binominal, de los cuatro diputados de Atacama la derecha no tiene ninguno (fue doblada en los dos distritos de la Región). Por el solo hecho de pasar al proporcional, ese 30% de votación que han tenido allí históricamente les asegura un diputado que hoy no tienen. Y aún más: el aumento de cuatro a cinco para la Región, lejos de ser un “regalo para la izquierda”, genera una posibilidad real de que, con los mismos votos, la derecha obtengan 2 de los 5. O sea, la “maldad” de la Nueva Mayoría le daría a la derecha dos diputados donde hoy no tiene ninguno. ¡Es cuestión de saber cómo funciona la cifra repartidora en un sistema proporcional!

No deja de ser notable, por supuesto, que partidos que por décadas han usufructuado sin chistar de un sistema electoral cuya lógica y distritaje fue impuesto por Pinochet con el fin de subsidiar a la derecha ahora, súbitamente, descubran la importancia de valores como la igualdad del voto. Frente a esta acusación, que se explica mucho por el uso de la calculadora y poquito por la aplicación de principios, hay que responder mostrando el enorme progreso que representa el proyecto desde el punto de vista del igual peso en el voto, por un lado, y en la proporcionalidad, por el otro. ¿Se podría haber llegado a otra fórmula? Por supuesto. Pero para que eso hubiera sido posible, se necesitaba que los tres senadores RN que abrigan ambiciones presidenciales hubieran estado dispuestos a enemistarse con ese 15% antipolítica y antipartidos que, creen ellos, dirimirá una futura primaria presidencial de la centroderecha. No se atrevieron. Prefirieron volver a incumplir los compromisos suscritos, en su momento, por Jarpa, Rivadeneira, Allamand y Piñera. De paso, no les importó dejar sin piso las fórmulas propuestas por el propio Presidente de su partido. Una pena. La reforma tuvo que hacerse contra los votos de la derecha. No solo eso. No contentos con haber votado en contra en el Parlamento, los senadores

de la UDI y Renovación Nacional recurrieron al Tribunal Constitucional para intentar que el proyecto fuera declarado inconstitucional. Ese último intento por bloquear la reforma también fracasó²⁰.

5.3.5. Objeción: A nivel del Senado cada una de las 15 regiones debiera tener la misma representación.

Comentario: Más de algún parlamentario “regionalista” rescató la lógica que impera en otros congresos bicamerales, de acuerdo con la cual mientras la Cámara baja representa en proporción estricta a la población; la Cámara Alta, en cambio, representa por parejo los territorios (p.e. los Estados Unidos).

Se trata, sin duda, de un razonamiento atendible, especialmente considerando nuestra propia historia constitucional previa al 73 (Los 28 distritos para la Cámara elegían entre 2 y 18 diputados dependiendo de la distribución de la población en el censo de 1930, mientras cada una de las 10 agrupaciones provinciales elegía los mismos 5 senadores, independientemente del número de habitantes).

El criterio expuesto, sin embargo, merece matizarse. Piénsese, por ejemplo, en el caso de Alemania, una república que se toma muy en serio el federalismo y los fueros de cada uno de los componentes de la federación. Los germanos no tienen ningún problema en que la representación de los Lander (así se llaman las regiones) en la Cámara Alta (Bundesrat) no sea perfectamente igualitaria. De esta manera, y dependiendo de la población, las distintas regiones envían al Landtag un número de senadores que oscila entre un mínimo de 4 (para los Lander que tienen menos de 2 millones habitantes, como el pequeñísimo Bremen y sus apenas 600 mil ciudadanos), un número de 5 para los Lander que tienen más de 2 millones pero menos de 6 millones de habitantes y un máximo de 6 representantes para aquellos Lander que tienen más de seis millones (piénsese en los casi 13 millones de bávaros). Los alemanes saben bien, por lo demás, que la igualdad regional se juega principalmente en la auténtica descentralización política.

5.3.6. Otras objeciones

Existen, por ejemplo, quienes, declarándose disponibles para avanzar hacia un sistema proporcional, criticaban tanto el incremento en el número de

²⁰ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile del 30 de Marzo de 2015 (Causa Rol 2777-15).

diputados como el hecho de que la reforma aumenta el tamaño de los distritos. Sorprende que estas personas no adviertan lo obvio: la única forma de lograr proporcionalidad con el mismo número de diputados sería creando distritos nuevos aún más extensos y populosos que los que contempla la reforma de la Presidenta Bachelet.

Existen, finalmente, aquellos que denunciaron improvisación en la reforma. Es increíble que olviden que el tema se venía discutiendo desde 1989 (cuando la Comisión Técnica RN/Concertación propuso un sistema electoral proporcional para un Senado de 50 miembros y una Cámara de 150 integrantes). Ignoran los 20 proyectos presentados sobre el punto en los últimos 25 años. Desconocen, finalmente, los estudios y resultados de la Comisión que presidió Edgardo Boeninger en 2006 y los valiosos debates producidos en la Comisión de Constitución del Senado durante todo el año 2013.

6. Reflexión final

Permítaseme concluir con una nota más personal.

No llevaba todavía dos semanas trabajando en SEGPRES, allá por 1990, cuando tuve mi primer encuentro con mi jefe, el Ministro don Edgardo Boeninger. Se comprenderá el nerviosismo del, entonces, joven asesor. Allí estaba, recién salido de la Escuela de Derecho, y recibía mi primer encargo profesional. ¡Y de Boeninger! Mientras me entregaba una gruesa carpeta, don Edgardo me dijo; “Estudie este asunto. Póngase a trabajar en esto”. La carpeta llevaba en la tapa una caratula que decía “Reforma Electoral”. Por supuesto, no podía sospechar en ese momento que la porfía de la derecha en defender el binominal iba a hacer de aquel, un encargo de 25 años.

Mientras redacto estas líneas, en el mismo año 2015 en que finalmente se aprobó la reforma electoral, no puedo dejar de concluir con palabras de reconocimiento y esperanza.

Mi reconocimiento, en primer lugar, a todos los compatriotas que desplegaron energías políticas y capacidad de persuasión en orden a que finalmente el cambio pudiera aprobarse.

Mi esperanza, en que la reforma contribuya efectivamente a robustecer nuestra democracia. Tengo claro que ni esta ni ninguna otra ley, por buena que parezca, puede provocar transformaciones mágicas. No obstante, pienso

que este cambio legal puede ser parte importante de esfuerzo integral para que recuperemos el prestigio y la prestancia de nuestras instituciones representativas.

Chile quiere y necesita un Congreso que se parezca más a su sociedad. Un Parlamento con más mujeres, con más jóvenes, con igual peso del voto y donde se expresen equitativamente nuestras distintas formas de pensar. Ese es el Congreso de una democracia sana²¹.

²¹ Este artículo concentra su análisis en el cambio del sistema electoral propiamente tal. Han quedado fuera del examen, por ende, algunas cuestiones muy importantes también contenidas en la nueva ley. Me interesa dejar expresa constancia, sin embargo, de mi apoyo decidido y entusiasta a la modificación que incorpora una cuota de género, requiriendo a cada partido político, integre o no un pacto, que su nómina total de postulantes a la Cámara y al Senado cumpla el requisito de que ningún género esté representado por sobre 3/5 ni por debajo de los 2/5 del total. Esta norma se propone como transitoria, aplicable a las elecciones parlamentarias de 2017, 2021, 2025 y 2029, en el entendido que su propósito es romper una situación inicial en la que operan fuertes e invisibles barreras de entrada. Me complace haber podido contribuir con mi defensa ante el Tribunal Constitucional para los efectos que dicho órgano validara, por siete votos a tres, esta importante cuota de género.

¿AÑO DE INCERTEZAS? INDICIOS DE POTENCIAL INESTABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DURANTE EL 2014

*Jorge Correa Sutil*¹

*María Soledad Molina Osorio*²

Introducción

Uno de los bienes más importantes que debiera producir el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia es el de dotar de significado a la Carta Fundamental, transformar su lenguaje abierto a uno de estándares y reglas de significado inter subjetivamente más preciso. Es deseable que la jurisprudencia constitucional, en un proceso paulatino de ensayo y correcciones que le es propio, vaya complementando la Constitución, hasta dotarla de un significado lo suficientemente preciso y operativo como para que los actores del sistema puedan prever si una determinada conducta es constitucional o inconstitucional.

Si ello no ocurre, la ciudadanía se ve privada de una Constitución de significado previsible, el que queda misteriosamente reservado a manos de un Tribunal, quien sólo *ex post* y sin que podamos preverlo, nos dice, caso a caso, que fue y que no fue constitucional. Este último escenario es el que se verifica cuando la jurisprudencia no tiene sustancia, carece de fuerza vinculante para los casos siguientes o es inestable.

El presente artículo examina la jurisprudencia del Tribunal Constitucional producida entre los meses de enero y diciembre de 2014, ambos inclusive, y se pregunta por uno de los factores que potencialmente puede producir jurisprudencia inestable, cual es, la presencia de fallos con un número apreciable de votos disidentes; aquellos que son sustentados por una mayoría “estrecha” tal, que por razones fortuitas, es probable cambie en el corto plazo.

1 Profesor titular de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

2 Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2014). Candidata a Magister en Derecho Público y Litigación Constitucional de la misma casa de estudios.

El trabajo tiene dos partes. En la primera, signada con la letra A, expondremos por qué puede resultar valiosa una jurisprudencia constitucional estable y explicaremos lo que entendemos por doctrinas jurisprudenciales potencialmente inestables y los aspectos metodológicos del trabajo. En la segunda parte, signada con la letra B, resumimos cuantitativa y cualitativamente las sentencias potencialmente inestables. En un primer apartado de esta segunda parte acotamos la dimensión cuantitativa del problema y anotamos algunas formas típicas de agruparse los Ministros en posiciones diversas. En un segundo apartado tratamos de caracterizar el tipo de cuestiones constitucionales que aparecen como potencialmente inestables a partir de la jurisprudencia de 2014.

A. Explicación acerca de los supuestos, metodología y sentido de este artículo.

1. El caso de los cónyuges inválidos de funcionarias del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El 14 de agosto de 2013, el Tribunal acogió, por 5 votos a favor, 3 en contra y uno de sus titulares ausentes, un requerimiento en contra de una norma legal que realiza una distinción por sexo al otorgar un beneficio de asignación familiar, agregando un requisito para su obtención cuando es el hombre el causante. La norma prescribe lo siguiente: “*Serán causantes de asignación familiar: [...] La cónyuge y, en la forma en que determine el reglamento, el cónyuge inválido.*”³ Ésta había sido impugnada por el marido de una funcionaria diplomática, por estimar discriminatoria la norma que lo excluía como causante de pensión. Al efecto, la sentencia adoptada con el voto de los Ministros Peña, Carmona, Fernández, García y Romero, razonó que la norma impugnada “*realiza una discriminación arbitraria entre la mujer que vive a expensas de un diplomático y el hombre que vive a expensas de una diplomática*”⁴. Continúa considerando que el precepto carece de razonabilidad en relación a su finalidad; el criterio esencial de la regla es que el causante viva a expensas del beneficiario, para auxiliar

3 Tribunal Constitucional, Rol N° 2320, sentencia de fecha 14 de agosto de 2013.

4 *Ibíd.*, considerando 14°.

económicamente a la familia⁵, que el derecho constitucional de la igualdad ante la ley, en particular aquella que debe existir entre hombres y mujeres, no puede ser desplazado por hipotéticas consideraciones presupuestarias para el Estado, ya que la discreción que tiene el legislador para fijar el umbral de cobertura de la prestación debe conciliarse con la prohibición constitucional de discriminación arbitraria⁶. El voto minoritario, en cambio, suscrito por tres integrantes, los Ministros Aróstica, Hernández y Brahm, estuvo por rechazar el requerimiento, en base a entender que el legislador podía legítimamente establecer un criterio diferenciador como el que había empleado en el caso al otorgar un beneficio. Entre otras razones, adujo este voto que *“la igualdad entre hombres y mujeres no puede ser absoluta, incluso para resguardar el beneficio de la propia mujer,”* lo que estaría reconocido también en otros preceptos normativos, nacionales e internacionales, que cita al efecto, por lo que el fallo de mayoría se extralimita al extender un beneficio que el legislador no ha regulado⁷. No concurrieron a este fallo los Ministros Bertelsen y Vodanovic.

El 28 de mayo de 2015, un año y meses después de dictar la sentencia recién referida, el Tribunal falló una segunda causa que, aun cuando contenía otros requerimientos diversos, le era análoga en la parte que impugnaba el mismo precepto legal⁸. El Tribunal resolvió rechazar 5 votos contra 4. Conoció de esta segunda causa con una composición diversa a la anterior, pues todos sus Ministros titulares estaban presentes, a excepción del Ministro Fernández. Con esta composición de 5 Ministros, los 3 que en enero de 2013 se habían agrupado como disidentes, más los Ministros Bertelsen y Vodanovic, ausentes en la primera, constituyeron mayoría para declarar que la norma no era inaplicable. Al efecto, de modo análogo a lo que lo había hecho el voto disidente en la primera sentencia, razonaron que el precepto legal podía hacer distinción por sexo para los efectos de cubrir una contingencia social, no presentando “duda alguna en cuanto a su racionalidad”, estimando, por el contrario, que exhibía una alta adecuación entre medios y fines. Al efecto, consideraron que *“Según el legislador, el sexo del causante es un elemento que le permitiría inferir la situación de necesidad o contingencia social del cónyuge del funcionario público, lo que a su vez justificaría el otorgamiento de una prestación*

5 Ibid., considerandos 7° y 9°.

6 Ibid., considerando 18°.

7 Ibid., voto en contra de los Ministros Aróstica Maldonado, Hernández Emparanza y Brahm Barril, considerandos 4° a 7°.

8 Tribunal Constitucional, Rol N° 2664, sentencia de fecha 28 de mayo de 2015.

de seguridad social (la asignación familiar). Tal asociación entre sexo y necesidad no representa la situación actual de la sociedad, donde la mujer se ha ido incorporando al mundo laboral remunerado, de modo que se dan casos en que es ella quien es jefa de familia, en relación con un marido dependiente que se desempeña en el hogar". A renglón seguido, la sentencia consideró que "No obstante lo anterior, es necesario recalcar que la racionalidad exigida al legislador por la Constitución no consiste en que éste adopte la mejor decisión posible, ni que la adecuación entre los tres elementos antes descritos sea perfecta. Todo lo que se exige al legislador es que su decisión sea razonable, vale decir, que se encuentre dentro del abanico de posibilidades que pueden sustentarse por medio de la argumentación racional". Más adelante, la sentencia razona que: "en este marco, es posible argumentar racionalmente que si bien la sociedad ha evolucionado hacia una mayor igualdad sexual, y no obstante lo deseable de esa meta, la situación actual aún dista de aquélla. En otras palabras, la incorporación de la mujer al mundo laboral remunerado aún no iguala a la del hombre, ni cuantitativa ni cualitativamente, y por tanto el legislador retiene la facultad de considerar esta realidad a la hora de legislar, sin que por ello exceda el ámbito de la racionalidad. [...] Es cierto que la distinción en estudio no es perfecta, por cuanto pueden existir cónyuges hombres no inválidos que presenten la carencia o contingencia social que justifica la asignación familiar, así como cónyuges mujeres que no la requieran. Ello no convierte, sin embargo, la distinción en irracional, sino sólo en perfectible, ya que no otorga el beneficio a todos los que lo requieren, y se lo da a algunos que no lo necesitan. Esta imperfección, sin embargo, no alcanza a constituir irracionalidad o mero capricho y, por tanto, su adopción, modificación o derogación quedan comprendidas dentro de la esfera de competencias reconocida por el constituyente al legislador"⁹.

Luego de leer los dos fallos referidos, un estudioso del derecho constitucional chileno, el legislador o cualquiera que necesite saber lo que exige la Carta Fundamental en materia de igualdad podrá preguntarse si el derecho constitucional chileno prohíbe o no al legislador distinguir según el sexo de los beneficiarios para otorgar un beneficio de seguridad social; si el trato diferenciado por sexo es o no una categoría sospechosa que sólo pasará un test de constitucionalidad en la medida que pueda exhibir estándares especialmente exigentes de justificación, o si no lo es y lejos de necesitar una adecuación perfecta, le basta con una razonabilidad mínima, consistente en poder sustentarse en argumentación racional, como expone la segunda sentencia, y más

9 *Ibíd.*, considerando 26°.

generalmente podría también preguntar si en Chile la igualdad y los restantes principios constitucionales son exigencias normativas a las que el legislador debe adecuarse al margen de su recepción en la legislación o si los derechos constitucionales adquieren significado concreto a partir de una paulatina aceptación de ellos en el nivel infra constitucional, como sostiene la segunda sentencia en el primer párrafo de su considerando 26°, recién transcrito.

Nos parece que la única respuesta honesta a estas preguntas es que el derecho constitucional chileno no ha dilucidado estas cuestiones y que la respuesta a ellas y el resultado de casos futuros análogos dependerá de cuántos y cuáles Ministros del Tribunal hayan viajado, enfermado o tomado vacaciones el día de la vista de su causa.

Como puede apreciarse, aun cuando la materia específica que resuelven estas dos sentencias –sexo de quien causa el beneficio en el Ministerio de Relaciones Exteriores– no es central a la institucionalidad chilena, las cuestiones más generales que se expresan en los razonamientos que sustentan las dos tesis y que se enuncian en las preguntas anteriores –relativas a la posibilidad y límites de las distinciones basadas en el sexo de las personas a quienes el Estado confiere un beneficio– sí lo son.

2. Los enunciados constitucionales necesitan, más que otras normas, ser complementados.

2.1. Características de los enunciados constitucionales.

Los derechos constitucionales y en general la llamada “parte dogmática” de una Carta Fundamental, que son las normas que nos interesan especialmente, en razón de ser las más frecuentemente invocadas en estrados judiciales, típicamente se expresan como enunciados de significado abierto. Habitualmente se presentan como principios y no como reglas más o menos precisas. En ellos, más que describirse una conducta y atribuirle una consecuencia, se manifiesta un bien a alcanzar. Como lo ha verbalizado Alexy, con tanto éxito entre nosotros, los derechos constitucionales generalmente se formulan como máximas de optimización; bienes que deben alcanzarse en la mayor medida fáctica y jurídica que sea posible.

Lo anterior no niega la presencia de algunas reglas con alto nivel de precisión en los capítulos dogmáticos de nuestra Carta Fundamental; las que ciertamente abundan en su parte orgánica; sólo sostiene que, en la parte dogmática

o de consagración de derechos, las reglas más o menos precisas son la excepción y que, en cambio, son muy numerosos los enunciados de principio que ni describen conductas ni les asignan consecuencias específicas.

Tampoco pretende este artículo hacerse cargo y menos tomar partido en el abundante y rico debate acerca de qué sean más precisamente los principios y cuáles son exactamente sus diferencias (ontológicas o de grado) con las reglas. Para los propósitos de lo que vamos a presentar nos parece suficiente una afirmación genérica y superficial, que aspiramos sea compartida por todo lector: Nos interesa y basta con afirmar que los enunciados constitucionales de derechos son típicamente tan abiertos que, por la sola lectura de su lenguaje, resulta difícil a los ciudadanos o al legislador prever su sentido y alcance frente a casos mínimamente complejos o en que dos o más de ellos se tensionan en la resolución de un asunto, como habitualmente ocurre cuando son invocados.

Nos detenemos en la parte dogmática de la Constitución y particularmente en su consagración de derechos, pues esos enunciados son los que con mayor frecuencia entre nosotros son invocados en sede jurisdiccional. En razón de esa dinámica es precisamente que ciudadanos y autoridades políticas necesitan entender con la mayor precisión su sentido y alcance y así prever cuales de sus actos u omisiones se conforman y cuales infringen la Carta Fundamental.

Así, nos interesan los enunciados dogmáticos porque ellos son frecuentemente invocados en estrados jurisdiccionales, en requerimientos que piden a jueces que, en virtud de esos derechos consagrados, procedan a declarar inválidos o inaplicables decisiones de autoridad (incluyendo preceptos legales) o de particulares. Esos derechos que se invocan son típicamente enunciados de significado impreciso y abierto y es en razón de esa frecuente invocación que las autoridades políticas y los ciudadanos necesitan precisar su significado, para así poder prever lo que es y lo que no es inconstitucional. Una de las formas privilegiadas en la que autoridades y ciudadanos pueden confiar para entender lo que es y lo que no es constitucional son las decisiones jurisdiccionales que se adoptan cuando esos derechos son invocados. Esas fuentes de información son valiosas siempre que ellas tengan alguna fuerza vinculante en las futuras decisiones, no sean incoherentes y tengan una razonable estabilidad.

2.2. Valor normativo de las constituciones.

El análisis que antecede supone un sistema en el que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución tienen valor jurídico normativo; esto es,

uno en que esos derechos pueden y suelen ser invocados ante la jurisdicción, reclamando su amparo y protección, en razón de entenderse que los jueces tienen jurisdicción y competencia para aplicarlos directamente. Este ha sido incrementalmente el caso chileno. En efecto, durante la vigencia de la Carta de 1925, y con la excepción del recurso de amparo, resultaba infrecuente la invocación directa de los derechos constitucionales ante órganos jurisdiccionales¹⁰. Tan sólo a partir del estatuto de garantías constitucionales, vigente a partir de 1971 y de la estrategia conocida como vía chilena al socialismo, más precisamente a partir de la política del gobierno de la Unidad Popular de intervenir las empresas para integrarlas a lo que se conoció como “área social de la economía” y de la intensificación de la reforma agraria, el derecho de propiedad consagrado en la Constitución resultó invocado más frecuentemente ante la Contraloría General de la República y los tribunales de justicia para impugnar decisiones tomadas al amparo de esa política¹¹. Ello cesó en 1973. A partir de ese año, en cambio, se intensificó la invocación de la libertad personal, a través de los recursos de amparo, sin resultados positivos¹².

En esas condiciones de muy escasa jurisprudencia constitucional, no era posible esperar que ella ayudara a dotar de significado más preciso a los enunciados constitucionales. Ello tampoco resultaba necesario, precisamente porque la parte dogmática de la Constitución no cumplía una función normativa de aplicación directa que fuera relevante. Así, en la medida en que nuestro país entendió los derechos constitucionales como enunciados de valor político programático, como declaraciones de intención acerca de aquello que el Estado debía proteger o promover, pero cuya efectiva realización quedaba esencial y jurídicamente entregada al impulso y entendimiento del legislador,

10 Si uno revisa a los principales tratadistas de la Carta de 1925, encontrará muy pocas referencias a jurisprudencia judicial como modo de explicar el significado de sus cláusulas, salvo en materia de derecho a la libertad personal y recurso de amparo. Ello contrasta con referencias mucho más frecuentes a los informes de la Comisión de Constitución del Senado o de la Cámara, a propósito del sentido y alcance de preceptos de la parte orgánica de la Constitución; así como a los juicios políticos en esa materia. Así, por ejemplo, puede apreciarse en las principales obras dogmáticas explicativas de la Carta de 1925, como son: Silva Bascañán, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, (Editorial Jurídica), 1963; Bernaschina, Mario, *Síntesis del derecho constitucional chileno*, (Editorial Universidad de Chile), 1944; y Andrade, Carlos, *Elementos del derecho constitucional chileno*, (Editorial Jurídica), 1971.

11 Para un panorama de cómo se empleó la legalidad para intentar estatizar empresas y a la vez para oponerse a ello, puede verse Novoa Monreal, Eduardo, “¿Vía Legal Hacia el Socialismo? El caso de Chile, 1970-1973”, en *Colección Monografías Políticas*, (Editorial Jurídica Venezolana), 1978. También puede verse del mismo autor sus *Obras Escogidas. Una crítica al derecho tradicional*, (Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar), 1993.

12 Al respecto, puede verse el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Segunda Parte, Capítulo IV*. Múltiples ediciones.

entonces el carácter abierto o indeterminado de los derechos constitucionales no llegó a constituir un problema serio. En otras palabras, en la medida en que ni las decisiones del legislador ni la de los restantes poderes o autoridades del Estado podían o solían ser impugnadas y susceptibles de invalidarse por órganos jurisdiccionales en nombre de los derechos consagrados en la Constitución, entonces el significado de esas mismas normas constitucionales no fue vital. Ciertamente que esos derechos podían y eran de uso más o menos frecuente en el discurso político; sirvieron para reclamar una u otra decisión de las autoridades, pero en la medida en que no fundaron reclamos judiciales vinculantes, el carácter abierto o impreciso del lenguaje constitucional no resultó ser un problema, sino más bien una ventaja para el ensayo y corrección de políticas públicas y decisiones de autoridad.

El escenario cambia, sin embargo, si los derechos consagrados en la Constitución pueden y suelen ser invocados como fuentes de decisiones judiciales vinculantes para la autoridad. Fue lo que sucedió al instaurarse la acción de protección, a partir del año 1976, con la aprobación de la llamada Acta Constitucional N° 3¹³ y luego con la Constitución de 1980. A nuestro juicio, de forma más aparente que real, allí se instaló un mecanismo judicial de aplicación directa de la Carta Fundamental. Decimos que el fenómeno ha sido y sigue siendo jurisdicción constitucional sólo en apariencia¹⁴, pues hasta donde llega nuestro conocimiento, en esos procesos, las Cortes de Apelaciones examinan el carácter ilegal o arbitrario de un acto y ello les basta para acoger o rechazar, con nulo o muy infrecuente análisis de la Carta Fundamental¹⁵. Como sea, instalada la acción de protección en nuestro panorama jurídico, también se instala en nuestra cultura jurídica la idea de que es posible una aplicación directa de los derechos constitucionales, lo que ciertamente se ve potenciado por la fuerza de las ideas neo constitucionales en boga a fines del siglo pasado¹⁶.

13 Decreto Ley N° 1.552.

14 La afirmación alude al análisis de los derechos constitucionales y no considera que el recurso o acción se encuentre consagrado en la Constitución, lo que, en sí mismo, conlleva siempre una aplicación de la Carta Fundamental.

15 Para un análisis cuantitativo que sustenta esta afirmación, ver Correa, Jorge; Peña, Carlos y Vargas, Juan Enrique, "Poder Judicial y mercado: ¿Quién debe pagar por la justicia?", en *Informes de Investigación del Centro de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Diego Portales, Número 2, Año 1, 1999, p. 42.

16 Eduardo Soto Kloss probablemente el académico más entusiasta con la incorporación del recurso de protección llega a denominarlo "La otra revolución silenciosa". Ver del autor: "Diez años del recurso de protección (1976-1986). Una revolución silenciosa", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 83, N°3, 1986, pp. 365-372.

La común percepción, cierta o errada, de que en Chile la Carta Fundamental era invocada directamente en tribunales probablemente explica que por entonces hayan arreciado las críticas a la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, acusándola de escasa y errática¹⁷. La conciencia de esos defectos, de la necesidad y ausencia de jurisprudencia constitucional incidió en que la reforma constitucional del 2005 trasladara la sede de inaplicabilidad desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional¹⁸.

Resumiendo entonces, en la medida que nuestra evolución constitucional fue instalando la posibilidad de que decisiones de autoridad y también de particulares pudieran ser invalidadas judicialmente por no conformarse a la Constitución y especialmente a los derechos consagrados en ella, se expandió la conciencia de la necesidad de dotar esos derechos de significados más precisos y operativos, y por lo mismo previsibles. Se trató, en pocas palabras, de una cuestión circular: entre más se invocaron los derechos constitucionales para impugnar preceptos legales, actos u omisiones de autoridad o de particulares buscando fueran invalidados o inaplicados, más necesario se hizo que los enunciados que consagran tales derechos fundantes de los requerimientos tuvieran significados más precisos y previsibles. Como las mismas decisiones en que se invoca la Constitución son una fuente invaluable e irremplazable en la definición de esos mismos significados, se crea la conveniencia y necesidad de esa jurisprudencia.

2.3. La jurisprudencia constitucional como bien público.

Del modo en que hemos descrito, la jurisprudencia constitucional, incluida la que se acumula a partir de las sentencias de inaplicabilidad, según veremos en lo que sigue, son capaces de producir un bien público, que consiste en ir dotando de significados más precisos a los preceptos constitucionales, especialmente los que consagran derechos, pues éstos típicamente se enuncian de un modo muy general y abstracto, generalmente como principios; y por ende,

17 Véase, por todos, Bertelsen, Raúl, “La función del Tribunal Constitucional de 1980”, en *Estudios Públicos* N° 27, 1987, p.118. También Gómez, Gastón, “La Justicia Constitucional en Chile”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (Centro de Estudios Constitucionales), 1997, y “La Jurisdicción Constitucional: Funcionamiento de la Acción o Recurso de Inaplicabilidad. Crónica de un Fracaso”, en *Foro Constitucional Iberoamericano*, Revista Electrónica de la Universidad Carlos III, N°3, 2003.

18 Gómez, Gastón, “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno”, en Zúñiga, Francisco (Coord.), *Reforma Constitucional*, LexisNexis, 2005, pp. 665-666.

sus solos enunciados lingüísticos, carecen de la claridad y precisión para que los actores del sistema político, autoridades y ciudadanos, puedan predecir razonablemente cuáles de sus decisiones o actuaciones se conforman y cuales vulneran la Constitución¹⁹.

Los procesalistas suelen enfatizar el hecho que las sentencias tengan por objeto resolver los conflictos sometidos a su decisión. Cualquiera sea el valor de esta mirada, no debiera pasarse por alto que la acumulación de decisiones dictadas en casos análogos, a condición que ellas sean concordantes, reiteradas y uniformes, producen además un segundo bien o beneficio, no ya sólo para las partes que litigan, sino para toda la comunidad, cual es la de una doctrina más precisa acerca del sentido y alcance de los propios enunciados normativos que esas decisiones aplican. Este es un bien público, beneficia a todos, pues brinda certeza acerca del derecho vigente y no se consume o agota por su uso.

Las condiciones para que ello ocurra han sido en su mayoría registradas ya en lo que antecede: debe tratarse de significados que surjan de fallos reiterados, que tengan concordancia acerca del sentido y alcance de los preceptos normativos (en este caso de los derechos constitucionales), y que estén dictados en casos análogos. Si el sentido de los fallos es disperso o contradictorio no habrá jurisprudencia y la sociedad se verá privada del bien público que venimos apreciando; pues no será posible reconocer un sentido y alcance normativo en los diversos fallos dictados en casos análogos o no existirá la razonable confianza de que esos criterios se mantendrán en las sentencias que los resuelvan. Por lo mismo, la inestabilidad de la doctrina acerca del sentido y alcance de los enunciados normativos atenta en contra de la existencia del bien público que venimos describiendo y que apreciamos como especialmente necesario en relación a los derechos constitucionales, en razón de su lenguaje abierto e impreciso.

Dejamos tres temas relevantes abiertos: El primero es acerca del grado de fuerza vinculante que debiera tener la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los nuevos casos que debe resolver²⁰. Es conocido el sentido que

19 Sobre la justicia constitucional como bien público, ver Correa, Jorge; Peña, Carlos y Vargas, Juan Enrique, *op.cit.*, pp. 39-40.

20 El Tribunal ha variado no pocas veces sus criterios jurisprudenciales. En los casos más ostensibles, es frecuente que lo reconozca y declare explícitamente, para además justificarlo. Ver, por ejemplo, Tribunal Constitucional, Rol N° 2647, sentencia de fecha 23 de diciembre de 2014, en la que el Tribunal abandonó expresamente el criterio según el cual no cabía declarar inaplicables preceptos legales derogados.

se asigna a la separación de poderes en los sistemas jurídicos de tradición continental y el impulso decimonónico de la codificación que buscó confinar el valor de las sentencias a los casos en que se dictan y a privarlas de valor jurídicamente vinculante ante nuevos casos análogos. También es conocida la reacción contraria. Podrá argumentarse que de otorgarse valor vinculante a la jurisprudencia se está estableciendo al Tribunal como una autoridad constituyente, pues se le brinda la potestad de fijar el sentido y alcance del lenguaje abierto de la Carta Fundamental. Este argumento debe, sin embargo, hacerse cargo de que ese poder se le entrega inevitablemente si es que se permite una jurisdicción constitucional. Tan sólo si se postula que no debe existir jurisdicción constitucional ni aplicación directa de la Constitución será posible sostener congruentemente que debe restarse todo valor a la jurisprudencia constitucional²¹. Menos que eso conlleva postular que se quiere aplicación directa de los derechos constitucionales, aunque con desprecio del carácter predecible de su significado, lo que no parece razonable. Sin pretender intervenir más en este debate, nos limitamos a constatar la fuerza de la idea de aplicación directa de la Constitución y a postular, en esas condiciones, lo ya afirmado, en el sentido que la jurisprudencia constante y uniforme produce un bien público, cual es el de mejorar la certeza jurídica que se verifica cuando las sentencias son previsibles.

La segunda cuestión que dejamos sin tratar es la fuerza relativa que debiera tener el bien público que producen las sentencias concordantes frente a la idea rival de que resulta posible y beneficioso que la jurisprudencia no se petrifique y permita la evolución del derecho. La idea de una jurisprudencia evolutiva y adaptativa a ideas y valores dominantes es especialmente atractiva frente a preceptos rígidos o semi rígidos, como son en general los constitucionales y ciertamente los de nuestra Carta Fundamental. Nos basta anotar que esa idea de evolución apela a la noción de cambio gradual en el tiempo y no describe ni defiende como deseable una jurisprudencia inestable o potencialmente inestable. La evolución virtuosa que cabe defender es una que va variando lenta e incrementalmente, no una que se presenta como inestable o errática.

La tercera cuestión que dejaremos sin tratar es la acusación de que el mal de la inestabilidad jurisprudencial es extendido en nuestro sistema jurídico. Nos interesa enfocarnos en la potencial inestabilidad de la jurisprudencia del

21 Una posición de esta naturaleza es la sostenida por Fernando Atria, en *La Forma del Derecho*, Santiago, 2014. En prensa.

Tribunal Constitucional, no explicarlo como un fenómeno extendido o examinar sus causas en la cultura judicial chilena.

3. ¿Puede la inaplicabilidad producir ese bien público? ¿No estaremos pidiendo peras al olmo?

Hemos postulado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene la aptitud de producir el bien público descrito. Ahora nos preguntaremos si esta expectativa es razonable, considerando que, en acciones de inaplicabilidad, lo que el Tribunal debe juzgar no es si un precepto legal es inconstitucional en abstracto, sino si, aplicado al caso concreto, producirá en él efectos contrarios a la Constitución. Como ha reiterado tantas veces en sus sentencias el Tribunal, *“lo que se discute en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no es el ajuste o contradicción entre dos normas de diverso rango, cotejadas en abstracto, sino el análisis y decisión de los efectos que, en un caso específico, produce la aplicación de un precepto legal. Así, una disposición legal puede conformarse a la Constitución y, no obstante ello, en su aplicación producir efectos contrarios a la misma”*²². En estas condiciones, ha reiterado invariablemente el Tribunal, que las características singulares de la gestión pendiente adquieren relevancia, pues es respecto de ellas que la sentencia debe apreciar si se verificarán o no se verificarán efectos contrarios a la Constitución. Congruente con este carácter, las sentencias estimatorias no invalidan el precepto legal, sino que lo declaran inaplicable para la específica gestión judicial en la que se originó²³.

¿Puede en estas condiciones haber jurisprudencia constitucional que emane de sentencias de inaplicabilidad y que, por su carácter uniforme y reiterado produzca el bien público de establecer un derecho constitucional de significado más preciso y previsible para autoridades y ciudadanos? Nos parece que sí. Al responder afirmativamente lo hacemos conscientes de las características de la jurisdicción de inaplicabilidad y del efecto relativo de sus sentencias.

22 Tribunal Constitucional, Rol N° 1514, sentencia de fecha 12 de octubre de 2010, considerando 8°.

23 El inciso primero del artículo 92 de la LOC del TC dispone que. “La sentencia que declare la inaplicabilidad solo producirá efectos en el juicio en que se solicite.” No obstante, y entendiendo el constituyente que la declaración de inaplicabilidad registra un indicio de que el precepto podría ser inconstitucional en abstracto y ante cualquier caso, el artículo 93 inciso primero establece que la sentencia de inaplicabilidad habilita a cualquiera a pedir su inconstitucionalidad o al Tribunal para declararla de oficio. Así lo dispone el numeral 7 y el inciso duodécimo del artículo 93 de la Constitución.

Si bien lo que el Tribunal debe apreciar son los efectos de la aplicación del precepto impugnado en el caso pendiente, no es menos cierto que lo que debe juzgar siempre y en todo caso es si esos resultados se conforman o contravienen la Constitución, juicio para el cual el Tribunal necesita precisar el sentido y alcance de los preceptos constitucionales concernidos, significado que no es ni tendría por qué tener alcance particular o relativo al caso en el que se invoca.

El Tribunal puede razonablemente estimar que un mismo precepto legal impugnado por infringir un mismo derecho constitucional es capaz de producir ese efecto en un caso determinado y no en otro, dadas las peculiares características de los hechos a los que el precepto legal está llamado a aplicarse. Así, por ejemplo, el Tribunal ha estimado que la aplicación del DL 2.695, sobre regularización de la pequeña propiedad raíz infringe el principio de igualdad ante la ley cuando pretende aplicarse a un caso de disputa de propiedad raíz entre empresas forestales, en el que no se encuentran presentes las características que justifican que el legislador aplique a esas partes y a ese conflicto, un estatuto especial y diverso al del Código Civil y su sistema registral para adquirir propiedad; mientras que la aplicación del mismo precepto no infringe el mismo principio de igualdad si en la gestión pendiente las partes reúnen las características que justifican tratarlas de un modo especial y desigual con respecto al régimen de propiedad²⁴. El resultado contradictorio de estas sentencias (la una acoge, las otras rechazan) se verifica porque el Tribunal aprecia las diferencias entre los casos a los que el precepto pretende aplicarse y no porque otorgue un sentido y alcance diverso al principio de igualdad y a la prohibición de establecer diferencias arbitrarias. Nada en las características del caso implica que un mismo Tribunal otorgue un sentido y alcance diverso a un mismo precepto constitucional. Por el contrario, el sentido y alcance que el Tribunal atribuye al enunciado constitucional puede que (y resulta deseable) sea el mismo, en todos los casos. Un caso ciertamente obligará a enfatizar un aspecto de una norma y otro obligará a atender a otro; pero es perfectamente posible y esperable que un Tribunal sea consistente en el significado que asigna a un mismo precepto constitucional y ese producto puede y debe producirse en las sentencias de inaplicabilidad. Nada hay en esta acción constitucional que lo haga imposible o indeseable.

²⁴ Nos referimos, por ejemplo a la sentencia de fecha 25 de octubre de 2007, dictada en los autos Rol 707, en que se acogió la inaplicabilidad de diversas disposiciones del DL 2.695.

4. La inestabilidad de la jurisprudencia como un impedimento relevante para que se produzca ese bien público.

Para los efectos de este artículo, entenderemos como jurisprudencia inestable aquella que sostiene, en períodos acotados de tiempo, en este caso un año, criterios cambiantes acerca del significado de un derecho constitucional, cuando esos cambios no dan cuenta de una evolución, sino de mayorías ocasionales, que reuniéndose en un caso, podrían razonablemente no reunirse en el siguiente.

5. Las “sentencias de mayoría inestable” como señal de potencial inestabilidad de la jurisprudencia.

Entenderemos por “sentencias de mayoría inestable” las siguientes:

- a) Aquellas en que se verifica un empate de votos que conlleva el rechazo de las acciones de inaplicabilidad y a acoger o rechazar las cuestiones de inconstitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de ley, dependiendo del voto dirimente del Presidente. Este tipo de sentencias puede estar suscrita por 10, 9 u 8 Ministros, y en este último caso, por uno o dos de sus Ministros Suplentes.
- b) Las sentencias apoyadas por una mayoría de Ministros que sea superior en uno o dos votos a los de la minoría. Esta diferencia podría consistir en 6 a 4; 5 a 4 o 5 a 3, dado que, como se dijo, el Tribunal puede constituirse con 10, 9 u 8 de sus miembros. En el caso de 8 miembros, es posible que el Tribunal se integre con uno o incluso dos de sus Ministros Suplentes.

Para los efectos de justificar el uso de estas categorías como signo de potencial inestabilidad en la jurisprudencia del TC es importante recordar que para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de ley o de reforma constitucional y de los tratados internacionales basta la mayoría de los miembros presentes, teniendo el Presidente del Tribunal voto dirimente en caso de empate²⁵. Paradójicamente, para declarar

²⁵ Conforme debe entenderse de conjugar lo dispuesto en el numeral 3° e inciso cuarto del artículo 93 de la Carta Fundamental y lo prescrito en el artículo 8° letra g) de la LOC del TC.

la inaplicabilidad de un precepto legal, debe reunirse la mayoría de los Ministros en ejercicio²⁶.

Para entender por qué nos permitimos calificar de potencialmente inestable o potencialmente más inestable la doctrina jurisprudencial contenida en los dos tipos de sentencias referidas, cabe tener presente que su estabilidad depende fuertemente de cambios en la composición del Tribunal. Entendemos que en el caso de que estos cambios se verifiquen por cese de funciones de uno o más Ministros podría producirse un evento de inestabilidad jurisprudencial deseable o potencialmente deseable. Es el propio sistema constitucional el que opta por integrar el Tribunal con Ministros que duran un período acotado de tiempo; lo que permite a los tres órganos del Estado que participan en sus nombramientos incidir en su composición y por esa vía, indirectamente, en su jurisprudencia. Pero ocurre que aún sin que haya cesación de funciones de un Ministro e incorporación de uno nuevo, es posible que haya varianza en la composición del Tribunal y con ello de su jurisprudencia. Para convencerse de esa posibilidad, basta tener presente que el sistema que nos rige adopta una fórmula que favorece el funcionamiento ininterrumpido del Tribunal, pero que es negativa para la estabilidad de su jurisprudencia, cual es la que éste puede funcionar con sus 10 Ministros titulares, pero también con 9 u 8 de ellos y que cuando no se encuentran presentes 8, el Tribunal se integra con uno y hasta con sus dos Ministros Suplentes²⁷.

La jurisprudencia que emane de los casos antes referidos bajo las letras a) y b) puede considerarse como “potencialmente inestable” por cuanto la composición del Tribunal puede variar entre aquella que se reunió para rechazar o acoger una cuestión de inconstitucionalidad de un proyecto de ley o de inaplicabilidad de un precepto legal. Las ausencias temporales no se verifican por voluntad de los órganos encargados de nombrar Ministros, sino por causas pasajeras, fortuitas y generalmente imprevisibles para las autoridades o para los ciudadanos, tales como licencias médicas, viajes o uso de feriados.

En el caso de las sentencias que se pronuncian acerca de la constitucionalidad de un proyecto de ley, en cualquiera de los dos eventos mencionados antes como letra a), basta que uno de los Ministros titular o suplente que conformó

26 Conforme lo dispone el numeral 6° del mismo artículo 93: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6°.- Resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”

27 Ver al respecto lo prescrito en el artículo 18 de la LOC del TC.

la mayoría en la causa primigenia se ausente cuando se vea una causa análoga para que la mayoría que se conformó en la primera causa ya no se conforme en la segunda. También es posible que en la segunda causa análoga integre el Tribunal un Ministro que estuvo ausente en la primigenia para que pueda variar la sentencia y el criterio. En alguno de los casos indicados en la letra b), igual evento puede hacer variar el criterio y en otros será la eventual ausencia del Presidente, mientras en otros será necesaria diferencia de dos Ministros en la composición del Tribunal.

En el caso de las sentencias de inaplicabilidad, la inestabilidad queda representada en el caso de empate de votos por la incorporación de un Ministro al segundo fallo en caso análogo que hubiere estado ausente en la sentencia primigenia y que decida sumarse a la tesis de declarar la inaplicabilidad. También puede verificarse por la ausencia de uno o más de los Ministros que estuvieron por rechazar la inaplicabilidad en la primera causa análoga en la vista de la segunda causa para que pueda reunirse una mayoría diferente de Ministros en ejercicio y cambiar la jurisprudencia.

No nos detendremos en el detalle de cada hipótesis de potencial inestabilidad: los casos son limitados, pero numerosos. Baste consignar que en varios de ellos basta con que un hecho fortuito o no previsible para las partes afecte a uno o dos Ministros determinados, provocando su ausencia en la vista de la primera o segunda causa análoga para que el resultado en estas “sentencias de mayoría inestable” pueda variar y se actualice el riesgo de privar al sistema del bien público de la previsibilidad del derecho constitucional vigente.

Cuando hablamos de “sentencias de mayoría inestable” no decimos que lo resuelto pueda variar. La sentencia misma es inexpugnable, produce los efectos de cosa juzgada, la que en el caso de la inaplicabilidad está explícitamente reforzada²⁸. Lo que calificamos de inestable es la permanencia de la interpretación constitucional en casos análogos futuros; lo potencialmente inestable es la atribución de significado del enunciado constitucional. Aquello de lo que estas sentencias pueden privar al sistema es de ese bien que pueden comunicar a eventuales futuros litigantes a condición de su estable uniformidad en el tiempo.

Es bueno subrayar que las “sentencias de mayoría inestable,” así definidas tienen la potencialidad de cambios jurisprudenciales. El análisis que sigue

²⁸ Conforme dispone el artículo 90 de la LOC del TC “Resuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido”.

medirá este riesgo. No es un trabajo que pretenda medir cambios efectivos en la jurisprudencia. Nos limitamos a afirmar que los fallos que se destacarán tienen la potencia o riesgo de establecer doctrinas inestables. No analizamos en este artículo si ese riesgo se ha o no verificado, lo que exigiría una línea de tiempo más larga y un tratamiento más cualitativo y temático.

6. Los casos, el período cubierto y otros aspectos metodológicos de este trabajo.

Para el análisis que ya hemos anunciado consideraremos sólo las sentencias de fondo dictadas el 2014 que resolvieron cuestiones sobre constitucionalidad que el Presidente o un grupo de parlamentarios plantearon al Tribunal durante la tramitación de un proyecto de ley²⁹, y también las acciones de inaplicabilidad falladas en el período.

Hemos desconsiderado las sentencias de inadmisibilidad y las que se dictaron en ejercicio del control preventivo de oficio de leyes orgánico constitucionales. Las primeras las hemos descartado pues, si bien tienen la posibilidad de constituir información relevante acerca del derecho vigente, lo hacen más respecto de la “naturaleza” y requisitos procesales de la acción de inaplicabilidad que sobre el contenido sustantivo de las restantes cláusulas de la Carta Fundamental. No es que no sea valioso el análisis de la naturaleza y requisitos de procedencia de los requerimientos de inaplicabilidad; pero por ese limitado alcance, no lo es para los propósitos, ya descritos, de este artículo³⁰.

Por su parte, las sentencias dictadas en razón del control preventivo de oficio de constitucionalidad de las leyes orgánico constitucionales típicamente contienen abundante información acerca de lo que entiende el Tribunal que está reservado al ámbito de esta clase de leyes y lo que puede regularse por una ley ordinaria, cuestión en la cual los Ministros han tenido, al menos

29 La competencia del Tribunal en esta materia está instaurada en el numeral 3° del artículo 93 de la Constitución y regulada en el inciso cuarto de ese mismo precepto constitucional y en los artículos 61 y siguientes de la LOC del TC. Nos limitamos a los proyectos de ley, aun cuando esas normas regulan también las que puedan suscitarse durante la tramitación de reformas constitucionales o de tratados internacionales. Excluimos estos dos últimos casos por no haberse verificado requerimientos a su respecto durante el período en estudio.

30 De hecho, Jorge Correa, coautor de este texto, ha profundizado en este tema. Ver su libro *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, (Editorial LexisNexis), 2011. Sobre el mismo tema, ver Marisol Peña, “Admisibilidad de requerimientos de inaplicabilidad: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en Bazán, Víctor (Coordinador), *Derecho procesal Constitucional Americano y Europeo*, (AbeledoPerrot), 2010.

desde el año 2006, posiciones divergentes. Los fallos en control preventivo de oficio escasamente se pronuncian acerca del sentido y alcance de los restantes enunciados constitucionales, al no tener ellos que justificar mayormente sus decisiones de conformidad con la Carta Fundamental. Tan solo en las pocas oportunidades en las que en este control de oficio declara inconstitucional un precepto es que el Tribunal fundamenta su decisión de un modo capaz de informar acerca del significado de normas constitucionales distintas a las que señalan el ámbito de la LOC. Estos casos son lo suficientemente infrecuentes³¹ como para justificar, nos parece, la consideración de todo este género de sentencias en este artículo.

En consecuencia, el análisis que sigue considera tan sólo las sentencias definitivas de fondo dictadas por el TC ante requerimientos parlamentarios o del Presidente de la República para declarar inconstitucional todo o parte de un proyecto de ley y los que resuelven acciones de inaplicabilidad de un precepto legal. En todas estas sentencias definitivas, sean ellas estimatorias o desestimatorias del requerimiento, el Tribunal funda su decisión en razonamientos que nos informan o constituyen –según prefiera calificarse las sentencias como actos de aplicación o de creación del derecho vigente– el significado de los preceptos constitucionales, típicamente de los que reconocen derechos. Por ello, estas son las sentencias más ricas para evaluar si efectivamente se está verificando el bien público al que hemos aludido antes.

Hemos analizado los fallos dictados entre los meses de enero y diciembre de 2014.

B. Resultados.

Tal como ya fue anunciado, en esta segunda parte interesa dar cuenta de las “sentencias de mayoría inestable” dictadas durante el año 2014. Para ello, en una primera parte, habremos de aludir a su número y tipo de votaciones que se dieron en ellas para calificarlas de potencialmente inestables. También interesará registrar la frecuencia con que se dieron algunas agrupaciones entre los Ministros titulares que concurrieron a esas sentencias. En la segunda

³¹ Durante el año 2014, sólo en la causa Rol 2663, el Tribunal declaró de oficio la inconstitucionalidad de un precepto legal, lo que se verificó en el caso del proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, Boletín N° 9294-06, actual Ley N° 20.757.

parte, habremos de hacer una breve reseña de la materia y razonamientos que se enfrentaron en esas sentencias, procurando así una síntesis mínima del tipo de preguntas y significados constitucionales que se encuentran en situación de potencial inestabilidad y una muy breve referencia a los razonamientos que se ven enfrentados.

1. Resultados cuantitativos. Magnitud y algunas alineaciones más frecuentes.

1.1. Magnitud.

Como ya explicamos nuestro estudio comprende las sentencias de fondo dictadas el 2014 que resolvieron requerimientos de inaplicabilidad (art. 93 N° 6 CPR) y requerimientos presidenciales o parlamentarios de inconstitucionalidad (art. 93 N° 3 CPR). El total de estas sentencias en el período es de 56³². De esta cifra, 27 son “sentencias de mayoría inestable”, a la manera en que quedaron definidos en las letras a) y b) del numeral 5, del Capítulo anterior; lo que constituye un 48,2% del total³³. Cabe señalar que algunas de las sentencias consideradas en el universo contienen más de una decisión, pues existen fallos que resuelven la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de más de un precepto legal. Considerando las decisiones y no las sentencias, los casos de decisiones “de mayoría inestable”

32 En la cuenta pública del Tribunal Constitucional del año 2014, su Presidente señaló que durante este período hubo un total de 60 sentencias de fondo en materia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Sin embargo, buscando con estos mismos parámetros en la página web del Tribunal, el resultado de sentencias son 51, prescindiendo de las dictadas en causa Rol 2363, 2426 y 2492, por razones que desconocemos. Esta diferencia numérica podría justificarse en la exclusión en la página web de las sentencias de admisibilidad.

33 Se trata de las sentencias de inaplicabilidad dictadas en las causas Rol N° 2650, sentencia de fecha 18 de diciembre de 2014; Rol N° 2647, sentencia de fecha 24 de enero de 2014; Rol N° 2561, sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014; Rol N° 2681, sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014; Rol N° 2628, sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014; Rol N° 2615, sentencia de fecha 30 de octubre de 2014; Rol N° 2530, sentencia de fecha 21 de agosto de 2014; Rol N° 2614, sentencia de fecha 14 de agosto de 2014; Rol N° 2501, sentencia de fecha 31 de julio de 2014; Rol N° 2495, sentencia de fecha 31 de julio de 2014; Rol N° 2332, sentencia de fecha 24 de julio de 2014; Rol N° 2454, sentencia de fecha 13 de mayo de 2014; Rol N° 2513, sentencia de fecha 15 de abril de 2014; Rol N° 2435, sentencia de fecha 10 de abril de 2014; Rol N° 2438, sentencia de fecha 10 de abril de 2014; Rol N° 2408, sentencia de fecha 6 de marzo de 2014; Rol N° 2456, sentencia de fecha 4 de marzo de 2014; Rol N° 2344, sentencia de fecha 30 de enero de 2014; Rol N° 2299, sentencia de fecha 29 de enero de 2014; Rol N° 2346, sentencia de fecha 16 de enero de 2014; Rol N° 2399, sentencia de fecha 16 de enero de 2014; Rol N° 2363, sentencia de fecha 14 de enero de 2014; Rol N° 2437, sentencia de fecha 14 de enero de 2014; Rol N° 2365, sentencia de fecha 14 de enero de 2014; y Rol N° 2323, sentencia de fecha 9 de enero de 2014; y requerimientos parlamentarios de inconstitucionalidad en las causas Rol N° 2731, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2014, y Rol N° 2646, sentencia de fecha 22 de abril de 2014.

ascienden a 35, de un total de 65 decisiones habidas en el período, lo que representa un 53,8%³⁴.

El siguiente cuadro descompone las 35 decisiones en las cuales se verifica una potencial inestabilidad jurisprudencial, en la forma ya definida:

	Decisiones suscritas por 8 Ministros	Decisiones suscritas por 9 Ministros	Decisiones suscritas por 10 Ministros	Total
Empates	9		8	17
6-4			9	9
5-4		8		8
5-3	1			1
Total	10	10	17	35

Por falta de tiempo, nos hemos quedado en la pura intención de haber comparado las cifras anteriores con guarismos análogos en otros tribunales o cortes constitucionales donde se permiten votos disidentes. Igualmente, hubiésemos querido y tampoco alcanzamos a comparar estas cifras con las de años anteriores. Una y otra comparación sin duda permitiría enriquecer el análisis de lo que esta cifra significa. El desafío queda pendiente³⁵.

1.2. Algunas formas típicas de asociarse los Ministros en estas sentencias divididas.

En las 35 decisiones divididas que representan casos de potencial inestabilidad en la jurisprudencia del Tribunal se verifican algunas tendencias en la forma de asociación de los Ministros.

En 33 de las 35 decisiones que nos ocupan concurren los Ministros Aróstica y Brahm. De esas 33, votaron coincidentemente en 31 decisiones. En 26 de ellas se mostraron partidarios de acoger los requerimientos de inaplicabilidad

³⁴ Es el caso de la causa Rol N° 2731, op.cit., que resuelve el requerimiento parlamentario de inconstitucionalidad en contra de un conjunto de preceptos legales del proyecto de ley que crea al administrador provisional y de cierre de instituciones de educación superior y establece regulaciones en materia de administración provisional de sostenedores educacionales, Boletín N° 9.333-04.

³⁵ Al respecto, puede ser de interés el artículo de Sergio Verdugo y Diego Pardow, en el que también estudiaron la forma en que concurren y se agrupan los Ministros del Tribunal Constitucional, entre los años 1990 y 2010: "The Chilean Constitutional Court and the 2005 Reform: A Casting Between Career Judges and Academics". Disponible en <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=dpardow> [última visita: 2/7/15].

o inconstitucionalidad. Discreparon tan sólo en dos causas análogas, en las que se impugnaba la norma de la Ley de Matrimonio Civil que establece la conducta homosexual como causal de divorcio³⁶.

Por su parte, los Ministros Carmona y García, concurrieron ambos a las 35 decisiones que nos ocupan. En 30 de ellas votaron en igual sentido, discrepando en 5³⁷. En 25 de los 30 casos en que coincidieron, estuvieron por rechazar los requerimientos.

Tan sólo en una de estas 35 decisiones coinciden las posiciones de los Ministros Carmona, García, Aróstica y Brahm³⁸. Los Ministros Carmona, García y Brahm coincidieron en otras 2 decisiones, ambas referidas a la conducta homosexual como causal de divorcio culpable³⁹. En ninguna otra de las 35 examinadas coinciden en sus votos los Ministros Carmona, García y Aróstica. Los Ministros Carmona, Aróstica y Brahm lo hicieron en 3 decisiones⁴⁰. Los Ministros García, Aróstica y Brahm concordaron en otros 2 razonamientos, ambos dirigidos en contra del precepto de la Ley de Propiedad Industrial que prescribe un tipo de indemnización, el que fue atacado por vulnerar el derecho de propiedad del infractor obligado a reparar⁴¹.

El Ministro Bertelsen votó 23 veces junto con los Ministros Aróstica y Brahm. En dos decisiones coincidió sólo con el Ministro Aróstica, y otras 2 sólo con la Ministra Brahm. Votó en igual sentido con los Ministros Carmona y García en dos decisiones. En una de esas dos no se discutía acerca del sentido de derechos fundamentales, sino sobre el alcance de la declaración de inadmisibilidad de las observaciones o veto Presidencial a un proyecto de ley en su tramitación legislativa⁴². El Ministro Bertelsen coincidió en otras dos

36 Sentencias dictadas en las causas Roles N° 2435, op.cit., y Rol N° 2681, op.cit.

37 No votaron en el mismo sentido en la sentencias Rol N° 2454, sentencia de fecha 13 de mayo de 2014, y 2513, op.cit., relativas a la norma del artículo 2331 del Código Civil que excluye el daño moral en los casos de injustos contra la honra; en la sentencia de la causa Rol N° 2408, op.cit., en que se impugnaba la norma civil que limita la acción de reclamación de filiación; y en las sentencias Rol N° 2437, op.cit, y N° 2365, op.cit., en las que se impugnaba el precepto legal que permite indemnizar al titular de derecho de propiedad industrial con las utilidades obtenidas por el infractor.

38 Se trató de la sentencia dictada en la causa Rol N° 2456, op.cit., que resolvió la impugnación del precepto legal que distingue entre tipos de licencias médicas para pagar el bono por desempeño a los funcionarios judiciales que se ausenten por más de seis meses.

39 Tribunal Constitucional, Rol N° 2681, op.cit. y Rol N° 2435, op.cit.

40 Se trató de los casos en que se resolvieron inaplicabilidades de normas que excluyen la indemnización del daño moral por lesiones al derecho a la honra y la del Código Civil que regula la acción de reclamación de filiación. Tribunal Constitucional, Rol N° 2454, op.cit.; Rol N° 2513, op.cit; y Rol N° 2408, op.cit.

41 Tribunal Constitucional, Rol N° 2437, op.cit., y Rol N° 2365, op.cit.

42 Tribunal Constitucional Rol N° 2646. El Segundo caso en el que el Ministro Bertelsen coincidió con

decisiones con el Ministro Carmona, ambos requerimientos en contra del precepto de la Ley de Propiedad Industrial ya referido⁴³; y en una otra con el Ministro García⁴⁴.

El Ministro Hernández coincidió en 22 decisiones junto a los Ministros Carmona y García. Con el Ministro Carmona coincidió otras 4 veces⁴⁵, y con el Ministro García en una⁴⁶. Resolvió de la misma forma que los Ministros Aróstica y Brahm en 5 sentencias⁴⁷. En otras dos, ambas relativas al precepto legal que establece la conducta homosexual como causal de divorcio, coincidió sólo con el Ministro Aróstica⁴⁸. En ninguna de las 35 decisiones que nos ocupan coincidió con la Ministra Brahm sin que concurriera también el Ministro Aróstica.

El Ministro Fernández coincidió en 20 decisiones conjuntamente con los Ministros Carmona y García y en otras dos sólo con el Ministro García, las relativas a la indemnización al derecho a la honra⁴⁹. En ninguna decisión coincidió con el Ministro Carmona en que no concurriera también el Ministro García. El Ministro Fernández no coincidió en decisión alguna con los Ministros Brahm y Aróstica en conjunto, y sólo 2 veces concurrió con el Ministro Aróstica, en ambas para resolver el conflicto constitucional que genera la causal de divorcio por conducta homosexual⁵⁰. Los Ministros Fernández y Hernández concurren ambos a 23 decisiones. En 18 de ellas coinciden y discrepan en cinco. Este Magistrado no concurrió, por ausencia, a 10 de las 35 decisiones que nos ocupan.

los referidos es la sentencia Rol N° 2456, op.cit., en la que el que el Tribunal debió pronunciarse acerca de si era arbitraria la distinción de un precepto legal que excluía ciertos casos de licencia de recibir bonificaciones de desempeño entre funcionarios del Poder Judicial.

43 Tribunal Constitucional, Rol N° 2437, op.cit., y Rol N° 2365, op.cit.

44 La coincidencia se verifica en la sentencia de la causa Rol N° 2454, en la que se resolvió la impugnación de la norma del Código Civil que impide indemnizar el daño moral por lesión al derecho a la honra.

45 Tribunal Constitucional Rol N° 2513, op.cit.; Rol N° 2408, op.cit.; Rol N° 2437, op.cit.; y Rol N° 2365, op.cit.

46 Tribunal Constitucional Rol N° 2454, op.cit.

47 Se trató de sentencias referidas a límites a la indemnización por daño moral en caso de afectación del derecho a la honra; derecho a la identidad en materia de reclamación de reconocimiento de filiación y distinciones arbitrarias, particularmente, respecto a la norma del Código de Justicia Militar que somete a la jurisdicción castrense el conocimiento de procesos por delito común. Ver Tribunal Constitucional, Rol N° 2513, op.cit.; Rol N° 2408, op.cit.; Rol N° 2344, op.cit.; Rol N° 2399, op.cit.; y Rol N° 2363, op.cit.

48 Tribunal Constitucional Rol N° 2435, op.cit., y Rol N° 2681, op.cit.

49 Tribunal Constitucional, Rol N° 2454, op.cit., y Rol N° 2513, op.cit.

50 Tribunal Constitucional, Rol N° 2681, op.cit., y Rol N° 2435, op.cit.

El Ministro Romero coincidió con los Ministros Aróstica y Brahm en 13 decisiones, y en otras dos sólo junto a la Ministra Brahm⁵¹. En 11 decisiones coincidió con los Ministros Carmona y García,⁵² y con este último en una más⁵³. En otras 3 lo hizo sólo con el Ministro Carmona⁵⁴. No concurrió a 5 sentencias.

La Ministra Peña coincidió en 19 decisiones⁵⁵ junto a los Ministros Aróstica y Brahm. En una oportunidad adicional coincidió con la Ministra Brahm,⁵⁶ y en otra con el Ministro Aróstica⁵⁷. La Ministra Peña votó 8 veces junto a los Ministros Carmona y García⁵⁸. Con el Ministro Carmona coincidió en otras 2 sentencias, las que resolvían el conflicto de la indemnización por daño moral al derecho a la honra,⁵⁹ y con el Ministro García compartió otras 3 decisiones⁶⁰.

51 Tribunal Constitucional, Rol N° 2615, op.cit., y Rol N° 2332, op.cit.

52 Tribunal Constitucional, Rol N° 2650, op.cit., y Rol N° 2731, en 5 decisiones, y en Rol N° 2530, op.cit.; Rol N° 2501, op.cit.; Rol N° 2495, op.cit.; Rol N° 2399, op.cit.; y Rol N° 2363, op.cit.

53 Sentencia dictada por acción de inaplicabilidad en contra de la norma del Código Civil que prescribe el plazo para impetrar la acción de reclamación de filiación del hijo póstumo, y que vulneraría el derecho a la identidad del menor. Tribunal Constitucional, Rol N° 2408, op.cit.

54 Tribunal Constitucional Rol N° 2454, op.cit.; Rol N° 2437, op.cit.; y Rol N° 2365, op.cit.

55 En conjunto con estos Ministros, Peña resolvió acoger requerimientos referidos a la vulneración de la igualdad ante la ley de funcionarias públicas en el uso del fuero maternal cuando son destituidas por descender en su calificación; en una sentencia relativa a la igualdad en el ejercicio de los derechos procesales penales; en decisión relativa a la norma que radica el conocimiento de causas de delitos comunes en la justicia militar; en cuestiones de libertad de enseñanza, conociendo del requerimiento parlamentario de inconstitucionalidad en contra de preceptos del proyecto de ley que instituye al Administrador Provisional y el cierre de establecimientos de educación superior; en una decisión referida a la igualdad en las cargas públicas y no discriminación arbitraria en materia económica, en decisiones referidas al derecho a la honra; en la alegación de infracción a la regulación constitucional del veto Presidencial durante la tramitación de un proyecto de ley; en causa referida al derecho de propiedad respecto a la adquisición de pequeña propiedad raíz, y en la privación del derecho de propiedad industrial.

56 Sentencia dictada en la causa Rol N° 2332, op.cit., relativa a la legalidad tributaria.

57 En sentencia dictada en la causa Rol N° 2435, op.cit., relativa a la “conducta homosexual” como causal de divorcio.

58 Con ellos coincidió al resolver requerimientos relacionados a la vulneración del derecho de propiedad, presentados en contra de los preceptos sobre adquisición de la pequeña propiedad raíz, en contra de la norma que declara como inembargables los bienes de una municipalidad y en contra del precepto legal que habilita al Consejo de Monumentos Nacionales a autorizar la construcción de obras declaradas como “Zona Típica”. También coincidió con ellos en torno a la igualdad en el ejercicio de los derechos, al impugnarse la norma que habilita al Ministerio Público a cerrar la investigación por insuficiencia de antecedentes, y su facultad de apelar en contra del auto de apertura del juicio oral por excluir prueba ilegal. También votaron juntos en el requerimiento que impugna la norma que condena a funcionario militar que entregue información a persona no autorizada, por afectar el principio de legalidad penal. Ver Tribunal Constitucional, Rol N° 2647, op.cit.; Rol N° 2561, op.cit.; Rol N° 2615, op.cit.; Rol N° 2530, op.cit.; Rol N° 2438, op.cit.; Rol N° 2299, op.cit.; Rol N° 2346, op.cit.; y Rol N° 2323, op.cit.

59 Tribunal Constitucional, Rol N° 2454 y Rol N° 2513, op.cit. Coincide en estos casos con Brahm y Aróstica.

60 Se trató de casos en que se impugnaba el plazo para reclamar la filiación del hijo póstumo, y en contra del precepto que priva de derechos de propiedad industrial. Tribunal Constitucional, Rol N° 2408,

Por último, el Ministro Vodanovic votó 19 veces junto a los Ministros Carmona y García⁶¹. Con los Ministros Aróstica y Brahm, votó coincidentemente en 10 decisiones vinculadas a vulneraciones del derecho de propiedad, igual ejercicio de los derechos, y prohibición al legislador de afectar el contenido esencial de los derechos. Con la Ministra Brahm sumó otras dos decisiones coincidentes, en los requerimientos que impugnaban la conducta homosexual como causal de divorcio⁶².

2. Breve descripción de las cuestiones constitucionales que quedan inestables en la jurisprudencia de 2014.

En esta última sección reseñaremos brevemente algunas de las cuestiones constitucionales que quedaron “inestables” a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de 2014. Se trata de una sintética referencia de los significados de la Carta Fundamental que fueron objeto de sentencias adoptadas por decisiones de mayorías estrechas, en la forma que ya las hemos descrito y que potencialmente pueden variar. A ello, en un plano especulativo, pueden sumarse las diferencias que podrían producirse a futuro en razón de las sustituciones de los Ministros Raúl Bertelsen por Christian Letelier, y de Hernán Vodanovic por Nelson Pozo, ambos en enero de 2015, y a la designación de un nuevo integrante por la Corte Suprema, en reemplazo de Francisco Fernández, a verificarse en agosto de 2015.

De las 27 sentencias y 35 decisiones que hemos calificado de potencialmente inestables, habremos de incluir en el análisis que sigue 16 sentencias que acumulan 28 decisiones. En las restantes, nos pareció que las diferencias entre los Ministros que suscribieron los votos respectivos radicaban más en cuestiones de apreciación de la gestión pendiente sobre la que el precepto legal produciría efectos o sobre el sentido y alcance de éstos, siendo menos marcada o explícita la interpretación de las normas constitucionales invocadas, por lo que estimamos menos pertinente relevarlas a la hora de destacar

op.cit.; Rol N° 2437, op.cit.; y Rol N° 2365, op.cit. En estas últimas dos también coincidió con Brahm y Aróstica.

61 Tribunal Constitucional, Rol N° 2454, op.cit.; Rol N° 2513, op.cit.; Rol N° 2408, op.cit.; Rol N° 2437, op.cit.; y Rol N° 2365, op.cit. En estas últimas dos sentencias además coincidió con García.

62 Tribunal Constitucional, Rol N° 2681, op.cit., y Rol N° 2435, op.cit. Coincide en estos casos con Carmona y García.

las cuestiones constitucionales que quedan inestables. Excluimos también el análisis de la sentencia de fecha 22 de abril de 2014, dictada en la causa Rol N° 2.646, pues en ella se discutió un aspecto orgánico y no de derechos fundamentales, relativo a la declaración de inadmisibilidad del veto del Presidente de la República.

2.1. Derecho a la honra e indemnización del daño moral. El alcance de la honra y la interpretación más literal o expansiva de la Constitución.

En las sentencias dictadas en las causas Roles N° 2513⁶³ y 2454⁶⁴, el Tribunal Constitucional debió pronunciarse acerca de requerimientos que pedían se declarara inaplicable el artículo 2.331 del Código Civil⁶⁵, en cuanto sólo permite demandar una indemnización pecuniaria por daño emergente o lucro cesante, excluyendo el daño moral causado por imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona, en razón de infringir una serie de preceptos constitucionales⁶⁶, en especial, la igualdad ante la ley y el derecho a la honra.

El primer requerimiento fue acogido parcialmente⁶⁷ 5 votos contra 3, en sentencia suscrita por los Ministros Carmona, Peña, Aróstica, Hernández y Brahm, con el voto disidente de los Ministros Vodanovic, Fernández y García. Un mes después el Tribunal rechazó un segundo requerimiento análogo por empate de 5 votos, dejando dudas acerca del sentido de la Carta Fundamental. La decisión por rechazar en este segundo caso la constituyen los 3 Ministros que fueron disidentes en el anterior, a los que se sumaron los Ministros Bertelsen, ausente en la primera, y Hernández, que en la primera causa estuvo por acoger y en la segunda por rechazar, por las razones que se explicarán. Por acoger en la segunda causa se anotaron los mismos que tuvieron esa posición, menos Hernández, como ya se ha explicado; y más Romero, quien estuvo ausente en la primera.

63 Sentencia de 15 de abril de 2014.

64 Sentencia del 13 de mayo de 2014.

65 Artículo 2.331 CC: “*Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación*”.

66 Artículos 1° inciso primero y tercero, 5° inciso segundo, 19 N°s 1, 2, 4 y 26.

67 Si bien se requirió declarar la inaplicabilidad de todo el artículo 2.331, finalmente se acogió parcialmente en relación al siguiente precepto de la norma: “*las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero...*”

Entre los muchos razonamientos que explican las dos posturas del Tribunal en estas dos causas, apreciamos tres que pudieren dar cuenta de una interpretación diversa de los preceptos constitucionales concernidos, o más ampliamente de la función del Tribunal Constitucional. Ellos se refieren a una lectura más literal y restringida de la Constitución, en contraposición a una interpretación más amplia de la misma, incluyendo el recurso argumentativo a una noción plástica, como lo es la de la esencia de los derechos, lo que constituye una segunda diferencia. En tercer lugar, apreciamos una interpretación diversa acerca del alcance de la honra protegida constitucionalmente.

En cuanto a la primera diferencia anotada, los Ministros que estuvieron por rechazar los requerimientos dan una interpretación más literal a la Constitución, y por ello más restrictiva, favoreciendo la deferencia al legislador. Así, argumentaron que el derecho a la honra no mandata al legislador para su regulación, lo que les lleva a entender que la determinación de los alcances de la responsabilidad indemnizatoria derivada de una lesión a dicho bien jurídico forma parte de la potestad legislativa⁶⁸. En cambio, los Ministros partidarios de acoger el requerimiento hicieron una interpretación amplia y extensiva de la Constitución, entregando menos espacio de decisión al legislador. Así, argumentaron, por ejemplo, que los preceptos constitucionales no son meras declaraciones programáticas, sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, en armonía con lo prescrito en el inciso segundo del artículo 6° de la Constitución⁶⁹, y por tanto, deben excluirse las interpretaciones del alcance de la protección constitucional de un derecho fundamental que permitan al legislador regular su ejercicio hasta extremos que, en la práctica, imposibilitan la plenitud de su vigencia efectiva o comprimen su contenido a términos inconciliables con su fisonomía⁷⁰.

Los Ministros que votaron por acoger los requerimientos, acuden también a la noción de la esencia del derecho, en este caso del derecho a la honra⁷¹. Al efecto, argumentaron que el impugnado artículo 2.331 del Código Civil, al impedir la reparación del daño moral, afecta la esencia del derecho a la honra,

68 Tribunal Constitucional, Rol N° 2513, op.cit., considerando 3° del voto disidente.

69 Artículo 6°.- *Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. Las infracciones de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.*

70 Tribunal Constitucional, Rol N° 2454, op.cit., considerando 12° del voto por acoger.

71 Tribunal Constitucional, Rol N° 2454, op.cit., considerando 14° del voto por acoger.

el que conciben ligado precisamente a lo espiritual y moral y vinculan a la dignidad de la persona. Lejos de esos recursos a conceptos abiertos como el de dignidad humana y esencia de los derechos, los Ministros que votaron por el rechazo de los requerimientos subrayan que la discusión es acerca de un alcance patrimonial que el legislador excluyó como resarcimiento al derecho a la honra afectado, favoreciendo así una conciliación constitucional con la libertad de expresión⁷².

En el segundo caso, el rechazo del requerimiento lo fundaron sus partidarios también en el argumento de que el derecho vulnerado en la gestión pendiente es aquel a la propia imagen, el que conciben como una especial forma de propiedad, entendiendo por tanto que no forma parte del derecho a la honra⁷³, argumento que no fue esgrimido en la primera sentencia y que permite probablemente explicar el cambio de posición del Ministro Hernández. Los partidarios de acoger el segundo caso no se hacen cargo de esta objeción, lo que da a entender que estiman que el derecho a la honra comprende el derecho a la propia imagen, que era lo específicamente afectado en la gestión pendiente. Se da cuenta así de una diferencia, al menos implícita en el alcance que unos y otros dan a la honra.

Finalmente, y en cuanto a la interpretación sobre el derecho a la honra y la igualdad ante la ley, quienes se manifestaron por acoger consideraron que distinguir entre los daños reparables por afectación del derecho a la honra suponía un trato desigual respecto a la indemnización por la afectación de otros derechos⁷⁴, pues excluía la reparación de un tipo de daño, sin exhibir una causa razonable para excluir en este sólo caso de afectación de la honra⁷⁵. El Ministro García, quien concurrió al voto por el rechazo, esgrime en una prevención un argumento que coincide con el voto por acoger en este sólo aspecto, al considerar que la limitación del artículo 2.331 del Código Civil es desproporcionada y afecta el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que la regla general en materia de indemnizaciones establece que todo daño debe

72 El argumento lo esgrime el Ministro García el voto de prevención por rechazar el requerimiento en Tribunal Constitucional, Rol N° 2513, op.cit., considerando 4° de la prevención.

73 Tribunal Constitucional, Rol N° 2454, op.cit., considerando 16° del voto disidente.

74 Tribunal Constitucional, Rol N° 2513, op.cit., considerandos 14°, 15° y 3° del voto de prevención; y Rol N° 2454, op.cit.

75 Tribunal Constitucional, Rol N° 2513, op.cit., considerando 15°; Rol N° 2454, considerando 13° del voto por acoger.

ser reparado⁷⁶. Los Ministros que en el segundo fallo estuvieron por rechazar no emitieron argumentos relacionados con la igualdad ante la ley o el ejercicio de los derechos.

2.2. La conducta homosexual como causal de divorcio. Diversos entendimientos de la discriminación por orientación sexual.

En las sentencias Roles 2.435⁷⁷ y 2681⁷⁸, el TC debió pronunciarse en dos requerimientos que solicitaban declarar inaplicable, por infringir la igualdad ante la ley, la causal de divorcio culpable por conducta homosexual, establecida en el artículo 54 N° 4 de la Ley de Matrimonio Civil⁷⁹.

La primera de las causas fue rechazada por 6 votos contra 4, mientras que en la segunda hubo un empate de 4 votos contra 4, lo que también derivó en su rechazo, aunque dando cuenta de la inestabilidad de los criterios envueltos en esta materia. La primera sentencia fue suscrita por los Ministros Bertelsen, Peña, Aróstica, Fernández, Hernández y Romero. Los cuatro primeros suscribieron el voto por rechazar en el segundo caso, con Romero y Peña ausentes. En ambos casos, el voto por acoger lo suscribieron los Ministros Vodanovic, Carmona, García y Brahm.

Las discrepancias sostenidas entre los Ministros se centraron en el estándar interpretativo utilizado por unos y otros frente a la exigencia de la igualdad ante la ley como prohibición de diferencias arbitrarias, particularmente, respecto a la condición homosexual.

Quienes estuvieron por rechazar argumentaron en ambas sentencias que la norma no introducía una diferenciación arbitraria, ya que no consideraba como causal de divorcio la mera orientación sexual, sino que una transgresión grave al deber de fidelidad del matrimonio, como lo era una conducta consistente en contacto sexual o exteriorización de afectos propios del matrimonio con personas del mismo sexo, lo que debía quedar de manifiesto⁸⁰.

76 Tribunal Constitucional, Rol N° 2513, op.cit., considerando 2° del voto del Ministro García.

77 Sentencia dictada el 10 de abril del 2014.

78 Sentencia del 30 de diciembre del 2014.

79 *“Artículo 54.- El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común. Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos: (...) 4°.- Conducta homosexual.”*

80 Tribunal Constitucional, Rol N° 2435, op.cit., considerando 18°, y Rol N° 2681, op.cit., considerando 18° del voto por rechazar.

Hasta allí, podría entenderse como una forma de interpretar el precepto legal impugnado, si no fuera porque la misma ley no contempla las “conductas heterosexuales” como causales de divorcio. Además argumentaron que, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2° de la Ley N° 20.609 que establece Medidas contra la Discriminación, se prohíbe utilizar la categoría de orientación sexual como una justificación para no cumplir con la ley de matrimonio civil⁸¹.

Los Ministros que estuvieron por acoger ambos requerimientos, razonaron en torno a la utilización de la orientación sexual como una categoría de diferenciación “sospechosa”, no permitida por la Constitución, como ya antes lo había estimado el Tribunal⁸². Así, argumentaron que la causal por conducta homosexual resultaría redundante si sólo procurara otorgar protección jurídica al deber de fidelidad, pues para amparar ese deber bastaba la causal de divorcio consistente en la “transgresión grave y reiterada de los deberes de [...] fidelidad propios del matrimonio”. En tercer lugar, estos Ministros destacaron que el resto de las causales de divorcio culpable contenían una exigencia adicional de “gravedad” de la conducta tipificada, a diferencia de la causal impugnada que asignaba responsabilidad al cónyuge por actos inseparables de su condición personal, estándar subjetivo no permitido por la Constitución⁸³. En particular, hicieron presente que la infidelidad heterosexual consagraba una exigencia estándar – “yacer” – para identificar una infracción grave a los deberes del matrimonio, mientras que la infidelidad homosexual contemplaba una categoría elástica y ambigua, como era la “conducta.” Finalmente, estos Ministros razonaron que de la causal referida se derivaban consecuencias civiles, procesales y económicas en contra del cónyuge infractor, que vulneraban el principio básico de igualdad que el legislador debía satisfacer⁸⁴.

No parece exagerado sostener que la diferencia no radicó tan solo en la diversa lectura del precepto legal impugnado, sino también en el alcance e intensidad de la prohibición (constitucional) de discriminar en razón de la orientación sexual. Para quienes estuvieron por acoger, el alcance de esta prohibición parece más extensa e intensa de lo que la aprecian quienes estuvieron por rechazar. La jurisprudencia y el significado de la

81 Tribunal Constitucional, Rol N° 2435, op.cit., considerando 19°.

82 Tribunal Constitucional, Rol N° 2435, op.cit., considerandos 14° y 17° del voto disidente.

83 Tribunal Constitucional, Rol N° 2435, op.cit., considerando 25° del voto disidente.

84 Tribunal Constitucional, Rol N° 2681, op.cit., considerando 18° del voto por rechazar.

Carta Fundamental en esta materia parecen quedar entonces en un punto inestable.

2.3. Limitaciones razonables y prohibidas al derecho de propiedad. Igualdad y estatutos diferenciados y alcance de la función social.

En las sentencias Roles N° 2299⁸⁵, 2731⁸⁶ y 2647⁸⁷, el Tribunal debió resolver requerimientos de inaplicabilidad respecto a un conjunto de preceptos legales que, en opinión de los requirentes vulneraban el derecho de propiedad protegido constitucionalmente.

En el primer caso se impugnó la norma que condiciona la construcción de obras dentro de una “Zona Típica” a la obtención previa de una autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, la cual debe establecer que el proyecto en cuestión se acomoda con el “estilo arquitectónico general”, concepto que no se encuentra definido por la ley. A juicio de los requirentes, se afectaba su derecho de propiedad y la igualdad en las cargas públicas. La segunda sentencia resolvió un requerimiento parlamentario de inconstitucionalidad formulado en contra de una serie de preceptos, contenidos en el proyecto de ley que establecía –entre otros– la figura del administrador provisional, ordenando el cierre de establecimientos educacionales bajo ciertas circunstancias. Finalmente, en el tercer requerimiento se impugnaron las normas sobre adquisición de la pequeña propiedad raíz regulada en el D.L. 2.695.

La causa Rol 2299 de regulación de edificación en zona típica fue rechazada por un empate de 4 votos contra 4. Por acoger el requerimiento estuvieron los Ministros Bertelsen, Aróstica, Romero y Brahm, y por rechazar los Ministros Carmona, Peña, García y Hernández. Se ausentaron los Ministros Vodanovic y Fernández. En el requerimiento parlamentario relativo al Administrador Provisional, Rol 2.731, cuatro decisiones, en que se invocaba como infringido el derecho de propiedad, fueron rechazadas 6 votos contra 4⁸⁸, y la quinta por empate de 5 votos contra 5⁸⁹. Los Ministros que votaron por rechazar el requerimiento parlamentario fueron Carmona, Vodanovic, Fernández,

85 Sentencia de 29 de enero del 2014.

86 Sentencia del 26 de noviembre del 2014.

87 Sentencia del 23 de diciembre del 2014.

88 Respecto a los artículos 4°, 6°, 17 y 20 del proyecto de ley.

89 Respecto al artículo 13. Otras impugnaciones no relativas a la propiedad no son consideradas en este acápite.

García, Hernández, y Romero, y por acoger los Ministros Bertelsen, Peña, Brahm y Aróstica. El Ministro Romero es quien estuvo por acoger una de las cuestiones, produciendo, en ese caso el empate de votos. El tercer requerimiento, relativo al D.L. 2.695, relativo a pequeña propiedad raíz, se resolvió por empate de 4 votos contra 4. Estuvieron por rechazar los Ministros Carmoña, Peña, García y Hernández y por acoger los Ministros Bertelsen, Vodanovic, Aróstica y Brahm. Estuvieron ausentes en esta última causa los Ministros Fernández y Romero.

Estos casos dan cuenta de varias discrepancias al interior del Tribunal Constitucional. Entre ellas, destacamos una interpretación diversa respecto a la exigencia de la reserva legal para limitar el derecho de propiedad, el alcance de la exigencia de la igualdad ante la ley frente a estatutos diferenciados, la noción de atributos esenciales de la propiedad y el alcance de la función social como justificación de las limitaciones al dominio.

En cuanto a la reserva legal para limitar el derecho de propiedad, en la causa en que se impugnaron las facultades del Consejo de Monumentos Nacionales, los Ministros partidarios de acoger el requerimiento estimaron que la norma que permite al Consejo de Monumentos Nacionales autorizar la construcción de obras en una “Zona Típica”, terminaba por delegar en la Administración la delimitación del derecho de propiedad, lo que en su parecer vulneraba el principio de reserva legal de las causales de limitación a la propiedad⁹⁰. Así, sostuvieron que la indeterminación del concepto “estilo arquitectónico general”, al no ser precisado en la ley ni en reglamento alguno, abre la posibilidad de que la autoridad Administrativa niegue arbitrariamente los permisos, o establezca condiciones desproporcionadas que resulten imposibles de cumplir. En cambio, los Ministros que estuvieron por el rechazo de este requerimiento sostuvieron que al ser la ley la que declaraba una Zona Típica, su carácter general y obligatorio garantizaba la igual aplicación de este criterio a quienes pretendan construir en el espacio comprendido dentro de dicha zona⁹¹. Estos Ministros no se pronunciaron directamente sobre la reserva legal, aunque consideran que lo regulado por la ley es suficiente en este caso, para garantizar la igualdad, como se analizará más adelante.

En el requerimiento que impugnó las normas para adquirir el dominio de la pequeña propiedad raíz, los Ministros que votaron por rechazar el

90 Tribunal Constitucional, Rol N° 2299, op.cit., considerando 13° del voto por acoger.

91 Tribunal Constitucional, Rol N° 2299, op.cit., considerando 18° del voto por rechazar.

requerimiento juzgaron que no existe inconstitucionalidad alguna en los preceptos impugnados, pues *“nada hay en el estatuto constitucional del dominio que proscriba la regulación legal de los modos de adquirir mediante procedimientos administrativos, incluso si ellos consisten en una modalidad de prescripción”*, ejemplificando al efecto con la regulación de la adquisición del derecho real de aprovechamiento de aguas o de alguna forma de propiedad intelectual. Lo que sí exige la Constitución, sostienen estos Ministros, *“es que en caso de contienda o controversia sobre el dominio, ella sea resuelta por un tribunal de justicia, al que corresponde el monopolio jurisdiccional e imperio, salvo la procedencia de un equivalente válido”*⁹².

Un segundo debate como ya anunciamos, parece radicar en la cuestión de la igualdad de trato tolerable, en razón de la existencia de estatutos especiales sobre la propiedad. Los Ministros que decidieron acoger el requerimiento sobre Zona Típica, sostuvieron que un estatuto especial que limitaba la propiedad ubicada en una de estas zonas protegidas permitía un trato discriminatorio por parte de la autoridad administrativa al emplear un concepto indeterminado, como lo era el de “estilo arquitectónico general”. En cambio, los Ministros que estuvieron por el rechazo de este requerimiento sostuvieron que al ser la ley la que declaraba una Zona Típica, su carácter general y obligatorio garantizaba la igual aplicación de este criterio a quienes pretendan construir en el espacio comprendido dentro de dicha zona⁹³.

En la causa en que se impugnaron preceptos legales del DL. 2695, los Ministros que estuvieron por acoger el requerimiento argumentaron que la garantía del derecho de propiedad impone un estándar de igualdad al legislador para establecer diferencias en la adquisición del dominio de una misma clase de bienes. Para estos Ministros, el problema socioeconómico derivado de la deficiente constitución del dominio de las pequeñas propiedades raíces rurales y urbanas, como hecho diferenciador que determina la aplicación de las reglas del modo de adquirir común del Código Civil o del régimen especial del D.L. 2.695, no satisface las exigencias de las garantías de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, toda vez que no justifica las diferencias existentes entre las normas de la prescripción extraordinaria del Código Civil y aquellas del D.L. 2.695⁹⁴. El voto por el rechazo

92 Tribunal Constitucional, Rol N° 2467, op.cit., considerando 28° del voto por rechazar.

93 Tribunal Constitucional, Rol N° 2299, op.cit., considerando 18° del voto por rechazar.

94 Tribunal Constitucional, Rol N° 2647, op.cit., considerando 9° y 10° del voto por acoger.

razonó que la norma impugnada respetaba la igualdad, estimando que no hay vulneración a esta garantía si existen dos regímenes del dominio, con distintos plazos de prescripción adquisitiva, por una parte, dos modos de declarar extinto el dominio, administrativa o judicial. A juicio de estos, la verdadera exigencia constitucional se contiene en el artículo 76 de la Constitución, que garantiza que sean los tribunales de justicia quienes diriman en caso de controversias entre dos personas que disputan el dominio de una propiedad raíz, una amparada en el régimen general y otra en el especial, el D.L. 2.695.

En cuanto a los atributos esenciales del derecho de propiedad, los Ministros que estuvieron por acoger los requerimientos –al menos quienes concurren a las tres decisiones–, recurrieron al concepto de esencia del derecho de propiedad, del mismo modo que lo hicieron respecto al derecho a la honra. En el caso de la Zona Típica, argumentaron que la edificabilidad “*se encontraría ínsita*” dentro del derecho de propiedad, agregando que este elemento no puede ser configurado por “*la voluntad omnímoda del legislador urbanístico o las contingencias políticas de ordenación territorial*”⁹⁵. En su parecer, la garantía se enlazaría directamente con la “seguridad” que brinda la prohibición al legislador de afectar la esencia de los derechos, la cual se encuentra contenida en el artículo 19 N° 26 de la Constitución. De modo análogo, en el caso del requerimiento parlamentario por el interventor educacional, los Ministros que estuvieron por acoger el requerimiento, estimaron que privar de la facultad de administración a los propietarios de recintos educacionales, implica una privación al derecho de propiedad, pues dicha facultad le es inherente de acuerdo al artículo 19 N° 24. El voto de los Ministros que estuvieron por rechazar el requerimiento de Zona Típica, argumentan que sólo se afecta la esencia del derecho de propiedad, si al titular se le priva de ella o de alguna de sus facultades de uso, goce y disposición, lo que no ocurrió en el caso analizado⁹⁶.

En cuanto a las causales para limitar la propiedad y a la posibilidad de entenderlas incluidas en la noción de función social, para los Ministros que estuvieron por acoger el requerimiento de Zona Típica, el precepto impugnado infringe la Constitución al limitar la propiedad bajo el pretexto de consideraciones arquitectónicas, sin invocar ninguna de las causales que comprende la función social de la propiedad, explicitadas en el inciso segundo del artículo

95 Tribunal Constitucional, Rol N° 2299, op.cit., considerando 11°.

96 Tribunal Constitucional, Rol N° 2647, op.cit., considerando 22° del voto por acoger.

19 N° 24 de la Constitución⁹⁷. Al efecto, argumentaron que “*no basta la invocación de la función social para imponer limitaciones al derecho de propiedad, pues éstas pueden envolver, en realidad, una privación del mismo*”⁹⁸. Los Ministros que votaron por el rechazo de los requerimientos de Zona Típica y Administrador Provisional en establecimientos educacionales, razonaron que no es necesario invocar alguno de los cuatro elementos que expresamente comprende la función social, siendo en su lugar el intérprete quien puede determinar en cuál de ellos queda comprendida la limitación de la propiedad. Así, estos Ministros estimaron que en el caso de Zona Típica, la limitación tenía por objeto la preservación de la naturaleza, lo que encontraba justificación en la necesidad de mantener un medioambiente libre de contaminación y en la conservación del patrimonio cultural de la Nación, como un deber del Estado de conformidad al artículo 19 N° 10 inciso sexto de la Constitución que alude a la garantía del derecho a la educación⁹⁹. En el caso del Administrador Provisional, el voto por rechazar argumentó que, aunque no se mencionara, la limitación se justificaba en razón del interés general de la Nación, pues respondía a la necesidad de mantener la “función pública” de una actividad, en este caso de carácter educacional y económica¹⁰⁰.

2.4. Principio de legalidad tributaria.

En las causas Roles N° 2332¹⁰¹ y 2614¹⁰², el Tribunal Constitucional se pronunció acerca de requerimientos que solicitaban declarar inaplicables reglas que infringían la exigencia constitucional de legalidad tributaria, pues en ambos casos fue otra autoridad quien, facultada por la ley, reguló elementos del tributo: en el primer caso, las Municipalidades, fijando tasas para derechos municipales mediante ordenanzas, y en el segundo, el SII determinando los requisitos de la exención del Impuesto Adicional previsto en la ley sobre impuesto a la renta.

El primer requerimiento fue rechazado por empate de 4 votos, mientras que el segundo lo fue por 5 votos contra 4. En la primera sentencia votaron

97 Tribunal Constitucional, Rol N° 2299, op.cit., considerando 15° del voto por acoger.

98 Tribunal Constitucional, Rol N° 273I, op.cit., considerando 57° del voto disidente.

99 Tribunal Constitucional, Rol N° 2299, op.cit., considerando 16° del voto por rechazar.

100 Tribunal Constitucional, Rol N° 273I, op.cit., considerando 38° y 96°.

101 Sentencia del 24 de julio del 2014.

102 Sentencia del 14 de agosto del 2014.

por el rechazo, los Ministros Vodanovic, Fernández, Carmona y García, por acoger los Ministros Bertelsen, Peña, Romero y Brahm, y no concurrieron los Ministros Hernández y Aróstica. Un mes más tarde, el rechazo fue votado por los mismos Ministros Vodanovic, Fernández, Carmona y García, más Hernández, quien había estado ausente en aquella. El voto disidente por acoger lo suscribieron los Ministros Bertelsen, Peña, Aróstica y Brahm. En esta segunda oportunidad, quien se ausentó fue el Ministro Romero.

Los Ministros que en ambas causas estuvieron por el rechazo del requerimiento, fueron, al igual que en otros casos que hemos revisado, más deferentes para con el legislador, tolerando que sean otras autoridades las encargadas de la regulación de elementos que consideraron secundarios del tributo¹⁰³. En el segundo caso, por ejemplo, resolvieron que el estándar de exigencia en torno al principio de legalidad tributaria, debía ser diverso y menos intenso si concierne a un beneficio indirecto cuya estructura la determina la ley, como es el caso de la exención. En parecer de estos Ministros, el plazo para presentar la declaración de exención es un elemento accidental, y por eso se entrega al Servicio de Impuestos Internos la facultad de fijarlo. Argumentaron que, dado su carácter técnico y casuístico, es razonable que sea concretado en un acto administrativo¹⁰⁴.

En cambio, los Ministros que votaron por acoger los requerimientos, del mismo modo que en otros fallos, dieron una interpretación más amplia y severa de la exigencia constitucional; en este caso, más extensa del alcance de lo comprendido en la reserva de ley, razonando que la regulación de los tributos se debe circunscribir al legislador, incluyendo la fijación de las tasas a pagar¹⁰⁵ y la determinación de un plazo relevante a su exención, pues serían ambos, en su parecer, elementos que incidirían en la configuración de los tributos reservados constitucionalmente a regulación legal¹⁰⁶. Así, para estos Ministros, el estándar de exigencia del principio de legalidad tributaria al regular un tributo o una exención debía ser idéntico, ya que entre ambas normas existiría una “vinculación esencial”. Además, la Constitución trataría de forma igualitaria a los tributos y sus exenciones, tal como aparece en el artículo 65 inciso cuarto N° I¹⁰⁷.

103 Tribunal Constitucional, Rol N° 2332, op.cit., considerando 22°.

104 Tribunal Constitucional, Rol N° 2614, op.cit., considerando 8° y 9°.

105 Tribunal Constitucional, Rol N° 2332, op.cit., considerando 14° del voto por acoger.

106 Tribunal Constitucional, Rol N° 2614, op.cit., considerando 8° del voto disidente.

107 Tribunal Constitucional, Rol N° 2614, op.cit., considerando 8° del voto disidente.

Una segunda discusión surgió respecto al concepto de tributo. Quienes estuvieron por rechazar el primer requerimiento, razonaron que los derechos municipales no son tributos, por lo que estimaron que la Municipalidad tiene un amplio margen de intervención normativa en la determinación de su valor. Con todo, como ya anotamos, este voto por el rechazo se hizo cargo de la legalidad tributaria, considerando que el principio no actúa de forma tan severa. Recordaron que aun tratándose de patentes por actividades lucrativas –genuinos casos de tributo–, el Tribunal había señalado que la ley debe limitarse a fijar los elementos esenciales, permitiendo la colaboración reglamentaria en aspectos de detalle¹⁰⁸. Subrayaron además el carácter participativo y democrático de la autoridad municipal que fijaba las tasas¹⁰⁹. En cambio, los Ministros que resolvieron acoger entendieron el concepto de tributo desde una perspectiva más amplia. En el primer caso los derechos municipales sí serían tributos, y al no estar determinada la tasa por ley, el precepto legal infringiría la Constitución.

Como puede apreciarse, las discrepancias al interior del Tribunal se centraron en la intensidad con que debía aplicarse el principio de legalidad tributaria y en el concepto de tributo. Ambas cuestiones parecen resueltas de un modo potencialmente inestable.

2.5. Naturaleza puramente negativa de la jurisdicción de inaplicabilidad, creación de derechos procesales no consagrados en la Constitución y concepto de igualdad en materia de derechos procesales.

En las causas Rol números 2323¹¹⁰, 2615¹¹¹ y 2628¹¹² el Tribunal Constitucional se pronunció acerca de requerimientos que solicitaban declarar inaplicable la norma del Código Procesal Penal que otorga sólo al Ministerio Público y no a la víctima el derecho de interponer recurso de apelación en contra de la exclusión de prueba en el auto de apertura del juicio oral, lo que en parecer de los requerimientos vulneraba la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y, en consecuencia, un justo y racional procedimiento en las gestiones pendientes de materia procesal penal.

108 Tribunal Constitucional, Rol N° 2332, op.cit., considerando 22° del voto por acoger.

109 Tribunal Constitucional, Rol N° 2332, op.cit., considerando 21°. El razonamiento es el siguiente: “Es cierto que el monto del valor lo fija el municipio; pero lo hace a través de instituciones electas por la ciudadanía y pluralistas [...] Ello permite una deliberación previa [...]”.

110 Sentencia de 9 de enero de 2014.

111 Sentencia de 30 de octubre del 2014.

112 Sentencia de 30 de diciembre del 2014.

El primer requerimiento fue rechazado por 6 votos contra 4. El segundo, rechazado por 5 votos contra 4, mientras que el tercero fue acogido 5 votos contra 4. En la primera sentencia votaron por rechazar los Ministros Vodanovic, Peña, Carmona, Fernández, García y Hernández, y la disidencia, los Ministros Bertelsen, Aróstica, Romero y Brahm. La segunda sentencia fue suscrita por los Ministros Peña, Carmona, Fernández, García y Hernández, y la disidencia por los Ministros Bertelsen, Vodanovic, Romero y Brahm, ausentándose el Ministro Aróstica. Dos meses más tarde, el tercer requerimiento fue acogido por los Ministros Bertelsen, Peña, Aróstica, Romero y Brahm, y el voto de la disidencia correspondió a los Ministros Carmona, Fernández, García y Hernández. En esta ocasión no concurrió al voto el Ministro Vodanovic. Como puede apreciarse, en las tres sentencias se mantuvieron por el rechazo los Ministros Fernández, Carmona, García y Hernández, y por acoger los Ministros Bertelsen, Romero y Brahm. La diferencia de votación e incluso de resultado se explica en parte por las ausencias de los Ministros Vodanovic y Aróstica, y además porque el primero tiene votos diversos en las dos causas en las que concurre y la Ministra Peña en una de ellas¹¹³.

Las discrepancias al interior del Tribunal se enfocaron, entre otras, en torno a la naturaleza puramente negativa de la jurisdicción de inaplicabilidad, en la creación de derechos procesales no consagrados en la Constitución y en el concepto de igualdad en materia de derechos procesales.

Los Ministros que en las tres causas votaron por rechazar el requerimiento razonaron, en primer lugar, que no le correspondía al Tribunal Constitucional ni “crear” ni “otorgar” recursos procesales, ya que, en su parecer, es el legislador quien debe ponderar el impacto que los mecanismos de impugnación generan en el sistema¹¹⁴. A juicio de estos sentenciadores, los requerimientos buscaban crear un legitimado activo no previsto por el legislador en la configuración del recurso de apelación¹¹⁵, en circunstancias que no le correspondía al Tribunal crear derechos y de que existen fundamentos de legalidad y eficiencia para que sólo el Ministerio Público pueda apelar¹¹⁶. En cambio,

113 Las diferencias en la posición de estos Ministros, parece responder a una calificación de los hechos de las gestiones pendientes que fundaron cada requerimiento. En particular, resultaba relevante en uno de los casos discernir si la norma tenía el carácter de decisiva y en el otro, el tipo de prueba excluida.

114 Tribunal Constitucional, Rol N° 2323, op.cit., considerando 7°; y Rol N° 2628, op.cit., considerando 34° de la disidencia.

115 Tribunal Constitucional, Rol N° 2323, op.cit., considerando 7°; y Rol N° 2628, op.cit., considerando 22° de la disidencia.

116 Tribunal Constitucional, Rol N° 2628, op.cit., considerando 23° de la disidencia.

los Ministros que decidieron acoger el requerimiento en las tres causas, razonaron que con ello no se estaba creando un recurso no contemplado en la legislación, pues si bien dicho medio de impugnación en contra del auto de apertura del juicio oral existe, su interposición se encuentra reservada a uno de los intervinientes y solo para ciertos supuestos, lo que conlleva –razonaron– una diferencia de trato carente de justificación y atentatorio de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de igual protección en el ejercicio de los derechos¹¹⁷.

En cuanto a la conceptualización de la igualdad procesal para un justo y racional procedimiento, los Ministros que rechazaron los requerimientos tuvieron en cuenta que el recurso de apelación contemplado en el Código Procesal Penal es excepcional, y que sólo la ley puede definir su ámbito de procedencia¹¹⁸. En segundo lugar, la garantía de la presunción de inocencia del imputado lo liberaría a éste de toda carga probatoria, la que recaería enteramente sobre el Ministerio Público, quedando el primero, en consecuencia, encargado únicamente de su defensa¹¹⁹. Asimismo, tuvieron en cuenta que el debido proceso no envolvería el derecho a un recurso específico. Finalmente en este caso, al existir otros recursos de los cuales el imputado se podría valer, como el de nulidad en contra de la sentencia definitiva¹²⁰, resolvieron rechazar los requerimientos. En cambio, quienes estuvieron por acoger los requerimientos, centraron su argumentación en la exigencia de igualdad de armas existente entre las partes para asegurar un procedimiento racional y justo¹²¹. Para este voto, la discusión radicó en determinar si se justificaba o no conceder a una sola parte el recurso de apelación en el proceso penal¹²², resultándoles irrelevante tanto que el recurso de apelación sea excepcional dentro del proceso penal, como que el Ministerio Público y el imputado tengan roles diversos, concibiendo el proceso como uno regido por el principio de contradictoriedad, lo que impediría quebrantar la igualdad frente a la posibilidad

117 Tribunal Constitucional, Rol N° 2628, op.cit., considerando 19°.

118 Tribunal Constitucional, Rol N° 2323, op.cit., considerando 5°; y Rol N° 2628, op.cit., considerando 21° de la disidencia.

119 Tribunal Constitucional, Rol N° 2323, op.cit., considerando 8°; y Rol N° 2628, considerando 28° de la disidencia.

120 Tribunal Constitucional, Rol N° 2323, considerando 23°; Rol N° 2628, op.cit., considerando 34° de la disidencia.

121 Tribunal Constitucional, Rol N° 2323, considerando 7° de la disidencia; Rol N° 2628, op.cit., considerando 6° y 16°.

122 Tribunal Constitucional, Rol N° 2323, op.cit., considerando 8° de la disidencia.

de impugnación¹²³. Subrayaron el valor de la presunción de inocencia como exigencia de cualquier procedimiento racional y justo, lo que, en su parecer, prohíbe el trato desigual para el imputado en relación a la presentación de pruebas, su impugnación y los recursos ante decisiones en esta materia¹²⁴. Finalmente, estimaron que la posibilidad de interponer el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva no sería remedio suficiente para compensar la desigualdad que suscitaría el precepto legal impugnado¹²⁵.

Como puede apreciarse del análisis que antecede, lo que resulta debatido y no queda establemente determinado es, en primer lugar, el alcance del carácter puramente negativo de la inaplicabilidad. La pregunta es si un recurso de inaplicabilidad, para salvar una posible desigualdad consagrada por el legislador puede o no conferir un derecho (procesal en estos casos) no consagrado por el legislador. Asimismo, y como puede apreciarse, parecen cruzarse concepciones diversas acerca de la exigencia de igualdad en el proceso penal, al parecer fuertemente motivadas por entendimientos diversos acerca de los derechos y funciones de las partes en esa clase de juicios.

2.6. Derecho constitucional de la víctima para ejercer la acción penal con independencia del Ministerio Público.

En la causa Rol 2561¹²⁶, los requirentes impugnaron el precepto legal del Código Procesal Penal que permite al Ministerio Público no perseverar en el procedimiento por no haberse reunido suficientes antecedentes durante la investigación, disposición que infringiría el derecho a un justo y racional procedimiento, consagrado en el inciso sexto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución.

El requerimiento fue rechazado al verificarse un empate de votos. Por rechazar estuvieron los Ministros Peña, Carmona, Fernández, García y Hernández, y por acoger Bertelsen, Vodanovic, Aróstica, Romero y Brahm.

La discusión se centró, al igual que en los casos antes referidos, en el reconocimiento de un derecho constitucional de la víctima a la acción penal.

Quienes votaron por rechazar, aseveraron que “*el constituyente decidió de manera clara e inequívoca entregar el monopolio investigativo del proceso penal*

¹²³ Tribunal Constitucional, Rol N° 2323, op.cit., considerando 19° de la disidencia.

¹²⁴ Tribunal Constitucional, Rol N° 2323, op.cit., considerandos 21° y 22° de la disidencia; Rol N° 2615, op.cit., considerando 6° del voto disidente.

¹²⁵ Tribunal Constitucional, Rol N° 2628, op.cit., considerando 20°.

¹²⁶ Sentencia del 30 de diciembre del 2014.

al Ministerio Público. (...) El hecho de que la persecución penal provenga de los órganos del Estado, explica que la víctima no pueda ocupar el mismo lugar ni el mismo rol que ocupa el Ministerio Público en el sistema. (...) De este modo, a pesar de que no son equivalentes con las facultades del Ministerio, se establecen facultades equiparables para que la víctima pueda hacer valer sus intereses en el proceso. Pero unas son potestades públicas, es decir, poderes jurídicos para imponer conductas, y los otros, derechos¹²⁷.

Quienes estuvieron por acoger el requerimiento argumentaron que la norma no satisfacía el mandato constitucional del inciso segundo del artículo 83¹²⁸, y concluyeron que “*existe un derecho constitucional del ofendido a ejercer la acción penal establecido especialmente por el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución (...) La pregunta central no puede consistir en determinar hasta dónde el legislador puede desconocer de modo relativo esa posición al establecer reglas cuya finalidad sea la de asegurar una posición prevalente para el Ministerio Público*”¹²⁹.

Una vez más, la manera de entender los derechos de las víctimas en el proceso penal para satisfacer la garantía de un justo y racional procedimiento parece dividir de modo estrecho al Tribunal Constitucional.

2.7. Tipicidad penal. ¿Cuán acabada debe ser la descripción legal?

En las causas Rol 2530¹³⁰ y 2615¹³¹, el Tribunal Constitucional se pronunció acerca de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que impugnaron

127 Tribunal Constitucional, Rol N° 2.561, op.cit., considerandos 21° y 28° del voto del rechazo.

128 Artículo 83.- *Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.*

El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.

El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso.

El ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen.”

129 Tribunal Constitucional, Rol N° 2.561, op.cit., considerando 14° del voto por acoger.

130 Sentencia de 21 de agosto del 2014.

131 Sentencia de 30 de octubre del 2014.

preceptos legales acusados de consagrar tipos penales sin determinar algunos de sus elementos, vulnerando así el principio de tipicidad penal reconocido en el inciso octavo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución.

En el primer caso se impugnó la norma del Código de Justicia Militar que sanciona como delito la divulgación de documentos secretos a “personas no autorizadas”, por contener en esta frase un elemento indeterminado del tipo. En el segundo, impugnaron el artículo del Código Penal que tipifica la trata de personas, cuya frase “esclavitud o prácticas análogas” sería de tal amplitud que infringiría el principio antes descrito.

Ambos requerimientos fueron rechazados por 5 votos contra 4. A la primera sentencia concurrieron los Ministros Peña, Carmona, García, Hernández y Romero, y en la disidencia, los Ministros Bertelsen, Vodanovic, Aróstica y Brahm, ausentándose el Ministro Fernández. En la segunda, resolvieron los Ministros Peña, Carmona, Fernández, García y Hernández y disintieron los Ministros Bertelsen, Vodanovic, Romero y Brahm, no concurriendo esta vez el Ministro Aróstica.

Las diferencias al interior del Tribunal se centraron en el grado de precisión exigible a la descripción legal del tipo. De modo análogo a lo anotado en materia de legalidad tributaria, en la determinación de los niveles de exigencia, parecen enfrentarse una lectura más extensiva de la Carta Fundamental, con otra más restrictiva y deferente con el legislador.

Los Ministros que rechazaron el requerimiento en contra de la regla del Código de Justicia Militar, razonaron que la expresión “personas no autorizadas” constituye un elemento de la antijuridicidad incorporado al tipo, que necesariamente requiere interpretación del juez para establecer la adecuación típica de la conducta, estimando que *“para que la existencia de elementos normativos vulnere el principio de tipicidad se requiere una vaguedad extensional que impida al juez, en el caso concreto, la determinación de un núcleo fundamental de lo prohibido por la ley. En la norma requerida, es posible determinar para el intérprete del artículo 255 del Código de Justicia Militar un bien jurídico protegido por el delito, y con ello su sentido, extensión y alcance”*¹³². En la sentencia que rechazó el requerimiento en contra del precepto del Código Penal, los mismos Ministros –salvo el Ministro Romero, quien votó por acoger– resolvieron que no contiene una integración analógica de la ley, sino que contempla un elemento normativo del tipo, a saber, el concepto de *“esclavitud o prácticas análogas a*

¹³² Tribunal Constitucional, Rol N° 2530, op.cit., considerando 10°.

ésta”, para cuya definición y conceptualización concreta viene en auxilio del juez todo el ordenamiento jurídico nacional, y los tratados internacionales sobre la materia ratificados por Chile¹³³.

Los Ministros de la disidencia en la causa del precepto del Código de Justicia Militar, argumentaron para acoger que *“el precepto impugnado no contiene los lineamientos básicos de un elemento esencial del tipo. Dicho carácter tiene la comunicación a personas no autorizadas para ello de ciertos documentos secretos que interesen a la defensa nacional o seguridad de la República. Es tan evidente el aserto que la comunicación de tales documentos a personas autorizadas para ello, simplemente hace desaparecer el delito. ¿Cómo no va a resultar determinante y básico que la ley establezca quiénes son las personas no autorizadas para recibir las aludidas comunicaciones?”*¹³⁴. En cuanto al rol interpretativo del juez, en ambos requerimientos los mismos Ministros cuestionaron que sea el juez penal quien esté llamado a crear derecho, estableciendo a su arbitrio el contenido de un factor esencial del tipo. *“En tal sentido, la utilización del bien jurídico protegido, como guía de interpretación de la norma penal, no puede suplantar la descripción clara, patente y especificada de la conducta incriminada”*¹³⁵. En la inaplicabilidad de la norma penal, estos Ministros razonaron que *“la ejecución de un hecho similar o análogo a otro nada califica y, más bien, implica la conducta misma”*¹³⁶.

Las diferencias, alcanzadas por estrecho margen, denotan así una lectura distinta acerca de la intensidad de la exigencia de que el tipo quede descrito en la ley.

2.8. Ponderación del derecho a la educación con la libertad de enseñanza.

En la causa Rol 2.731¹³⁷, y como lo señalamos a propósito de los derechos de propiedad en el numeral 2.3., que antecede, el Tribunal Constitucional conoció el requerimiento parlamentario que impugnó la constitucionalidad de varios preceptos legales contenidos en el proyecto de ley que creó la figura del Administrador Provisional en establecimientos educacionales. Además de impugnar algunos preceptos en razón de infringir el derecho de propiedad, se reclamó como infringida la libertad de enseñanza.

¹³³ Tribunal Constitucional, Rol N° 2615, op.cit, considerando 4° y 28°.

¹³⁴ Tribunal Constitucional, Rol N° 2530, op.cit., considerando 2° del voto disidente.

¹³⁵ Tribunal Constitucional, Rol N° 2530, op.cit., considerando 5° del voto disidente; y Rol N° 2615, op.cit., considerando 16° del voto disidente.

¹³⁶ Tribunal Constitucional, Rol N° 2615, op.cit., considerando 17° del voto disidente.

¹³⁷ Sentencia del 26 de noviembre del 2014.

De las 10 decisiones adoptadas en esta causa, 7 de ellas abordaron preceptos legales acusados de vulnerar la libertad de enseñanza¹³⁸. Cuatro de los requerimientos parlamentarios fueron rechazados 6 votos contra 4, en tanto 3 de ellos fueron rechazados por empate de 5 votos, dirimiendo por el rechazo el Presidente. En las 4 decisiones rechazadas 6 a 4 suscribieron el voto desestimatorio los Ministros Vodanovic, Carmona, Fernández, García, Hernández y Romero, y en la disidencia los Ministros Bertelsen, Peña, Aróstica y Brahm. En las 3 empatadas estuvieron por el rechazo los mismos ya anotados, menos el Ministro Romero, que en estos casos se sumó a quienes estuvieron por acoger.

La discusión entre ambos votos se centró en el sentido y alcance de la libertad de enseñanza, y en la manera de armonizarlo con el derecho a la educación.

Para los Ministros que resolvieron rechazar las impugnaciones de los parlamentarios, ambos derechos “constituyen ámbitos distintos pero intrínsecamente vinculados y representativos de un complejo conjunto de derechos, reconocidos en el artículo 19, numerales 10° y 11°, del texto fundamental”¹³⁹. Estos Ministros consideraron que el derecho a la educación abarca los deberes estatales de la libertad de enseñanza. En este sentido, el derecho a recibir educación y el derecho a otorgar educación convergen en la libertad de enseñanza, en la medida que *“se reconoce a todas las personas el derecho a otorgar educación. Este derecho abierto a todos, de ofrecer y poner a disposición de la población los procesos educativos, es parte del reconocimiento que la propia Constitución auspicia al indicar que ‘es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación’”*¹⁴⁰. En segundo lugar, estos Ministros argumentaron que para ejecutar el derecho a la educación, la intervención estatal mediante regulación legal es necesaria y esperable, toda vez que *“la finalidad de mejorar la calidad de la educación es claramente una finalidad que legítimamente puede perseguir el legislador (...) Existe una configuración de la libertad de enseñanza y no una restricción a ella, si estamos en presencia de una regulación general, que afecta a todos los participantes de la educación formal, reconocida oficialmente”*¹⁴¹.

138 Se trató de decisiones respecto a los artículos 4°, 6°, 10, 11, 13, 17 y 20 del proyecto.

139 Tribunal Constitucional, Rol N° 2731, op.cit., considerando 16°.

140 Tribunal Constitucional, Rol N° 2731, op.cit., considerando 18°.

141 Tribunal Constitucional, Rol N° 2731, op.cit., considerando 41°.

En la disidencia por acoger, los Ministros Aróstica y Brahm estimaron que *“es impropio contraponer el derecho a la educación de los estudiantes para justificar un cercenamiento a la libertad de enseñanza. De donde se sigue que no cabe ponderar cuál debería primar, en una supuesta colisión entre ambos. La Constitución chilena no permite al Estado preterir ningún derecho a favor de otro que sería superior, comoquiera que todos ellos deben regir en plenitud y ser conjuntamente respetados y promovidos por los competentes órganos legislativos y jurisdiccionales”*¹⁴². Por su parte, el Ministro Romero en voto particular razonó de modo diverso para arribar a igual resultado, exigiendo más precisión que la contenida en el proyecto a los preceptos limitativos de derechos constitucionales. En sus palabras: *“dada la especial protección constitucional existente [a la libertad de enseñanza del artículo 19 N° 11 CPR], las interferencias públicas en el derecho a organizar requieren de especificidad y precisión, además de resguardos en cuanto al control de las mismas. Los resguardos en términos del alcance y control de la intervención no descartan que en el diseño regulatorio puedan existir espacios de discrecionalidad (lo que puede ser en algunos casos razonable y, hasta cierto punto, inevitable). Sin embargo, dichos espacios de discrecionalidad, así como, en general, el grado de intensidad de la intervención, deben ser acotados (en tiempo y forma) de modo de no desnaturalizar el mencionado derecho y quedar, en definitiva, al arbitrio de la autoridad”*¹⁴³.

Como puede apreciarse, una mayoría estrecha se impone a una minoría numerosa aunque dispersa, para entender el derecho a la educación como un concepto amplio que habilita al Estado a una regulación más o menos intensa de la libertad de enseñanza.

¹⁴² Tribunal Constitucional, Rol N° 2731, op.cit., párrafo primero del voto de los Ministros Aróstica y Brahm.

¹⁴³ Tribunal Constitucional, Rol N° 2731, op.cit., considerando 3° del voto del Ministro Romero.

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA TRIBUTARIA

Francisco Saffie G.¹

Resumen

En este capítulo se analiza la discusión sobre la constitucionalidad de la reforma tributaria que tuvo lugar durante la tramitación de dicha reforma en el año 2014. En particular, se revisan de manera crítica los argumentos que se ofrecieron para sostener la inconstitucionalidad tanto del llamado sistema de renta atribuida, como de las nuevas potestades fiscalizadoras que se le reconocen al Servicio de Impuestos Internos mediante el establecimiento de una cláusula general antielusión. Se descartan esos argumentos porque, a juicio del autor, la Constitución no contiene –como tampoco otras normas de rango constitucional– un detalle de la política tributaria, ni de las formas jurídicas que puede adoptar dicha política, como suponen los argumentos de inconstitucionalidad que se dieron.

Introducción

La Ley N° 20.780, publicada en el Diario Oficial el 29 de septiembre de 2014, contiene la reforma tributaria más importante que se haya hecho en Chile desde 1990. Se trata de una reforma relevante tanto por su finalidad económica –aumentar la recaudación en tres puntos porcentuales del PIB y así llegar a una cifra cercana al 22% de recaudación– como por las nuevas formas jurídicas que se incorporaron a la legislación tributaria. Esta reforma se planteó como la primera de tipo estructural del segundo gobierno de la Presidenta Bachelet propuesta y justificada tanto por razones de justicia (una mayor búsqueda de igualdad en la distribución del producto social) como por razones

¹ Profesor de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez.

de sana política fiscal (financiar los gastos permanentes que supondría la reforma educacional comprometida en el programa de gobierno, con ingresos, también, permanentes). Durante el proceso de discusión legislativa de esta reforma, surgieron voces que intentaron argumentar la inconstitucionalidad de dos aspectos de ella: (i) el llamado sistema de renta atribuida y (ii) la cláusula general antielusión.

Si bien un acuerdo político, que hizo viable la aprobación de la reforma, evitó que la constitucionalidad de estos aspectos se discutieran mediante control preventivo en el Tribunal Constitucional, conviene revisar esta cuestión no solo por el interés que en sí mismo tiene, sino también porque esta discusión quizá sea una de las mejores demostraciones de cómo algunos pretenden ver que la Constitución contiene decisiones detalladas de política (en este caso, de política tributaria) aun cuando se trate de los pocos asuntos relevantes para la actividad del Estado en las que no existe un amarre institucional. Para estos efectos, en la segunda parte de este artículo se revisan los propósitos y las principales características de la reforma en lo que dice relación con la tributación de la renta de primera categoría según el llamado sistema atribuido, y con las potestades de fiscalización que confiere al Servicio de Impuestos Internos (en adelante, “SII”) la cláusula general antielusión. En la tercera parte, se revisa la discusión sobre la constitucionalidad de la reforma. En la cuarta parte y final, se ofrecen algunas conclusiones.

1. Los propósitos de la reforma tributaria

Contra lo que se argumentó por quienes se oponían a la reforma tributaria, ésta no implicó un gran cambio en la ortodoxia económica que prima en Chile. Es más, los principios económicos en los que se fundó la reforma tributaria, en particular respecto del impuesto a la renta, como se verá más adelante, son los mismos en que se sustentaba “el sistema del FUT [Fondo de Utilidad Tributaria]”². Lo que sí cambió es la comprensión política en la que descansa la visión económica que se tiene de los impuestos: de verlos como un robo a entenderlos como deberes ciudadanos (en este caso pensando en aumentar la recaudación fiscal para financiar gastos permanentes con

2 Para una descripción de los propósitos de la reforma tributaria que dio origen a ese sistema, véase Cheyre, Hernán, “Análisis de las reformas tributarias en la década 1974-1983”, en *Estudios Públicos*, 21, 1986.

ingresos permanentes)³. Así, podría interpretarse que la idea detrás de la reforma tributaria fue hacer efectivo el principio característico del impuesto a la renta moderno, según el cual cada ciudadano debe contribuir conforme a su capacidad contributiva. Esto supone resolver dos problemas característicos del sistema tributario chileno antes de la reforma de la Ley N° 20.780: (i) que el impuesto a la renta no privilegie a quienes tienen rentas del capital por sobre quienes tienen rentas del trabajo como empleados (esto es, hacer efectiva la progresividad que supone el impuesto a la renta, dejando atrás la idea de que el impuesto no se aplica mientras las rentas están “ahorradas o invertidas” a través de empresas); (ii) asegurarse de que los contribuyentes paguen los impuestos que les corresponden por ley (esto es, evitar la elusión y la evasión tributaria).

Si se toma en consideración lo anterior, el sistema atribuido de impuesto a la renta debería interpretarse como un intento por dar respuestas a los dos problemas identificados, sin renunciar a algunas ideas económicas imperantes sobre los impuestos. Así, el sistema busca cobrar impuestos por todas las rentas económicas que directa o indirectamente les corresponden a los dueños de las empresas, en el año en que se generan esas rentas (evitando que el pago de los impuestos que corresponden a esas rentas se posponga indefinidamente mientras no se distribuyan esas utilidades desde las empresas). Las ideas económicas imperantes que se mantienen en el sistema son las siguientes:

- (i) se baja la tasa máxima del impuesto global complementario, que grava el total de las rentas de las personas naturales, de 40% a 35% (pero se estimó que la recaudación aumentaría porque aumentaba la base sobre la que se cobran impuestos, i.e. se incluyen todas las rentas generadas por las empresas en el año en que se generan⁴);
- (ii) se disminuye la brecha entre el adelanto que pagan las empresas (aumentando el impuesto de primera categoría a 25%) y la tasa máxima que corresponde a las personas naturales (35%, para no generar incentivos a la elusión a través de “empresas de papel”); y,

3 En este artículo el objetivo no es ofrecer una justificación para el aumento del gasto público, sino que la preocupación es por los fundamentos que explican porqué la reforma se hizo de la forma en que se hizo.

4 Este punto podría perder su fuerza desde que el protocolo de acuerdo que sirvió de base para la aprobación de la reforma tributaria incorporó un sistema alternativo de tributación con impuesto a la renta, i.e. el sistema de imputación parcial de crédito o semi-integrado.

(iii) el sistema atribuido conserva la idea de integración de los impuestos (vale decir, que los únicos contribuyentes de los impuestos son las personas naturales y no las empresas) reconociendo un crédito por el total de los impuestos pagados por las empresas a sus dueños (para evitar lo que podría considerarse “doble tributación económica”).

Lo novedoso, en consecuencia, no son las ideas económicas (sobre incidencia y efectos de los impuestos) que justifican el sistema atribuido, sino la forma de cobrar los impuestos siguiendo esas ideas económicas. Esto además, es novedoso para el sistema tributario chileno, pero no lo es en otros sistemas comparados en que se recurre a estas ideas para el cobro de los impuestos a la renta⁵.

Por su parte, la cláusula general antielusión busca dar respuesta al problema del incumplimiento de la ley mediante conductas elusivas. Se trata de un conjunto de normas que no buscan sancionar a los contribuyentes, ni conferir “potestades exorbitantes” al SII, sino de cobrar los impuestos que según la ley deben pagarse. Este tipo de cláusulas está ampliamente recogido en las legislaciones comparadas, tanto en la tradición anglosajona como en la continental⁶, y se entiende que son una condición básica para la interpretación y aplicación de la ley. Se trata, en consecuencia, de una modificación que debería cambiar la cultura legal chilena, acostumbrada a dejar sin aplicación la ley al interpretarla lo más literal y formalmente posible.

I.I. Las nuevas formas jurídicas: el sistema integrado y la cláusula general antielusión

I.I.I. El sistema integrado de impuesto a la renta o la llamada renta atribuida

Si tomamos en consideración lo que hasta aquí se ha dicho respecto de los fundamentos de la reforma tributaria, se puede simplificar la comprensión de la forma jurídica que se le dio a la renta atribuida. Recordemos que el propósito de este sistema es que los contribuyentes de los impuestos finales⁷, tributen

5 Más allá de las diferencias propias de cada sistema jurídico, esta es la forma en que se cobran impuestos a los dueños de sociedades de personas en casi todos los países desarrollados. En Estados Unidos, estas ideas se aplican también respecto de los accionistas de un determinado tipo de sociedades anónimas formadas exclusivamente por personas naturales (las S Corporations).

6 Este tipo de normas existe en países tales como Alemania, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Holanda, Perú y Reino Unido, entre otros.

7 Esto es, los contribuyentes de los impuestos global complementario o adicional.

conforme al total de las rentas del capital generadas a nivel de las empresas que les pertenecen, directa o indirectamente, en términos económicos⁸. En términos jurídicos, se estableció un sistema electivo⁹ de atribución donde las rentas de las empresas, en el año en que se generan, pasan a formar parte de la base imponible de los impuestos que se aplican a los dueños de esas empresas, con independencia de la decisión de retirar, distribuir o remesar esas utilidades. La forma de determinar esa atribución de rentas queda entregada a los propios dueños de las empresas, quienes fijarán su posición relativa¹⁰ en la atribución para efectos de la aplicación de los impuestos global complementario o adicional. Para el pago de esos impuestos, los contribuyentes podrán usar como crédito el 100% del impuesto de primera categoría pagado por la(s) empresa(s) desde la que se hace(n) la(s) atribución(es)¹¹. En general, en este sistema el impuesto de primera categoría adelantado a nivel de las empresas será suficiente para satisfacer el pago del impuesto global complementario¹².

Una situación simple de atribución de rentas sería aquella en que una persona natural tiene participación directa en una estructura societaria en cascada. En esa situación, el contribuyente deberá pagar impuesto global complementario por las utilidades que directamente se le atribuyan en esa empresa y por las utilidades que indirectamente se le atribuyan porque se atribuyeron directamente por terceros a la sociedad en que participa. Esa persona, en consecuencia, deberá tributar por el total de las rentas, que se le atribuyan directa o indirectamente en esa cadena de sociedades conforme a su posición relativa (según el acuerdo de distribución o su participación en el capital efectivo) en la sociedad en que participa directamente y según la posición relativa que aquellas sociedades en que participa indirectamente, tengan directamente en otras sociedades.

8 Este régimen entrará en vigencia a contar del año tributario 2018.

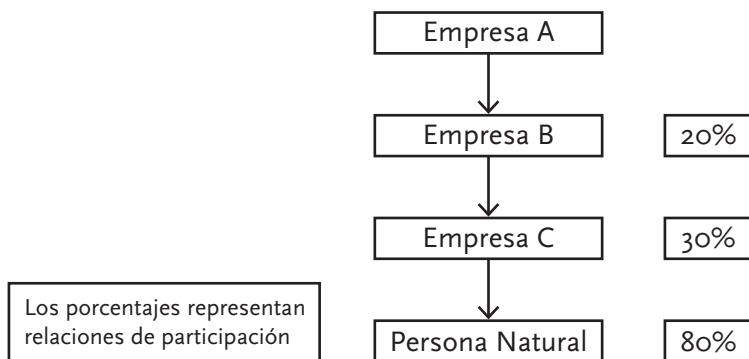
9 Los contribuyentes deberán optar, dentro de los plazos que establece la ley, por este sistema o por el sistema semi-integrado de impuesto a la renta. En el sistema atribuido la tasa progresiva máxima del impuesto global complementario es de 35% por lo que en la práctica el impuesto de primera categoría (con tasa proporcional de 25%) que se paga como adelanto, debería cubrir el total del impuesto a pagar. En el sistema semi-integrado, la tasa progresiva máxima del impuesto global complementario es de 44.45% porque sólo se reconoce una parte del impuesto de primera categoría (con tasa proporcional de 27%) como crédito.

10 Esa posición relativa se puede fijar ya sea por acuerdo de los propios socios o por la participación en el capital efectivo de las empresas que tengan los socios.

11 Ver los nuevos artículo 2°, número 2, párrafo segundo, y artículo 14 (en especial la letra A) de la Ley sobre Impuesto a la Renta).

12 Esto se produce por lo descrito antes en la nota 9.

Lo anterior se grafica de la siguiente forma:



En este caso, la persona natural que se encuentra al término de la estructura societaria en cascada, deberá tributar por aquellas utilidades que directamente le sean atribuidas desde la empresa C y por aquellas que indirectamente le sean atribuidas desde las empresas A y B.

En consecuencia, en este caso de atribución, asumiendo que se atribuye conforme a la participación en el capital efectivo, la persona natural tendrá que pagar por el 80% de las utilidades propias de la empresa C, el 80% del 30% de las utilidades de la empresa B, y el 80% del 30% del 20% de las utilidades de la sociedad A. De esta forma, el total de las utilidades generadas en las empresas A, B y C será atribuida a una (o más) persona(s) natural(es) contribuyente(s) del impuesto global complementario (o del impuesto adicional) en el año en que se generaron, conforme a las posiciones relativas que para estos efectos declaren ante el SII¹³.

1.1.2. La cláusula general antielusión

La elusión es problemática porque se trata de una forma en que los contribuyentes (y sus asesores legales) dejan sin aplicación la ley a pesar de cumplir con su letra. Esta práctica actualmente descansa en una interpretación formal y literal de las normas legales en materia tributaria. La función o propósito de una cláusula general antielusión consiste, por el contrario, en exigir que en la interpretación y aplicación de la ley tributaria se considere su espíritu o substancia. En este sentido, la cláusula general antielusión busca asegurar

¹³ La forma de realizar esta atribución y el mecanismo de registros que cada empresa deberá llevar para estos efectos, está contenido en el nuevo artículo 14 letra A), números 3 y 4 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

que se cumpla con lo que establece la ley¹⁴. No se trata, contra lo que se sostuvo durante la tramitación de la reforma tributaria, de una norma que busque sancionar a los contribuyentes ni de una norma que le confiera al SII potestades para crear impuestos. Por el contrario, se trata de una norma que busca asegurar el principio de legalidad en materia tributaria desde dos perspectivas: (i) le exige a la administración tributaria velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley; y (ii), impide que la voluntad de los contribuyentes sea la que determine en qué condiciones y circunstancias surgen las obligaciones tributarias¹⁵.

Para efectos de la aplicación de la cláusula general antielusión, se entiende que existe elusión cuando se presentan casos que pueden ser catalogados como abuso de las formas jurídicas o simulación. El abuso de esas formas se caracteriza porque los actos jurídicos o negocios que realizan los particulares tienen como consecuencia una disminución de la carga tributaria producto de un uso abusivo de la ley¹⁶. Por ello, al mismo tiempo, se reconoce que no existe abuso mientras los particulares disminuyan su carga tributaria conforme a las alternativas que reconoce la *ley tributaria*¹⁷. La simulación, en cambio, se caracteriza porque los contribuyentes esconden las operaciones que realizan “disfrazándolas”¹⁸. En ambos casos se busca que se apliquen los impuestos que legalmente corresponden a las operaciones que, según la realidad económica y jurídica, realizaron las partes. Además, la ley condiciona la aplicación de estas normas a aquellos casos en que las diferencias de impuestos que el SII determine provisoriamente superen el equivalente a 250 UTM¹⁹.

En resumen, la cláusula general antielusión solo puede aplicarse a los casos que califiquen como abuso de las formas jurídicas o simulación. En ninguna circunstancia es una norma diseñada para sancionar a los contribuyentes que cometen errores en sus declaraciones de impuestos²⁰. Es más, los

14 Estas normas estarán vigentes a contar de octubre de 2015.

15 Así queda establecido en el nuevo artículo 4° bis del Código Tributario.

16 Véase el nuevo artículo 4° ter del Código Tributario.

17 Como sería por ejemplo la disminución de la carga tributaria que resulta de acogerse a un beneficio establecido en la ley, v.gr. aprovechar el tratamiento privilegiado que se da a la explotación de los DFL 2 o el tratamiento privilegiado del mercado de capitales cumpliendo las condiciones establecidas en la ley.

18 Véase el nuevo artículo 4° quater del Código Tributario.

19 Según lo establecido en el nuevo artículo 4° quinquies del Código Tributario.

20 Se establece, sin embargo, una sanción de multa con tope de 100 UTA para quienes hayan diseñado o planificado los actos que constituyen abuso o simulación (nuevo artículo 100 bis del Código Tributario).

contribuyentes que tengan dudas respecto de la aplicación de estas normas en un caso particular, pueden consultar de manera anticipada al SII proporcionando la información detallada del conjunto de operaciones jurídicas y económicas que piensan realizar²¹.

En cuanto al procedimiento de aplicación de estas normas, la ley establece que en aquellos casos en que el SII detecte que existe elusión, el Director Nacional deberá solicitar la declaración de elusión a los Tribunales Tributarios y Aduaneros (en adelante, “TTA”)²². En ese procedimiento corresponderá al SII probar la existencia del abuso o la simulación.

En definitiva, la cláusula general antielusión modifica la técnica legislativa usada hasta hoy para combatir la elusión. Con estas normas se busca que la ley tributaria tenga aplicación en el tiempo y que no quede rápidamente sin aplicación a través de las nuevas posibilidades de elusión que creen los particulares. Esto se logra al reconocer que el derecho tributario tiene substancia, y que esa substancia debe ser aplicada por los TTA a solicitud del Director Nacional del SII en los casos en que se detecten situaciones de elusión.

2. La discusión constitucional sobre la reforma tributaria

2.1. Argumentos para la inconstitucionalidad

Para revisar los argumentos que se dieron sobre la inconstitucionalidad de los aspectos de la reforma tributaria que aquí interesa, presentaré por separado aquellos que se dirigieron contra el sistema de renta atribuida y luego los que se dieron contra la cláusula general antielusión. Antes de dar cuenta de esos argumentos, sin embargo, esbozaré lo que parece ser la aproximación común en ambos casos: una especie de constitucionalización de una política tributaria contenida en normas de rango legal.

2.1.1. El denominador común de los argumentos para la inconstitucionalidad

Si bien los argumentos que se dieron a favor de la inconstitucionalidad de la reforma tributaria buscaron atacar por separado el nuevo régimen de tributación del impuesto a la renta y las nuevas facultades de fiscalización que se dieron al SII, ambas estrategias compartían la idea de que la Constitución

21 Véase el nuevo artículo 26 bis del Código Tributario.

22 Véanse los nuevos artículos 4° quinquies y 160 bis del Código Tributario.

contendría una decisión respecto de la política tributaria. Esa decisión constitucional sería equivalente a las decisiones legales que se tomaron a mediados de los ochenta, vale decir, que las decisiones legales contenidas en la ley de la renta sobre la forma en que se cobran los impuestos y la decisión legal de no establecer una cláusula general antielusión en el Código Tributario, tienen rango constitucional.

2.1.2. Argumentos sobre la inconstitucionalidad del sistema de renta atribuida.

Varios y muy reputados abogados de la plaza dieron a conocer su punto de vista para sostener la inconstitucionalidad del sistema de renta atribuida. Esos puntos de vista nunca se expusieron como argumentos completos, con el nivel de detalle que una discusión así requiere, pero sí se dejaron conocer a través de la prensa. Se trató de argumentaciones que iban desde que se trataría de un invento chileno hasta que se vulneraría la comprensión jurídica de separación de patrimonios derivada de la teoría de la personalidad jurídica, que permite distinguir entre las sociedades y sus dueños.

Así, por ejemplo, según informa la prensa de la época, Ricardo Escobar (abogado tributarista y exdirector del SII) llegó a sostener que el sistema de renta atribuida tenía “un fuerte riesgo de inconstitucionalidad, ya que significa exigirle a un contribuyente que tribute por una renta que no es la suya [...] imponer un impuesto sobre una renta aún no percibida vulnera la Constitución”²³. El mismo argumento fue construido por otro destacado abogado, José María Eyzaguirre García de la Huerta, en una columna de opinión publicada en *El Mercurio*²⁴. Según Eyzaguirre la renta atribuida sería inconstitucional porque no correspondía a las definiciones de renta devengada o renta percibida, establecidas en la Ley de Impuesto a la Renta. Finalmente, Arturo Fernandois, también en *El Mercurio*²⁵, sostuvo que la renta atribuida afectaba el derecho constitucional de asociación. Esto, según Fernandois, porque, considerando que la renta atribuida hace transparente las estructuras societarias para hacer efectivo el cobro de impuestos a la renta a los dueños de las sociedades en un esquema de impuestos integrados, “para el más importante de los efectos tributarios –el pago de impuesto a la renta– la ley atribuirá una renta a las personas naturales que integran la agrupación, sea que la perciban

23 *La Tercera*, 4 de Junio de 2014, p. 30.

24 *El Mercurio*, 17 de Abril de 2014, p. A2.

25 *El Mercurio*, 26 de Abril de 2014, p. A2.

o no la perciban, sea que la sociedad haya decidido distribuirla o bien invertirla, capitalizarla o prestarla”.

2.1.3. Argumentos sobre la inconstitucionalidad de la cláusula general antielusión.

Los argumentos de inconstitucionalidad que se dieron contra la incorporación de la cláusula general antielusión al Código Tributario no dejan de llamar la atención, no solo por el bajo nivel de argumentación de quienes los han defendido, sino también porque el Consejo del Colegio de Abogados se manifestó al respecto²⁶, sin aludir a “cuestiones de mérito o conveniencia general” sino que sólo “motiva[dos] y un[idos] tan solo [por] la defensa del ejercicio de nuestra profesión”. El Colegio de Abogados estimó que la cláusula general antielusión entregaba facultades discrecionales al SII que afectaban el ejercicio de la profesión. Recientemente, la expresidenta del Colegio, Olga Feliú, ha vuelto a recordar estos argumentos y el resto de los esgrimidos para sostener la inconstitucionalidad de la cláusula general antielusión²⁷.

Los argumentos de inconstitucionalidad que afectarían a la cláusula general antielusión serían los siguientes: (i) afectación del principio de legalidad mediante la creación de hechos gravados por analogía; (ii) infracción al debido proceso por las nuevas facultades reconocidas al SII; (iii) vulneración del debido proceso por otorgar facultades discrecionales para declarar un acto como abusivo o simulado.

Según la señora Feliú todos estos problemas de constitucionalidad surgen porque las normas que configuran la cláusula general antielusión: (i) “se enfrenta con la infinidad de posibilidades de las personas que tiene derecho a desarrollar actividades económicas lícitas y, al hacerlo, un inmenso conjunto de opciones jurídicas para diseñar sus negocios y convenir con terceros”; y, (ii) “tampoco puede preterirse que la carga impositiva es un costo y que los costos influyen en la competitividad. En consecuencia, cuando se presenta una causa lícita de negocio no debiera existir reproche tributario en los términos de elusión”.

2.2. Porqué la reforma tributaria se enmarca en la Constitución

Para nadie parece ser un misterio que la Constitución confiere al legislador una amplia potestad tributaria. Según la Carta Fundamental, el legislador

²⁶ *Abogados.cl*, Declaración del H. Consejo del Colegio de Abogados relativa al Proyecto de Reforma tributaria, en aquellas materias que se estiman lesivas para los abogados, de miércoles 11 de junio de 2014.

²⁷ *El Mercurio*, 20 de Abril de 2015, p. B5.

tiene potestad para “imponer” y para “suprimir, reducir o condonar” tributos, determinando su “forma, proporcionalidad o progresión” (artículos 63.2 y 14, y artículo 65 inciso cuarto número 1). En el lenguaje del artículo 19, número 20, la Constitución asegura a todas las personas “la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley”. Esta potestad amplia para establecer tributos ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional²⁸. De esta manera, incluso ha sido reconocido por Fermandois, para quien la única limitación constitucional es que los tributos que establezca el legislador no sean manifiestamente “desproporcionados o injustos”²⁹.

En consideración a lo anterior, la única razón para que el sistema de renta atribuida no cumpliera con las condiciones establecidas en la Constitución es que el legislador no haya cumplido con el principio de legalidad en la definición de los hechos gravados. Pero esta condición sí fue satisfecha. La reforma tributaria incorporó una definición del nuevo hecho gravado “renta atribuida” al artículo 2 de la Ley de Impuesto a la Renta. En términos jurídicos, entonces, se cumplen con todas las condiciones de validez para la creación de un nuevo sistema de renta. Lo que queda para discutir, entonces, respecto del sistema de renta atribuida no es un tema jurídico sino que político.

En lo que dice relación con la cláusula general antielusión, en la discusión se olvida que interpretar y adjudicar en un caso concreto, teniendo en consideración elementos substantivos de la ley, no es equivalente a legislar por analogía. Quienes buscan la inconstitucionalidad de la cláusula general antielusión con este tipo de argumentos, confunden dos cuestiones: (i) la naturaleza del principio de legalidad en materia tributaria; y (ii) la función de las normas antielusión.

El principio de legalidad en materia tributaria se confunde con una comprensión ortodoxa del principio de legalidad en materia penal. La confusión radica en que el estándar es completamente distinto porque el derecho tributario no busca sancionar a nadie, ni menos como se ha escuchado últimamente “perjudicar” a nadie. Por el contrario, los impuestos suponen un esfuerzo colectivo para la consecución del bien común y el principio de legalidad busca que esa decisión sea de todos y que se oriente al interés general. De esta forma el principio de legalidad supone que los impuestos se crean por ley, pero no

28 Véase Tribunal Constitucional, Rol N° 773, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2011, y Rol N° 718, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2011.

29 *El Mercurio*, 26 de Abril de 2014, p. A2.

puede entenderse como un mandato que obliga a una interpretación formalista y literal de la ley.

Las normas antielusión se justifican, precisamente, como herramientas para que los ciudadanos cumplan con el principio de legalidad y para definir la forma en que la ley distribuye la carga tributaria entre ellos. Contra lo que se afirma, estas normas no confieren potestades para crear hechos imposables sino que buscan hacer cumplir la ley cuando ésta se intenta burlar en casos de fraude. Vale decir, las normas que especifican los casos de abuso y simulación buscan asegurar que el principio de legalidad también se aplique a los particulares. Al mismo tiempo, para contrarrestar posibles abusos de la administración, el proyecto establece un procedimiento judicial que busca asegurar que en el desempeño de su tarea el SII cumpla con la ley.

Estas normas se han vuelto necesarias porque en Chile la práctica tributaria se ha acostumbrado a que la fuente de la obligación ya no sea la ley sino la voluntad de los particulares que deciden cumplir o no con ella. La incorporación de estas normas al Código Tributario sólo confirma la función que por ley le corresponde al SII, esto es, velar por el cumplimiento del derecho tributario.

Por último, valga decir que cuando los abogados asesoran a sus clientes para cumplir la ley no puede haber “riesgo” al “no escoger el camino más gravoso”; el único camino posible (gravoso o no) es el que establece la ley.

2.3. ¿Qué supone sostener que la reforma tributaria es inconstitucional?

De lo hasta aquí analizado pareciera relativamente claro que, para sostener desde una perspectiva jurídica que la reforma tributaria adolece de vicios de constitucionalidad, se requieren argumentos distintos de los que se han dado. De lo anterior se sigue que, los argumentos sobre la inconstitucionalidad de la reforma descansan en dos posibles premisas: (i) que la Constitución contiene una decisión respecto del tipo de política tributaria que se puede adoptar, restringiendo las posibilidades de acción del legislador tributario; o (ii) que la Constitución se usa como amenaza de negociación en caso de que no se esté de acuerdo con la política que se busca implementar. Ambas premisas no son excluyentes, lo que hace que en muchos casos ambas concurren para intentar frenar los cambios legislativos que desde un punto de vista jurídico son perfectamente válidos.

3. Conclusiones

La discusión sobre la constitucionalidad de la reforma tributaria, como he podido esbozar en este trabajo, adoleció de todos los vicios propios de las discusiones sobre constitucionalidad que se presentan en nuestro país cuando se discute sobre constitucionalidad en abstracto. Esto es, se recurre a la constitución para intentar construir un argumento político con fuerza jurídica cuando no se tienen más posibilidades de acción en el ámbito propio del discurso político. El problema es que, en materia tributaria, quienes intentaron construir argumentos de inconstitucionalidad no contaban con políticas establecidas en leyes de quórum especiales, por ejemplo, o mediante cualquier otro mecanismo constitucional, lo que es –dada nuestra realidad constitucional– la mejor demostración que al menos en esta materia, la Constitución de 1980 dejó entregada al legislador la decisión sobre cuál es la política tributaria que puede desarrollar.

EL TERRORISMO ANTE EL DERECHO PENAL: LA PROPUESTA LEGISLATIVA DEL GOBIERNO COMO RETROCESO

*Juan Pablo Mañalich R.**

1. Introducción

Por mensaje de fecha 3 de noviembre de 2014, el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet hizo envío al Congreso Nacional de un proyecto de “Ley que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal” (Boletín N° 9692-07). El proyecto se encuentra, al 12 de abril de 2015, en la etapa del primer trámite constitucional, habiéndose recientemente aprobado, además, su refundición con el proyecto de ley que pretende sustituir el texto de la Ley N° 18.314 —actualmente vigente—, iniciado por moción de los senadores Espina, Allamand, Chahuán, García y Prokurica (Boletín N° 9669-07)¹.

En el mensaje que acompaña al proyecto del gobierno se sostiene que el “macizo y contundente” informe que fuera elaborado por una Comisión Asesora Ministerial (en adelante, “la comisión”), constituida por iniciativa del Ministro del Interior y que desarrolló su trabajo entre los meses de junio y septiembre del año pasado², habría representado “un insumo de indudable valor”

* Doctor en derecho, Universidad de Bonn (2008); licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (2004). Profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; jpmanalich@derecho.uchile.cl. El presente artículo se enmarca en el Proyecto Fondecyt N° 1140040, titulado “Terrorismo y democracia”, del cual la Prof. Dr. Myrna Villegas D. es investigadora responsable.

1 En sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, celebrada el 31 de marzo de 2015.

2 La comisión tuvo como coordinador a Juan Pablo Hermosilla O. y estuvo integrada, adicionalmente, por los abogados y académicos Enrique Aldunate E., Javier Couso S., Juan Pablo Cox L., Héctor Hernández B., María Inés Horvitz L., Juan Pablo Mañalich R. y José Ignacio Núñez L.

en cuanto a las “directrices básicas” que haría suyas el proyecto de ley en cuestión. Por supuesto, y como se hace explícito en el propio mensaje, las recomendaciones contenidas en el informe de la comisión de ninguna manera podrían reclamar ser vinculantes para el Ejecutivo; siquiera sugerir lo contrario supondría desconocer manifiestamente, y en la forma de un inaceptable fetichismo tecnocrático, cuál es la fuente de la posible legitimidad democrática de cualquier iniciativa legislativa. Pero esto deja intacta la pregunta de si efectivamente se deja reconocer siquiera una significativa proximidad —para no sugerir una del todo improbable identidad— entre las directrices básicas sustentadas en el informe de la comisión, por un lado, y los lineamientos fundamentales que es posible detectar en el proyecto de ley enviado por el gobierno, por otro. Como habrá de mostrarse en lo que sigue, la respuesta es palmariamente negativa.

Desde luego, el solo hecho de que el proyecto gubernamental se distancie, en varios aspectos esenciales, de la propuesta regulativa elaborada por la comisión resulta ser, en sus propios términos, estrictamente irrelevante. Pues lo importante es determinar si las definiciones elementales sobre las cuales descansa la propuesta de la comisión son política y técnicamente acertadas, de manera tal que, en la medida en que el proyecto gubernamental haya renunciado a ellas, éste deba ser criticado. Éste es precisamente el caso.

2. La valoración de la situación jurídica vigente

Las deficiencias exhibidas por la regulación plasmada en la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, han sido objeto de constatación por parte de un muy amplio conjunto de especialistas e instituciones, tanto nacionales como internacionales³. En esa constatación descansa el propio mensaje del proyecto gubernamental, cuando éste hace suya la denuncia tanto de la ilegitimidad originaria exhibida por la ley en cuestión como de su supuesta ineficacia regulativa, lo cual en definitiva, y no obstante las múltiples reformas experimentadas por la misma ley, la habría “puesto en desuso”.

³ Véase, entre otros, la Declaración Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, de 30 de julio de 2013, así como la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condenatoria del Estado de Chile en el caso “Norín Catrimán y otros”. Corte IDH, caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 29 de mayo de 2014.

Para dar cuenta del “vicio de origen” que acompañaría a la Ley N° 18.314, el mensaje se apoya en la autoridad de la profesora Ángela Vivanco, a quien se atribuye la tesis de que la ley en cuestión habría sido puesta en vigor —en las palabras del propio mensaje— con “un objetivo de sanción a la oposición insurreccional e ideológica”, para después ilustrar esto último a través de la cita de un fragmento del mensaje que acompañaba el anteproyecto que fue dirigido a la Junta Militar en enero de 1984, donde se sostenía que “en principio todo crimen o simple delito puede tener el carácter de terrorista”. Es indudable que esta última declaración reproduce la radical banalización de la noción de terrorismo que, de hecho, era posible advertir en el articulado original de la Ley N° 18.314, tal como ésta entró en vigencia el 17 de mayo de 1984. Muestra de ello es, entre otras, que bajo el N° 13 del art. 1° se criminalizara a quienes “hicieren la apología del terrorismo, de un acto terrorista o de quien aparezca participando en él”, mientras el N° 16 tipificaba el comportamiento de quienes “provocaren maliciosamente conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella, mediante la información relativa a la preparación o ejecución de actos terroristas falsos”. Pero esto se encuentra lejos de documentar, de modo mínimamente satisfactorio, en qué pudiera consistir el ya mencionado “vicio de origen” de la ley.

Por supuesto, el déficit congénito de legitimidad exhibido por la Ley N° 18.314 tampoco puede ser identificado con el simple hecho de que ella fuera puesta en vigor, cual decreto ley, por lo que eufemísticamente ha sido a veces llamado un “gobierno de facto”. Y esto, no porque sea falso que esta sola circunstancia en efecto es determinante de una cierta medida de ilegitimidad, sino más bien porque la ilegitimidad resultante de esa misma circunstancia es predicable de *toda* “legislación” dictatorialmente producida e impuesta, cuya eventual validación democrática posterior, por vía de una asunción tácita de esa misma legislación expresada en su no-supresión, es harina de otro costal. Antes bien, aquí se trata de una *específica* fuente de ilegitimidad originaria, no reducible a la genérica fuente de ilegitimidad correspondiente al modo dictatorial de producción legislativa. Y la específica ilegitimidad del programa regulativo plasmado en la Ley N° 18.314 está determinada por la estrategia de “proyección-negación” implementada por el gobierno de Pinochet a través de esa misma ley.

En contra de lo sugerido por Vivanco, a través de la puesta en vigor de la Ley N° 18.314 la dictadura cívico-militar no se hizo meramente de una herramienta para la “sanción” de la oposición insurreccional e ideológica, sino

que buscó proyectar su propia idiosincrasia terrorista hacia los agentes y las fuerzas políticas perseguidos y reprimidos por ella, pretendiendo negar así ser aquello que precisamente era, a saber, una plataforma de terrorismo, y más precisamente: de terrorismo de Estado⁴. Para el desenvolvimiento de esta estrategia, la regulación originariamente establecida en la ley tenía que asegurar, tal como lo anunciaba el mensaje que acompañaba al anteproyecto del respectivo decreto ley, que “en principio todo crimen o simple delito pu[diera] tener el carácter de terrorista”. Y la manera de hacer esto posible, según ya se anunciara, pasaba por banalizar radicalmente la noción de terrorismo. Tal banalización era a todas luces reconocible en el catálogo previsto en el art. 1° de la ley bajo su versión original, siendo asimismo reconocible en sus diferentes versiones posteriores, las cuales, en lo concerniente a la definición de lo que cuenta como “conducta terrorista”, han descansado en el modelo de tipificación introducido a través de la Ley N° 19.027, de 24 de enero de 1991.

Este modelo de tipificación se distingue por combinar una exigencia típica común, establecida en el art. 1°, correspondiente a un elemento subjetivo específico consistente en una cierta finalidad (cuya estructura es la de una tendencia interna trascendente), y un determinado catálogo de hechos establecido en el art. 2°. Así, resulta constitutivo de un hecho terrorista cualquiera de los hechos previstos en el catálogo en cuestión, en la medida en que el mismo sea perpetrado con la correspondiente finalidad cualificante⁵. Y si bien el contenido preciso de esta finalidad ha experimentado una variación —técnicamente poco afortunada— como resultado de la nueva redacción del art. 1°, introducida por la Ley N° 20.467, de 8 de octubre de 2010⁶, el rasgo definitorio del método de tipificación se mantiene, a saber: la *psicologización* del concepto legal de terrorismo.

Esta psicologización del concepto de terrorismo se corresponde, más precisamente, con la conjunción de dos maniobras, internamente conectadas. La primera consiste en hacer depender la calificación como terrorista de un

4 Véase Mañalich, Juan Pablo, *Terror, pena y amnistía*, (Flandes Indiano) 2010, pp. 9 ss., 23 ss.

5 Adicionalmente, la ley hoy vigente tipifica la amenaza de delito terrorista, en el inc. 2° del art. 7°, así como el financiamiento del terrorismo, en su art. 8°. El inc. 1° del art. 7° hace punible, además, tanto la tentativa como la conspiración en relación con cualquiera de los delitos tipificados en la propia ley.

6 En su versión actualmente vigente, el art. 1° de la ley reza como sigue: “Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.

hecho que satisface la descripción de alguna de las formas de comportamiento comprendidas en el catálogo del art. 2º (entre los cuales figuran delitos de incendio y de estrago) de la constatación —por vía de adscripción— de la finalidad exigida en el art. 1º. Con ello, es un determinado propósito, *qua* elemento subjetivo específico, lo que imprime carácter distintivamente terrorista a la realización de alguna de las formas de comportamiento previstas en el catálogo en cuestión⁷. Pero no es en esta subjetivización de la estructura típica de los delitos terroristas que se agota la psicologización ya denunciada. Antes bien, la clave de ésta se deja reconocer en una segunda maniobra, consistente en la determinación legislativa según la cual la finalidad que imprime carácter terrorista al hecho en cuestión ha de tener por objeto la producción de temor “en la población o en una parte de ella”.

Si bien desde la ya referida reforma de enero de 1991 y hasta la modificación introducida por la Ley N° 20.467, de 8 de octubre de 2010, la finalidad ya caracterizada coexistía alternativamente, en tanto específico presupuesto subjetivo de la tipicidad de cualquier delito terrorista, con la de “arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”, la ya mencionada finalidad “atemorizante” fue siempre la predominante desde el punto de vista de la “invocación” de la Ley N° 18.314 como premisa de la persecución penal. Ello, hasta el punto de que precisamente la reforma del año 2010 la instituyó como la única finalidad (principal) cuya persecución convierte a un hecho en terrorista⁸. Y por supuesto, no es casualidad que, según la versión vigente durante ese mismo periodo, el art. 1º de la ley haya incluido una presunción simplemente legal de la finalidad de “producir dicho temor en la población en general [...] por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieran ocasionar estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos”.

7 Nótese que sólo algunas de tales formas de comportamiento se encuentran especificadas a través de la mención de correspondientes tipos de delito previstos en el Código Penal o en alguna otra ley.

8 Como resultado de la reforma del año 2010, la finalidad de “arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias” perdió su autonomía frente a la finalidad “atemorizante”, quedando relegada a desempeñar la función de uno de tres indicadores alternativos —junto al de “la naturaleza y efectos de los medios empleados” y al de “la evidencia de que [el hecho] obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas”— de la finalidad de “producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie”. Es claro, empero, que la redacción así producida del art. 1º de la ley resulta ser técnicamente paupérrima, puesto que tiene poco sentido postular una conexión interna entre la circunstancia de que el hecho en cuestión sea perpetrado para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponer exigencias a ésta, por un lado, y la persecución de la ya referida finalidad “atemorizante”, por otro.

La reforma del año 2010 suprimió esta regla de presunción, pero mantuvo la referencia a “la naturaleza y efectos de los medios empleados” como un indicador de la finalidad “aterrorizante”. Y si bien se ha entendido que esto volvería más “difícil” que la persecución penal de personas a quienes se imputa un hecho constitutivo de delito terrorista pueda concluir en una decisión de condena a este mismo título, sería un error pensar que ello necesariamente ha comprometido la “aplicación” de la Ley N° 18.314. Pues semejante conclusión desconocería que la forma de aplicación más relevante de la ley en cuestión no pasa por su invocación como premisa para una decisión condenatoria que en efecto llegue a habilitar la imposición de alguna de las penas del a todas luces draconiano catálogo previsto en el art. 3° de la misma ley, sino por su invocación como premisa para la activación de un régimen procesal que se aparta de modo considerable de aquel generalmente previsto para cualquier instancia de persecución penal.

Semejante régimen procesal extraordinario comprende, entre otros aspectos, los siguientes: en primer lugar, la posibilidad de que el plazo de detención previa a la puesta del imputado a disposición del tribunal se extienda hasta por 10 días (art. 10), lo cual no hace más que reproducir la regla plasmada en la propia Constitución Política, en el inc. 2° de la letra c) del art. 19 N° 7; en segundo lugar, la posibilidad de decretar medidas especiales para la protección de quienes funjan como testigos en el proceso (art. 15), complementada por la posible imposición de la prohibición de revelar la identidad de los mismos (art. 16), así como la posibilidad de que su respectiva declaración sea prestada “por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal” (art. 18), esto es, por parte de “testigos sin rostro”; y en tercer lugar, la posibilidad de que “determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto [...] hasta por un total de seis meses” (art. 21). El diseño regulativo fijado en la Ley N° 18.314 determina que las medidas constitutivas de ese régimen puedan ser aplicadas como resultado de la invocación de la ley, con total independencia de que en definitiva no llegue a haber condena por algún delito terrorista, ya sea porque el proceso respectivo termine sin condena alguna, ya sea porque la condena en cuestión descansa en la imputación de un hecho punible no constitutivo de delito terrorista, cuya comprobación judicial, empero, puede haber sido posible, exclusivamente, en razón de la aplicación de una o más de las medidas recién enunciadas.

Es extraordinariamente importante, sin embargo, reparar en que el muy *sui generis* régimen procesal susceptible de verse activado por la imputación

(provisional) de un hecho constitutivo de delito terrorista no se encuentra únicamente especificado en el articulado de la Ley N° 18.314. Antes bien, y como ya se anticipara a propósito de la fijación del plazo extraordinario de detención, es en la propia Constitución Política de la República que se hallan prefijadas algunas de las definiciones centrales de ese mismo régimen. Así, y adicionalmente, en la propia constitución se encuentra contenida una regla que vuelve más exigentes, en comparación con el régimen procesal ordinariamente aplicable, las condiciones de cuya satisfacción depende que pueda disponerse la “libertad provisional” del imputado por parte del correspondiente tribunal de apelación. En efecto, tratándose de la libertad provisional de una persona a quien se imputa un hecho constitutivo de delito terrorista, aquélla sólo puede ser decretada —en apelación— por una sala de la respectiva corte de apelaciones que se encuentre integrada exclusivamente por miembros titulares, y sólo por decisión unánime, según lo establece el art. 19 N° 7, en su letra e), de la Constitución Política.

Este manifiesto exceso regulativo evidenciado por la constitución vigente dista de ser una simple excentricidad, sino que se inserta en un auténtico programa de constitucionalización del estatus jurídico de la criminalidad terrorista, representativo de una anomalía desde el punto de vista del derecho constitucional comparado. Ese programa se encuentra delineado, en lo fundamental, en el art. 9° de la Constitución Política, cuyo inc. 1°, tal como quedara definido su texto como resultado del “pacto constitucional” de 1989, declara que el terrorismo es “por esencia contrario a los derechos humanos”. Si al ya suficientemente expresivo tenor literal de la disposición se añade el antecedente de que la instauración de esta declaración fue entendida como la compensación de la supresión de la proscripción constitucional de toda “concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases”, originalmente consagrada en el art. 8° de la carta de Pinochet⁹, resulta difícil eludir la conclusión de que la constitución pactada en los albores de la transición perpetuó institucionalmente la estrategia de proyección-negación que la dictadura cívico-militar había hecho suya a través de la puesta en vigor de la Ley N° 18.314.

9 Y que pervive, asimismo, en el art. 19 N° 15, inc. 6°, que proclama el principio de pluralismo político a la vez que declara 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”.

Semejante institucionalización quedó rígidamente asociada al requerimiento constitucional, plasmado en el inc. 2° del mismo art. 9°, de que la definición y penalización de las “conductas terroristas” tenga lugar mediante una ley de quórum calificado. Este requerimiento se ve complementado, en el mismo contexto, por el establecimiento constitucional de sanciones de inhabilitación para funciones y cargos de diversa índole. A ello se añade la declaración, fijada en el inc. 3° y final del mismo artículo, que niega el carácter de delitos políticos a los hechos punibles tipificados como delitos terroristas bajo la misma ley, la cual va acompañada de una restricción de la eficacia del indulto como causa de extinción de la responsabilidad o de conmutación de la pena. El programa de constitucionalización del estatus jurídico-penal de las “conductas terroristas” se cierra, finalmente, con las reglas del art. 16 N° 2 y del art. 17 N° 3, el primero de los cuales asocia una suspensión del derecho constitucional de sufragio al hecho de que una persona sea acusada por un delito terrorista, mientras el segundo consagra la pérdida de la calidad de ciudadano para toda persona condenada por semejante delito, quedando la eventual recuperación de su ciudadanía sometida a su rehabilitación por el Senado.

El panorama resultante de esta escueta descripción muestra que la Constitución Política impuesta por la dictadura cívico-militar en efecto dio rango supra-legal a un modelo de criminalización, penalización y persecución de comportamientos etiquetados como constitutivos de “terrorismo”, el cual, tal como se encuentra configurado bajo la Ley N° 18.314, se deja caracterizar sin mayor hipérbole como un modelo de derecho penal del enemigo¹⁰. Es sobre la constatación de la radical ilegitimidad de semejante modelo constitucionalmente prefigurado que se orientó la propuesta regulativa elaborada por la comisión asesora ministerial.

3. La propuesta de la comisión

3.1. Desconstitucionalización y codificación como *desiderata*

La propuesta de la comisión admite ser reconstruida a partir de la premisa de que la Ley N° 18.314 constituye la realización de un programa político-criminal ilegítimo, constitucionalmente prefigurado. De ahí que uno de los

¹⁰ Véase Mañalich, Juan Pablo, “Pena y ciudadanía”, en Revista de Estudios de la Justicia, 6, (Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile) 2005, pp. 63 ss., 81 ss.

ejes capitales de la propuesta estuviera constituido por la supresión de toda referencia constitucional al terrorismo, bajo el predicamento de que ninguna de las dos tareas normativas básicas de una constitución democrática —la institucionalización y organización del ejercicio del poder del Estado, y la fijación de una cierta identidad política de quienes están sometidos al ejercicio de ese poder y en cuyo interés el mismo es ejercido— supone una tematización del terrorismo como objeto regulativo.

Al mismo tiempo, y sobre la base de lo anterior, la comisión proponía sustituir el modelo de la legislación especial (constitucionalmente impuesto), para reconducir las decisiones de criminalización y penalización del terrorismo al Código Penal, en pos de subvertir, desde ya simbólicamente, el estatus de la regulación penal del terrorismo como pieza de derecho penal de excepción. Pero la propuesta de la comisión no se quedaba, de modo alguno, en la mera simbología. Antes bien, y como se detallará a continuación, aquélla favorecía una reformulación integral del fundamento y la estructura de tipificación de la criminalidad terrorista.

3.2. La propuesta de tipificación: el delito terrorista como delito de organización

3.2.1. La redefinición de la asociación ilícita como asociación criminal

La propuesta de la comisión adoptó un modelo regulativo de la criminalidad terrorista que la identifica con una forma especialmente grave de criminalidad organizada¹¹, cuya tipificación había de quedar establecida dentro de un nuevo párrafo 10 del Título VI del Libro II del Código Penal, cuyo epígrafe rezaría “De las asociaciones criminales”. Bajo este modelo, la asociación criminal terrorista constituye, propiamente, un hecho punible autónomo, cuya lesividad resulta de la combinación de la lesividad genéricamente predicable de toda asociación criminal, por un lado, y la lesividad específicamente predicable de una organización criminal que cuenta como terrorista, por otro.

Como presupuesto de lo anterior, la comisión entendía imprescindible redefinir las exigencias típicas de la forma básica de organización punible, que en los términos de la misma propuesta pasa a denominarse “asociación criminal”. La tipificación de esta forma básica de organización en sí misma punible se orienta a satisfacer una exigencia elemental de índole político-criminal,

¹¹ Para una detallada fundamentación de tal orientación, véase Cancio, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, (Reus) 2010, pp. 85 ss., 154 ss.

concerniente a la gravedad que debe exhibir ya la sola existencia de una organización para que ella amerite una punibilidad autónoma, tal como este principio se halla reconocido por la regulación vigente. Con ello, la propuesta reconocía ya en la denominación de la forma básica de organización punible una síntesis del particular fundamento de esa punibilidad autónoma. Así, la asociación criminal ha de ser “criminal”, técnicamente, en un doble sentido: por un lado, en cuanto a su propio estatus como hecho punible, el cual queda asociado a la categoría de “crimen” en el sentido del art. 3° del Código Penal; y por otro lado, en cuanto a los hechos punibles cuya perpetración constituye el objetivo cuya persecución convierte a la organización en cuestión en específicamente criminal, que a su vez han de ser constitutivos de crímenes en el mismo sentido.

La propuesta regulativa incluía —en el inc. 2° de un nuevo art. 292— la fijación legislativa de un catálogo de criterios explícitos para la determinación de la existencia de una *organización* que pueda ser constitutiva de asociación criminal en los términos ya señalados. Estos criterios consisten en: primero, la cantidad de los miembros que integran la respectiva organización; segundo, su dotación de medios y recursos; y tercero, su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo. Por esta vía, la regulación propuesta pretendía superar un marcado déficit que muestra la legislación vigente en la materia, que ha tendido a volver esencialmente inciertos los requisitos mínimos que ha de satisfacer una asociación para resultar autónomamente punible, sin ser reducible, verbigracia, a una simple conspiración orientada a la perpetración futura de un hecho punible determinado. Al mismo tiempo, y acogiendo un planteamiento cada vez más generalizado en la literatura especializada, la propuesta prescindía de diferenciar posiciones jerárquicas susceptibles de ser ocupadas por los miembros de la organización. De este modo se perseguía abrir la posibilidad de que organizaciones horizontalmente constituidas resulten abarcadas por la tipificación, en la medida en que se satisfagan los criterios ya mencionados.

Para efectos de penalidad, la propuesta distinguía entre la posición de aquellos integrantes que hubieran fundado o contribuido a fundar la asociación, por un lado, y la posición de los demás integrantes, por otro. Con ello, la eventual colaboración con la operación de la organización por parte de individuos que no cuentan como integrantes de la misma tendría que quedar sometida a las reglas generales sobre intervención en un hecho punible, plasmadas en los arts. 14 y siguientes del Código Penal.

En fin, y según ya se anticipara, la propuesta de la comisión mantenía el principio de la penalización autónoma de la asociación criminal, que en tal medida deja intacta la penalidad diferenciada de los hechos punibles que pudieran llegar a ser perpetrados por los miembros en el marco de la realización de los propósitos perseguidos por la organización, lo cual queda entregado a las reglas generales aplicables en materia de concurso de hechos punibles.

3.2.2. La especificidad de la asociación criminal terrorista

Por la vía de prescindir de la criminalización de cualquier variante del así llamado “terrorismo individual”, la propuesta de la comisión hacía suya una tendencia reconocible en el derecho comparado, cuyo paradigma se encuentra en el modelo regulativo alemán, y coincidía así con la propuesta contenida en el Proyecto de Código Penal enviado en marzo de 2014 al Congreso Nacional por el entonces Presidente de la República, Sebastián Piñera (mensaje N° 435-361).

La tipificación del delito de asociación criminal terrorista, propuesta por la comisión, descansa en una configuración triádica de su específico injusto autónomo, esto es, una configuración que entrelaza funcionalmente tres componentes diferenciados, a saber: un elemento estructural, definido por la exigencia de que la asociación exhiba el carácter de una organización criminal en el sentido de la tipificación de la asociación criminal (“a secas”) como delito-base; un elemento instrumental, asociado al espectro de crímenes cuya perpetración se proyecta hacia la realización de la finalidad perseguida por la organización; y un elemento teleológico, que especifica en qué ha de consistir esta finalidad última, la cual se ve disyuntivamente formulada. Así se pretendía obtener una descripción típica con rendimiento para la demarcación de los presupuestos materiales de la existencia de una organización específicamente constitutiva de asociación criminal terrorista¹².

En cuanto al segundo componente, los hechos punibles cuya perpetración constituye el objetivo instrumental de la organización quedan circunscritos a un catálogo de crímenes especialmente idóneos para canalizar una estrategia comunicativa de violencia política intensificada. De esta manera se minimiza el riesgo de que la descripción típica resulte sobre-inclusiva, así como el riesgo

12 Las dificultades de lograr esto objetivo, empero, siguen siendo considerable; véase Fletcher, George, “The Indefinable Concept of Terrorism”, en *Journal of International Criminal Justice*, 4, (Oxford University Press) 2006, pp. 894 ss.

de que ella banalice la noción de terrorismo, haciendo posible, además, una clara diferenciación de la especie de la asociación terrorista frente al género de la asociación criminal. El catálogo comprende ataques graves a la vida y a la salud e integridad corporal de las personas, correspondientes al homicidio y a las especies de lesión corporal (*lato sensu*) que son constitutivas de crimen, así como las formas de comportamiento constitutivas de tortura que el derecho vigente conoce bajo la etiqueta de “apremios ilegítimos”. Adicionalmente, quedan comprendidos atentados contra la salud, consistentes en el envenenamiento o la infección de bebidas y otros productos destinados al consumo público y en la propagación de gérmenes patógenos orientada a la producción de alguna enfermedad. El catálogo se cierra con el crimen cuya tipificación se proponía introducir a través de un nuevo art. 403 ter, consistente en la instalación, activación o detonación de una bomba o un artefacto explosivo.

Por su parte y finalmente, el componente teleológico exige que, a través de la perpetración de los crímenes proyectados por la organización, ésta persiga un determinado objetivo que confiera significación política a la sola existencia de esa misma organización. Esto último, empero, no concierne al contenido particular de la agenda de la asociación, sino a la estrategia de comunicación que ella despliega. Así, y en congruencia con los desarrollos más reconocibles en el contexto del derecho internacional¹³, la propuesta identificaba el elemento teleológico con una finalidad de contenido disyuntivo, a saber: una finalidad o bien de socavar las bases mismas del orden democrático constitucional, o bien de imponer exigencias a la autoridad política o arrancar decisiones de ésta, o bien de someter o desmoralizar a la población infundiendo temor generalizado.

Tal como lo hacía con la asociación criminal en cuanto delito-base, la propuesta incorpora un principio de penalización autónoma de la asociación criminal terrorista. Esta definición no sólo determina la autosuficiencia de la tipificación de la asociación criminal terrorista como título de punibilidad, enteramente desvinculado de la contingencia de que efectivamente lleguen a perpetrarse uno o más crímenes de aquellos proyectados por ella, sino también el reconocimiento de la relación de auténtico concurso entre la asociación criminal terrorista como tal y cualesquiera hechos punibles perpetrados por uno o más miembros de la organización en el marco de la implementación de su agenda criminal.

13 Véase Ambos, Kai y Timmermann, Anina, “Terrorism and Customary International Law”, en Saul, Ben (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, (Edward Elgar) 2014, pp. 27 ss., 34 ss.

3.2.3. La reivindicación territorial legítima bajo el derecho internacional como criterio de exclusión del carácter terrorista de una organización

La propuesta de tipificación de la asociación criminal terrorista como especie calificada de asociación criminal se completaba con una regla que consagra, declarativamente, la exclusión del carácter terrorista de una organización cuya finalidad consista en una reivindicación territorial legítima bajo el derecho internacional. La regla se fundamenta en la consideración relativa al insoslayable riesgo de abuso en la aplicación de una regulación que, como resulta indispensable, incorpora un elemento teleológico en la tipificación del crimen de asociación terrorista que a su vez queda al menos parcialmente definido en referencia a un factor de índole política o ideológica¹⁴.

Una preocupación de esta naturaleza está lejos de carecer de precedentes en el horizonte comparado. Especialmente significativa a este respecto es la regla del párrafo 2 del § 129 del Código Penal alemán, que excluye la aplicabilidad de la norma de sanción que penaliza la “formación de una asociación criminal”, entre otros casos, “si la asociación es un partido político que el Tribunal Constitucional Federal no haya declarado inconstitucional”. Esta disposición, que hace operativo el así llamado “privilegio para los partidos”, es interpretada como una auténtica causa de atipicidad¹⁵, y supone un reconocimiento del riesgo que la criminalización de organizaciones de determinada índole representa para el desarrollo de actividades y la persecución de objetivos de naturaleza política en el contexto de un Estado democrático de derecho.

A diferencia de la regla del Código Penal alemán, empero, la disposición que hacía suya la propuesta de la comisión se encuentra exclusivamente referida a la demarcación del ámbito de la asociación terrorista como especie calificada de asociación criminal, y no al ámbito típico de la asociación criminal en general. En su efecto excluyente de la tipicidad, la regla propuesta pretendía ser puramente declarativa, en el sentido de hacer explícito que una organización de personas que persigue esa reivindicación legítima, y no otra, en ningún caso puede resultar subsumible bajo la descripción de la asociación criminal terrorista. Técnicamente, la regla incorpora una cláusula de remisión dinámica al derecho internacional. Bajo su actual estado de desarrollo,

¹⁴ Que ello no supone vincular la categoría del terrorismo con la del así llamado “delito político”, es concluyentemente demostrado por Cancio, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, (Reus) 2010, pp. 136 ss., 192 ss.

¹⁵ Véase sólo Ostendorf, Heribert, en Kindhäuser, Urs, Neumann, Ulfrid y Paeffgen, Hans-Ullrich, *Nomos Kommentar zum StGB*, 4ª ed., (Nomos) 2013, § 129, n.m. 24.

empero, es posible constatar que el Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Estado de Chile, reconoce a los pueblos indígenas y tribales derechos especiales de “propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (art. 14.1), imponiendo además a cada Estado parte la obligación de instituir “procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados” (art. 14.3).

De esta manera, la propuesta pretendía contribuir a que el Estado de Chile ajuste su ordenamiento jurídico a los estándares internacionales a los cuales debe someterse su actividad de persecución y penalización del terrorismo, de modo tal que se vea reducido el riesgo de arbitrariedad y discriminación en la aplicación de una regulación que fija parámetros de reacción penal particularmente enérgicos para una forma de criminalidad que reviste especial gravedad.

3.3. El régimen procesal penal diferenciado

En el despliegue del mismo esfuerzo por desmontar el régimen de un derecho penal de excepción al cual corresponde el modelo regulativo plasmado en la Ley N° 18.314, la comisión asumió la necesidad de proponer un régimen de “diligencias y medidas especiales de investigación”. Este régimen estaba diseñado para ser aplicable a la persecución de presuntos hechos punibles de especial gravedad, cuyo parecido de familia se deja identificar con la circunstancia de que se trata aquí de instancias paradigmáticas de criminalidad cuya complejidad vuelve necesaria la eventual habilitación y activación de técnicas de investigación no previstas por la regulación procesal ordinaria.

En este espacio no es posible ofrecer una descripción mínimamente exhaustiva del régimen procesal penal así concebido, pero en rigor ello tampoco es pertinente. Pues según ya se anticipara, el mismo no fue diseñado como un régimen *ad hoc* para la persecución del terrorismo, sino como uno dispuesto para la persecución de cualquier presunto hecho punible comprendido en el correspondiente catálogo taxativo: además de la asociación criminal, la asociación criminal terrorista y el financiamiento del terrorismo, el catálogo comprendía los delitos tipificados en la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el delito de lavado de activos, los delitos tipificados en la Ley sobre Seguridad del Estado, así como los delitos de producción y de distribución de material pornográfico infantil, de proxenetismo de menores de edad, de obtención de favores sexuales de

parte de menores de edad, y de tráfico de migrantes y trata de personas para la prostitución.

En cualquier caso, el régimen así proyectado por la comisión se distingue por exhibir algunas diferencias capitales respecto de aquellos regímenes *ad hoc* previstos por el derecho vigente, verbigracia bajo la Ley N° 18.314 y muy notablemente también bajo la Ley N° 20.000. A este respecto, una de las divergencias más significativas radica en la instauración general del control judicial como condición para la activación y la preservación o renovación de las medidas especiales de investigación previstas, incluida aquí, desde luego, la intervención de funcionarios policiales como agentes encubiertos o agentes reveladores. Por otra parte, y en abierto contraste con la situación posibilitada por la reglamentación procesal incluida actualmente en la Ley N° 18.314, la propuesta de la comisión incorporaba una regla que excluye la posibilidad de que la evidencia o los antecedentes obtenidos como resultado de la aplicación de las reglas del párrafo en cuestión sirvan para la fundamentación de una condena por un hecho punible distinto de aquellos comprendidos en el catálogo respectivo.

4. El proyecto de ley

4.1. La banalización de la criminalización del terrorismo

Medido bajo las definiciones fundamentales que inspiran la propuesta de la comisión, el proyecto de ley enviado por el gobierno se muestra como deficitario en todos los frentes posibles.

En lo tocante a la regulación penal sustantiva, que el proyecto pretende plasmar en una nueva ley especial, sustitutiva de la Ley N° 18.314, el gobierno opta por criminalizar, adicionalmente a la asociación criminal terrorista, el así llamado “terrorismo individual”, y ya bajo dos variantes diferenciadas. Así, y por una parte, el art. 3° prevé la imposición de una pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio sobre quien tome parte o ejecute alguno de los delitos cuya perpetración ha de constituir el objetivo instrumental de una organización para que ésta pueda contar como una asociación criminal terrorista (en los términos del inc. 1° del mismo proyecto), siempre que aquél “hubiese adscrito o adherido positivamente a los propósitos concretos de perpetración de los crímenes manifestados por organizaciones, asociaciones o grupos nacionales o extranjeros”. Que el proyecto pretenda fundar el carácter

terrorista del hecho punible perpetrado por un individuo que de hecho no integra asociación criminal alguna en su sola “adhesión positiva” muestra la magnitud de la trivialización de la noción de terrorismo que ello supone, hasta el punto de que, inmediatamente a continuación, el mismo inciso del art. 3° propuesto especifica que tal “adhesión positiva” puede consistir en “cualquier manifestación de voluntad expresa o tácita del imputado o la aceptación de los propósitos criminales de una organización, asociación o grupo, la participación en redes sociales o cualquier otro medio”.

Pero por otra parte, el inc. 2° del mismo art. 3° del proyecto tipifica una segunda variante de “terrorismo individual”, en términos tales que la misma pena habría de ser impuesta a todo “individuo que, sin pertenecer a una organización o grupo y habiendo tomado parte o ejecutado alguno de los delitos señalados en el artículo 1°, lo hubiese hecho persiguiendo las finalidades allí expresadas”. Bajo la tipificación de esta segunda variante, la desvinculación del comportamiento del hechor respecto de la posible operación de una organización resulta ya plena e irrestricta, deviniendo suficiente para la punibilidad de su comportamiento *qua* instancia de criminalidad terrorista que a través de la perpetración de alguno de los hechos del catálogo del art. 1° aquél simplemente persiga alguna de las finalidades enunciadas en esa misma disposición.

No es posible pasar por alto, ulteriormente, que no sólo el catálogo de delitos cuya perpetración se encuentra reconocida como el objetivo instrumental de una posible asociación terrorista es distinto del catálogo incluido en la propuesta de la comisión¹⁶, sino que también lo es el espectro de finalidades “últimas” susceptibles de ser perseguidas a través de los hechos punibles cuya perpetración se proyecta por la organización. En cuanto a esto último, resulta especialmente preocupante que el proyecto incluya la alteración grave del “orden público” como una de las finalidades cuya persecución a través de la perpetración de los hechos punibles proyectados, y comprendidos en el catálogo respectivo, puede convertir a una organización en una asociación criminal terrorista. Pues esto sólo confirma la tendencia a la banalización que hace suya el proyecto del gobierno. Esto, combinado con la ya mencionada opción por la tipificación del así llamado “terrorismo individual”, se traduce en que, por ejemplo, un hecho constitutivo de homicidio, perpetrado por un agente

16 En efecto, el proyecto de ley incluye el secuestro y la sustracción de menores, así como determinados delitos tipificados en la Ley sobre Seguridad del Estado y “el delito de colocación de artefactos explosivos e incendiarios” tipificado en la Ley de Control de Armas.

individual no remotamente conectado con agrupación alguna, puede llegar a constituir una instancia de criminalidad terrorista, siempre que a través de la perpetración de ese homicidio el agente persiga, verbigracia, “alterar gravemente el orden público”.

4.2. La hipertrofia del régimen procesal

También en lo concerniente al régimen procesal de persecución, el proyecto del gobierno se distancia manifiestamente de la propuesta de la comisión. Si bien el proyecto reproduce la decisión de establecer un nuevo párrafo (4°) dentro del Título I del Código Procesal, cuyo epígrafe reza “Diligencias y medidas especiales de investigación para delitos organizados o complejos”, el ámbito de aplicabilidad del mismo se extiende a la persecución “de todos aquellos crímenes en que se justifique fundadamente por parte del Ministerio Público que, por sus especiales características, se dificulte su investigación al punto de hacer indispensable el uso de medidas especiales de pesquisa”. Con esta última cláusula, el catálogo de delitos en referencia a cuya persecución las reglas del párrafo en cuestión resultan aplicables “en todo caso” se vuelve relevante sólo en la medida en que, en ese mismo ámbito, el Ministerio Público no necesita justificar fundadamente la pertinencia de una o más de las diligencias o medidas en cuestión. Tratándose de la persecución de cualquier presunto hecho constitutivo de crimen, empero, bastaría con que el Ministerio Público “justifique fundadamente” que, por las “especiales características” del hecho investigado, se hace indispensable la utilización de las correspondientes técnicas de pesquisa. Esta radical apertura del régimen de investigación así configurado vuelve dubitable, en cualquier caso, que el mismo se deje describir, sin eufemismos, como uno de “diligencias y medidas *especiales*”.

4.3. La renuncia a la desconstitucionalización

Ni el mensaje ni el proyecto mismo contienen una sola referencia al nivel constitucional del problema de la regulación penal y procesal del terrorismo bajo el derecho chileno vigente. Uno ciertamente puede entender que, encontrándose en el horizonte de los compromisos programáticos del actual gobierno un proceso que culmine en la aprobación de una nueva constitución política, el propio gobierno haya procurado evitar abrir anticipadamente ese flanco a propósito de una iniciativa de reforma legal que, como lo es en el presente caso, corresponde a una escala muy diferente. Pero siendo ello así, y estando constitucionalmente prefigurado el ilegítimo modelo regulativo

de criminalización, penalización y persecución del terrorismo que el gobierno aparentemente pretendía dejar atrás, uno no puede sino concluir que, en atención a esas mismas circunstancias, lo sensato sería postergar la discusión legislativa acerca del estatus jurídico-penal del terrorismo hasta que el flagelo constitucional haya sido remediado.

LA LEY ZAMUDIO EN ACCIÓN: SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA SOBRE ACCIÓN ANTIDISCRIMINACIÓN EMITIDAS ENTRE DICIEMBRE DE 2012 Y MARZO DE 2015

Fernando Muñoz León¹

Resumen

El presente trabajo ofrece una “fotografía” cuantitativa y cualitativa de las sentencias dictadas por tribunales de primera instancia sobre procedimientos por la acción antidiscriminación establecida en el Título II de la Ley N° 20.609, o *Ley Zamudio*. Tras estudiar 33 sentencias dictadas entre diciembre de 2012 y marzo de 2015, se identifican las regiones geográficas y demográficas en las cuales se tramitaron esas causas, se desglosan las categorías protegidas invocadas en ellas y las medidas tomadas en las sentencias favorables. El trabajo concluye con una breve reflexión sobre un asunto deseable que los litigios antidiscriminación, en el período estudiado, no consiguieron: provocar una creciente y expansiva protección de los sujetos discriminados.

Introducción: esbozo de un concepto jurídico de discriminación

La publicación de este Anuario coincide con el tercer aniversario de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.609, de Medidas contra la Discriminación (en adelante, “Ley Zamudio”). Este hito es una buena oportunidad para evaluar los resultados que ese cuerpo legislativo ha tenido hasta el momento². El pre-

1 Doctor en Derecho, Universidad de Yale. Profesor Auxiliar, Universidad Austral de Chile. Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt de Iniciación N° 1112191, titulado “El concepto de ‘grupos desaventajados’ como complemento a la dogmática constitucional de igualdad”, del cual el autor es investigador responsable.

2 Anteriores ejercicios académicos de evaluación de la producción jurisprudencial en torno a la Ley Zamudio, incluyen: Muñoz, Fernando, “No a “separados pero iguales” en Chile: un análisis del derecho antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia”, en *Estudios Constitucionales*, 11, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca), 2013, pp. 201-228; y Casas, Lidia y Lagos, Catalina, “Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos”,

sente trabajo ofrece al lector diversos datos cuantitativos y cualitativos sobre las sentencias de primera instancia que han sido dictadas desde entonces, y hasta el cierre de la edición de este artículo, recaídas en procedimientos tramitados de acuerdo a la acción de no discriminación contemplada en el Título II de dicha ley³.

El artículo se centra en el ‘derecho en acción’, adaptando la clásica terminología de Hart⁴. En consecuencia, se recurre a una perspectiva externalista, concentrada en la identificación de los productos generados por la interacción entre litigantes y tribunales, en lugar de emplear una perspectiva internalista, encaminada a evaluar la coherencia, sistematicidad e integridad de las argumentaciones ofrecidas por unos y otros⁵. Este trabajo, entonces, no realizará un análisis jurídico de las consideraciones y argumentos ofrecidos por los jueces en las sentencias aquí identificadas; esta labor será acometida en un futuro artículo, de próxima aparición⁶. Asimismo, este trabajo tampoco ofrecerá una reconstrucción normativa de cómo debiera ser entendida la acción antidiscriminación, tarea que será llevada a cabo en un libro sobre el derecho antidiscriminación chileno, actualmente en preparación⁷. Sencillamente, se busca aquí ofrecer una ‘fotografía’ al lector sobre qué ha ocurrido con las sentencias dictadas en materia de la acción antidiscriminación de la Ley Zamudio.

En el libro ya referido abordaré con detención la tarea de conceptualizar jurídicamente la discriminación de un modo que sirva como insumo en el litigio y la adjudicación antidiscriminatorias. Sin perjuicio de ello, quisiera realizar, aunque sea de manera preliminar, un esbozo de dicha concepción jurídica de la discriminación, a fin de que sirva como guía de lectura del presente trabajo.

Concibo la discriminación como un fenómeno social en virtud del cual la *identidad adscriptiva* de un sujeto, es decir, la identidad que se le adscribe

en Anuario de Derechos Humanos, 10, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2014, pp. 127-137.

3 No abordaré aquí la otra reforma jurisdiccional contenida en la Ley Zamudio, la agravante introducida por el Título II de dicha ley como modificación al artículo 12 del Código Penal.

4 Hart, Herbert, *El Concepto de Derecho*, (Abeledo-Perrot), 1998, pp. 110-113.

5 Sobre la idea de integridad en el derecho, véase Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, (Editorial Gedisa), pp. 164-222.

6 Dicho artículo llevará por nombre *Estándares conceptuales, prueba y justificación en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia entre 2012 a 2015 sobre Ley Zamudio*.

7 Dicho libro llevará por nombre *Derecho Antidiscriminación. El tratamiento jurídico de la desventaja adscriptiva*.

socialmente (paradigmáticamente, el sexo/género, la raza/etnia/cultura, pero también la situación físico-mental y la ocupación/estatus de clase) conduce a que aquel sujeto reciba un *tratamiento desventajoso* en relación a otros sujetos. Esto se debe a que socialmente se construyen asimetrías entre identidades adscriptivas⁸, asimetrías en virtud de las cuales un polo del binomio es valorado y su contraste es minusvalorado, ya sea porque una identidad adscriptiva *en sí* es socialmente minusvalorada⁹, o bien porque la identidad adscriptiva en cuestión es considerada anormal, esto es, desviada o deficitaria en relación con lo socialmente percibido como normal¹⁰. Le llamo discriminación, entonces, al tratamiento desventajoso dado a un sujeto en consideración a su identidad adscriptiva; de manera más breve aún, *la discriminación es desventaja adscriptiva*.

Este fenómeno social, entonces, es algo diferente, distinto, del tratamiento abusivo que un individuo pueda darle a otro por razones individuales o idiosincráticas tales como la enemistad o animadversión que el ofensor sienta por el ofendido, los malos modales o agresividad propios del ofensor, el descuido con que aquel se comporte en sus relaciones con otros, o su pura irracionalidad¹¹. Esto tiene importantísimas consecuencias de las cuales la doctrina y la jurisprudencia chilenas todavía no parecieran haber tomado nota: esto es, que *el derecho antidiscriminación es algo conceptualmente distinto del control jurisdiccional de la racionalidad de la conducta social*. En otras palabras, y para usar la clásica cita de la Corte Suprema en torno a la cual se ha construido la jurisprudencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional sobre igualdad (es decir, en realidad,

8 Por ejemplo, hombre/mujer, heterosexual/homosexual, cisgénero/transgénero, eurodescendiente/afrodescendiente, eurodescendiente/amerindio, autovalente/discapacitado, rico/pobre, profesional/trabajador.

9 Por ejemplo, a una mujer se le paga por su trabajo menos que a un hombre; o se prefiere contratar para la atención al público a personas de aspecto eurodescendiente y delgadas en lugar de personas de aspecto amerindio o mestizo y de contextura gruesa.

10 Por ejemplo, se le niega a la población homosexual contraer matrimonio porque no se adecúan a la normatividad tradicional heterosexual; o no se adoptan las medidas arquitectónicas y urbanísticas que permitirían que una persona en silla de ruedas o una persona visualmente discapacitada se desplacen por sí mismos por la ciudad, debido a que quienes diseñan los edificios y el equipamiento urbano sólo toman en consideración los requerimientos y necesidades de personas con dos piernas activas.

11 Por supuesto, en un caso concreto la enemistad o animadversión del ofensor hacia el ofendido, o el tratamiento más agresivo o más descuidado con que el ofensor se relacione con el ofendido, pueden estar sustentados de manera remota, o gatillados de manera inmediata, por la identidad adscriptiva del sujeto ofendido. Por ello, lo que a primera vista puede ser una riña callejera, por ejemplo, puede ser en realidad una agresión homofóbica. La identificación de este tipo de casos requiere, por parte de litigantes y jueces, una atención particularmente sagaz al contexto en el cual ocurran situaciones que representen un tratamiento perjudicial para un sujeto concreto cuya identidad adscriptiva sea socialmente minusvalorada.

sobre control de la racionalidad de la conducta social), la doctrina y la jurisprudencia han de comprender que el derecho antidiscriminación no es un control jurisdiccional del acto “contrario a la justicia, la razón o las leyes, producto de la sola voluntad o capricho del que lo comete”, del “actuar irracional o caprichoso, esto es, con voluntad no gobernado por la razón”¹².

Es muy importante, para entender esta diferencia entre derecho antidiscriminación y control de racionalidad, tener en cuenta que en la existencia de jerarquías sociales en torno a identidades culturalmente construidas no hay nada *irracional*, algo que cualquier antropólogo comprende fácilmente. Por el contrario, aquellas jerarquías tienen su propia racionalidad, pues son la expresión de concepciones tradicionales de lo que cada individuo *es*, y que son consuetudinaria e incluso institucionalmente empleadas para distribuir socialmente tareas, premios y castigos. Piénsese en el orden social característico de una sociedad occidental tradicional: en ella, el hombre procura el sustento familiar y la mujer cuida de la casa; las ocupaciones más valoradas están asignadas a los integrantes de estratos sociales considerados en sí prestigiosos, y las ocupaciones menos valoradas deben ser asumidas voluntariamente por los individuos de estratos sociales menos prestigiosos; y quien no cumpla adecuadamente con su rol tradicional es castigado con la carencia de recursos o, si su conducta desafía consensos fundamentales de la sociedad tradicional, con el estigma social.

En el tipo de sociedad tradicional que he bosquejado, existen mentalidades y estructuras sociales de carácter racista, sexista, cisgenerista, entre otras formas de pensar y de tratar al otro, que nosotros calificaríamos como discriminatorias. Pero tal racismo, sexismo y cisgenerismo no corresponden a muestras de irracionalidad; son, más bien, racionalidades de carácter jerárquico y esencialista, distintivamente premodernas, y a las que podríamos denominar en su conjunto como *normatividad discriminatoria*.

Del caracterizar a la normatividad discriminatoria como una forma de racionalidad, no se deriva que ella sea merecedora de tolerancia o aceptación.

12 A nivel comparado y en el derecho internacional de los derechos humanos, el término empleado para referirse a la situación de los grupos desaventajados es sencillamente el de ‘discriminación’. El uso en nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina, así como en la propia Ley Zamudio, del término “discriminación arbitraria” denota la falta de teorización en torno al *concepto* de discriminación y favorece la confusión entre la revisión judicial de la racionalidad de la conducta social y la lucha contra el fenómeno social de la discriminación. Debido a que la depuración del lenguaje normativo constituye una de las tareas de la ciencia dogmática, me parece que los juristas no sólo deben proporcionar a la Ley Zamudio un sustrato teórico, sino que también deben corregir el malapropismo del legislador y hablar sencillamente de ‘discriminación’.

Simplemente, es un reconocimiento de que, como ya lo hiciera ver Weber, existen múltiples racionalidades articuladas en torno a distintas concepciones de lo bueno. Y en sociedades cuyo consenso superpuesto ha sido construido históricamente a través del cuestionamiento de la dominación y la búsqueda de la emancipación, la racionalidad esencialista y jerárquica que subyace a la normatividad discriminatoria debe ser erradicada. El derecho antidiscriminación, entonces, constituye el mecanismo que aquellas sociedades se han dado para combatir los resabios de normatividad discriminatoria que subsisten en su seno¹³.

En consecuencia, mientras que el control jurisdiccional de la racionalidad de la conducta social debe enmendar el “actuar irracional o caprichoso”, el derecho antidiscriminación debe poner fin a situaciones concretas de discriminación, debe reparar a las víctimas de dicha situación discriminatoria, y debe prevenir la reiteración de la misma o de otras similares. Todo ello le exige al tribunal comprender la normatividad discriminatoria a fin de entender sus sutiles mecanismos de acción.

Según he dicho, a lo largo del trabajo me concentraré en entregar información cualitativa y cuantitativa sobre el litigio antidiscriminación, y tan sólo en las conclusiones volveré al concepto de discriminación aquí esbozado a fin de evaluar las sentencias identificadas a la luz de un concepto jurídico de discriminación. La pregunta que ha de mantener en mente el lector de este trabajo, en consecuencia, es si el litigio antidiscriminación llevado a cabo entre 2012 y 2015 ha sido capaz de darle protección a las y los afectados por situaciones discriminatorias, esto es, por tratamientos desventajosos recibidos debido a la identidad adscriptiva de la o el afectado. Con dicha pregunta formulada claramente, podemos pasar a revisar nuestro archivo: el corpus litigioso.

1. El campo de estudio: sentencias antidiscriminación 2012-2015

El litigio antidiscriminación, entendido como la utilización de la acción antidiscriminación del Título II de la Ley Zamudio por parte de personas agraviadas por un tratamiento desventajoso causado por sus identidades adscriptivas, tiene tanto potencialidades como limitaciones en la lucha contra la discriminación. Su potencialidad consiste en que descentraliza aquella lucha,

¹³ La perspectiva que adopto sobre la dignidad humana, que no teorizaré explícitamente aquí, no es kantiana, es decir, no parte de su afirmación como una verdad que se da por supuesta con independencia de toda circunstancia (es decir, como imperativo categórico), sino que es hegeliana, es decir, sostiene que su existencia es posible tan sólo dentro de determinado orden ético o eticidad que en sí se constituye en y a través de la historia.

canalizando recursos individuales (el tiempo, dinero y medios probatorios de los propios litigantes) en la promoción del interés general consistente en acabar con la discriminación. También, y al menos potencialmente, podría esperarse que nos permitiera localizar las situaciones discriminatorias más comunes, enfocando en ellas la atención del público y de las instituciones.

Pero el litigio antidiscriminación tiene también las limitaciones que toda solución litigiosa tiene debido precisamente a su carácter descentralizado. En primer lugar, tal como está configurado actualmente, el litigio antidiscriminación carece por sí mismo de la capacidad de dirigirse contra leyes vigentes. Por supuesto, el litigio antidiscriminación puede servir como la gestión pendiente en la cual se presente un requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional que, de prosperar, sirva a su vez para declarar la inconstitucionalidad de una ley discriminadora. El problema es que el Tribunal Constitucional, como se sabe, tiene el vergonzoso récord de haber rechazado hasta el momento todas las solicitudes de inaplicabilidad presentadas contra leyes por ser discriminatorias en el sentido conceptualizado aquí¹⁴. En segundo lugar, y quizás más grave, es un hecho que quienes litigan son personas que *cuentan* con los recursos tiempo, dinero y medios probatorios. Esto significa que quienes carecen de dichos recursos, quienes son por definición precisamente las personas más expuestas a que su identidad adscriptiva sea empleada en su contra, son precisamente quienes tienen menos posibilidades de litigar, lo cual hace que el registro litigioso esté estructuralmente desbalanceado.

Es importante tomar en cuenta estas consideraciones al analizar el corpus que ofreceré a continuación, el que comprende todas las sentencias de primera instancia dictadas hasta el momento sobre la acción antidiscriminación contenida en la Ley Zamudio. He obtenido dicho registro litigioso a través del buscador de jurisprudencia ubicado en la página web del Poder Judicial, en su sección sobre tribunales civiles de primera instancia. Con el fin de obtener todas las sentencias allí registradas sobre la acción antidiscriminación, en dicho buscador introduje las voces “Ley Zamudio”, “medidas contra la discriminación”, “acción de no discriminación”, y “20609”. Esta última arrojó resultados más comprensivos que las demás. Repetí dichas búsquedas en los meses

¹⁴ Véanse las sentencias: Tribunal Constitucional, Rol 1881-2010, sentencia de fecha 3 de noviembre de 2011, sobre el artículo 102 del Código Civil, que niega a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio; Tribunal Constitucional, Rol 1683-2010, sentencia de fecha 4 de enero de 2011, sobre el artículo 365 del Código Penal, que impone una penalidad a las relaciones sexuales consentidas entre un menor adulto y un adulto sólo cuando ambos individuos sean hombres; o Tribunal Constitucional, Rol 2435-2013, sentencia de fecha 10 de abril de 2014, sobre el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, que establece la homosexualidad en sí misma como una causal de divorcio.

de diciembre de 2014, febrero de 2015 y marzo de 2015, con lo cual pude comprobar que, a medida que pasaba el tiempo, iban incorporándose más sentencias a medida que eran dictadas. A través del buscador en cuestión, identifiqué 36 sentencias de primera instancia sobre acción antidiscriminación dictadas entre diciembre de 2012, cuando se dicta la primera sentencia, y marzo de 2015, cuando envié el presente artículo para su publicación.

La información así obtenida fue cotejada con un listado de causas sobre Ley Zamudio proporcionado por el Poder Judicial, en respuesta a una solicitud de acceso a información que presenté a través del sitio web de aquella institución. El listado del Poder Judicial identificaba tan sólo 20 sentencias definitivas, de las cuales cuatro no estaban en el listado elaborado por mí mediante los insumos obtenidos del buscador de jurisprudencia antes señalado. Cabe señalar que la diferencia entre los resultados obtenidos mediante el buscador de jurisprudencia y los proporcionados por el Poder Judicial se deben a que este último empleó para la recopilación del listado su sistema informático de tramitación de causas civiles (SITCI), el cual identifica como causas sobre Ley Zamudio sólo aquellas que hayan sido ingresadas a dicho sistema con el código Lo2. Algunas de las sentencias que yo encontré a través del buscador, en cambio, habían sido ingresadas originalmente con otros códigos en el SITCI.

En total, agregando ambos listados, las sentencias de primera instancia sobre Ley Zamudio son 36. El listado de causas así obtenido es presentado a continuación, con indicación del tribunal de tramitación (en aquellas jurisdicciones donde existe más de un juzgado civil, el nombre de la ciudad asiento del tribunal va precedida del número del respectivo juzgado, mientras que allí donde existe un único juzgado civil, no se indica ningún número), el primer apellido de las personas naturales o el nombre de la institución pública o privada que intervinieron como partes, la categoría invocada por el actor antidiscriminación, y el resultado del juicio. Las sentencias se presentan en su orden de dictación.

	Tribunal	Rol	Partes	Categoría Invocada	Resultado	Fecha sentencia
1	3 Santiago	17314-2012	Zapata con Motel Marín 014	Orientación sexual	Acoge	05/12/2012
2	1 La Serena	3133-2012	Pizarro con SERNAM	Edad	Rechaza	19/03/2013
3	22 Santiago	20750-2012	Ortiz con Ministerio Público	Sexo	Rechaza	25/06/2013
4	15 Santiago	26206-2012	Morandé con CONICYT	Arbitrariedad	Rechaza	18/07/2013
5	2 Calama	1502-2012	Castillo con Centro de Detención Preventiva de Calama	Discapacidad	Rechaza	22/07/2013
6	1 Coyhaique	1325-2013	Martínez con Servicio de Salud	Ideología política	Rechaza	16/10/2013
7	1 Rancagua	9091-2013	Osorio con Concejales de Municipalidad de Graneros	Enfermedad	Rechaza	25/11/2013
8	Lautaro	318-2012	Easton con Federación de Rodeo Chileno	Arbitrariedad	Acoge	05/12/2013
9	2 Talagante	896-2013	González con Cooperativa de Ahorro y Crédito	Arbitrariedad	Rechaza	20/12/2013
10	3 Arica	1527-2013	Peña con Escuela Especial de Lenguaje	Enfermedad	Rechaza	20/12/2013
11	7 Santiago	29374-2012	Pascual con Banco del Estado	Edad	Rechaza	13/01/2014
12	23 Santiago	4968-2013	Carmona con Capitán de Carabineros	Arbitrariedad	Rechaza	30/01/2014
13	2 Antofagasta	5882-2013	Silva con Colegio Chañares	Religión	Rechaza	11/03/2014
14	Constitución	41-2013	Fuentes con Discoteque Costa Barúa	Identidad de género	Rechaza	23/04/2014

15	1 Viña del Mar	808-2013	Retamal con Terminal de Buses Viña del Mar	Sexo y Situación socioeconómica	Rechaza	29/04/2014
16	25 Santiago	7880-2013	López con INE	Sexo	Rechaza	06/05/2014
17	1 Antofagasta	6332-2013	Peña con Tamayo	Identidad de género	Rechaza	08/08/2014
18	Villarrica	671-2012	Riquelme con Compañía de Bomberos	Enfermedad	Acoge	26/05/2014
19	1 La Serena	4435-2013	Rojas con Instituto Profesional Providencia	Discapacidad	Rechaza	09/06/2014
20	1 Concepción	8228-2013	Torres con Colegio Santísima Trinidad	Estado civil	Acoge	29/06/2014
21	4 Antofagasta	5451-2013	Majmud con Seremi OOPP	Sexo	Acoge	30/06/2014
22	1 Chillán	1901-2014	Riesco con Servicio de Salud Ñuble	Discapacidad	Acoge	01/08/2014
23	1 Valparaíso	3081-2013	Valdebenito con Armada	Enfermedad	Rechaza	07/08/2014
24	2 San Miguel	5560-2014	Suárez con Compañía de Bomberos	Sexo	Rechaza	26/08/2014
25	Río Bueno	52-2014	Obando con Comercial Socoepa S.A.	Discapacidad	Rechaza	15/09/2014
26	Panguipulli	79-2014	Castillo con Escuela Manuel Anabalón Sáez	Apariencia personal	Rechaza	13/10/2014
27	3 Temuco	1279-2014	Fuentealba con Aqueveque	Discapacidad	Rechaza	18/10/2014
28	1 Temuco	6545-2013	Leal con Lan	Discapacidad	Rechaza	06/11/2014
29	3 La Serena	479-2014	Ojeda con SERCOTEC	Discapacidad	Rechaza	13/11/2014
30	2 La Serena	1303-2014	Ojeda con SERCOTEC	Discapacidad	Rechaza	24/11/2014
31	3 Temuco	3262-2014	García con INDAP	Ideología política	Acoge	26/11/2014

32	2 Valparaíso	1352-2014	Díaz con Armada	Discapacidad	Acoge	02/12/2014
33	26 Santiago	7698-2014	Pavlovic y otros con JUNJI	Ideología política	Rechaza	16/12/2014
34	7 Santiago	10794-2014	Pérez con INDAP	Ideología política	Acoge	09/02/2014
35	2 Temuco	3267-2014	Cid con INDAP	Ideología política	Rechaza	16/02/2015
36	2 Santiago	10796-2013	Verbal con SERVEL	Identidad de género	Rechaza	27/02/2015

Fuente: elaboración propia, a partir de datos obtenidos del Poder Judicial.

Con el objetivo de que el lector comprenda mejor el conflicto contenido en cada una de estas 36 sentencias, he confeccionado la siguiente tabla, que explica la pretensión planteada por cada litigante y las consideraciones con que el tribunal fundamenta su resolución.

	Partes	Situación discriminatoria alegada por la demandante	Fundamento de la sentencia
1	Zapata con Motel Marín 014	Una pareja de mujeres lesbianas demanda a motel que les impidió el uso de sus instalaciones.	Los medios de prueba presentados evidencian que el motel actuó de manera perjudicial y prejuiciosa contra dicha pareja.
2	Pizarro con SERNAM	Funcionarios habrían dado un trato denigrante a la demandante.	La demandante no acompañó antecedentes probatorios que respaldaran su relato.
3	Ortiz con Ministerio Público	Demandante alega que Ministerio Público no ha investigado denuncias de violencia intrafamiliar interpuestas por él, debido a que es hombre.	El Ministerio Público aplicó sus facultades investigadoras de manera razonable.
4	Morandé con CONICYT	Postulante a beca de estudios dice haber sido excluido arbitrariamente de proceso de postulación.	El demandante no funda su demanda en ninguna de las "condiciones individuales o sociales que remarcan algún grado de identidad" contenidas en la Ley Zamudio.
5	Castillo con Centro de Detención Preventiva de Calama	Persona en silla de ruedas recibe trato denigrante e insultos por parte de gendarme del Centro de Detención Preventiva de Calama.	No existió "una restricción, distinción o exclusión que privara del ejercicio de un derecho legítimo". El demandante simplemente no recibió un trato más favorable consistente en no tener que hacer fila para ingresar a recinto.

6	Martínez con Servicio de Salud	El demandante dice haber recibido una oferta laboral que fue revocada el mismo día.	No hay evidencia de que la ideología de la demandante haya sido relevante para la revocación de una oferta, que tampoco fue probado que haya sido jurídicamente perfeccionada.
7	Osorio con Concejales de Municipalidad de Graneros	Funcionario con insuficiencia renal demanda a concejales que habrían solicitado su despido por padecer insuficiencia renal.	Los concejales solicitaron a Contraloría un pronunciamiento sobre la compatibilidad de salud del funcionario con su cargo, lo que el tribunal no considera discriminatorio.
8	Easton con Federación de Rodeo Chileno	El demandante exige que la Federación de Rodeo Chileno levante la sanción que existe en su contra y que le impide participar del torneo de rodeo.	El tribunal acoge la demanda porque “las justificaciones para mantener al demandante privado de la posibilidad de desarrollar el Rodeo, esgrimidas por la demandada, no son razonables”.
9	González con Cooperativa de Ahorro y Crédito	Inscripción del demandante en elecciones de directiva de Cooperativa de Ahorro y Crédito fue rechazada debido a que no acompañó documentación que acreditara sus conocimientos del sistema cooperativo.	El tribunal consideró que la actuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito se ajustó al marco legal y estatutario vigente.
10	Peña con Escuela Especial de Lenguaje	Colegio rechaza a alumno debido a que padece de epilepsia.	El contenido de la sentencia no está disponible en la página del Poder Judicial.
11	Pascual con Banco del Estado	Banco deniega servicios financieros a demandante por su edad.	Tribunal observa que demandante no cumplía con otras exigencias bancarias, y concluye que si bien la conducta del Banco tiene “apariencia de arbitraria, no se encuentra acreditado que ello pueda constituir perturbación, privación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías que invoca el demandante”.
12	Carmona con Capitán de Carabineros	Demandante recibe prohibición de ingresar a ciertos sectores de Comisaría.	El tribunal considera que no han concurrido los supuestos normativos propios de la discriminación arbitraria.
13	Silva con Colegio Chañares	Un colegio católico rechaza la matrícula a las hijas de una pareja de religión mormona, pese a que ambas menores aprobaron todas las pruebas de admisión.	El tribunal considera que “a los denunciados les correspondían [sic] acreditar que la negativa del Colegio a admitir a sus hijas [...] se fundó en el hecho de que ambas profesan la religión mormona”.

14	Fuentes con Discoteque Costa Barúa	Pareja de transformistas son expulsados de discoteque en medio de burlas por su aspecto.	El tribunal concluye que las circunstancias del hecho “no fueron acreditadas por los demandantes quienes tenían el peso de la prueba en este sentido”.
15	Retamal con Terminal de Buses Viña del Mar	Trabajadora de agencia de turismo tiene altercado con funcionario de otra agencia de turismo; la gerencia del terminal de buses le pide a la agencia de turismo que ponga término a su contrato de trabajo y le prohíbe ingreso a dependencias del terminal.	El tribunal afirma que, de la carta enviada por el terminal de buses a la agencia de turismo, “no se desprende que la petición [...] se deba a motivos del sexo de dicha accionante [...] o a su situación socioeconómica”.
16	López con INE	Tras darse cuenta de que estaba embarazada, trabajadora a honorarios del INE es despedida, comunicándosele verbalmente por parte de sus empleadores que el despido se debe a su situación de gravidez.	El tribunal considera que el INE “actuó conforme al ordenamiento jurídico aplicable al contrato de prestación de servicios a honorarios, celebrado con plena voluntad de las partes, por aplicación al principio de autonomía de la voluntad que rigió la contratación, en la que ambas partes obraron con plena capacidad”.
17	Peña con Tamayo	Mujer transgénero es objeto de burlas en cafetería por parte de trabajadores del local.	El tribunal considera que la demandante no ha “acreditado los hechos expuestos en el libelo de demanda”.
18	Riquelme con Compañía de Bomberos	Bombero es expulsado de Compañía debido a que se le ha diagnosticado diabetes melitus, la cual la Compañía considera “contraproducente y no compatible con la vida bomberil”.	La demandada no acreditó “que la condición de salud del actor era contraproducente e incompatible con la vida bomberil”.
19	Rojas con Instituto Profesional Providencia	No videntes afirman que instituto profesional no les permitió matricularse, debido a que sus instalaciones no estaban acondicionadas para personas con necesidades especiales.	El tribunal estima que la prueba rendida no acredita “que la parte demandada haya incurrido en una distinción, exclusión o restricción arbitraria”.
20	Torres con Colegio Santísima Trinidad	Madre soltera, al momento de solicitar la reincorporación de su hija a colegio católico tras regresar a la ciudad, tiene nueva pareja, lo cual lleva a que colegio rechace su solicitud (pese, incluso, a que madre se compromete a casarse con su nueva pareja).	El tribunal concluye que “en la situación particular de la menor [...] debía primar el interés superior del niño”.

21	Majmud con Seremi OOPP	Directora de jardín es destituida de su cargo tras regresar a sus funciones después de un embarazo.	La testimonial rendida lleva a concluir “que la jefatura superior de la denunciante, manifestó que ésta se había convertido en un problema al quedar embarazada”.
22	Riesco con Servicio de Salud Ñuble	Funcionaria pública con discapacidad visual y que cuenta con asistente personal contratada por la institución en la que se desempeña es trasladada a una nueva función en la que se le priva de dicha asistente.	El tribunal concluye que la demandante fue destinada a sus funciones “sin contar ni con los implementos técnicos ni humanos que le permitieran desarrollar la labor a la que estaba designada”.
23	Valdebenito con Armada	Un cadete demanda a la Armada debido a que se le expulsó de la Escuela Naval por ser portador de leucemia mieloide y pese a que el tratamiento que recibió le ha permitido estar apto para el servicio.	El tribunal sostiene que la discriminación prevista por la Ley Zamudio es aquella “que no encuentra sustento alguno en el ordenamiento jurídico”, mientras que en este caso lo que ha ocurrido es que las autoridades “habrían actuado excediéndose en sus facultades”.
24	Suárez con Compañía de Bomberos	Tras haber aprobado exitosamente pruebas de admisión, postulante femenina a bombero fue rechazada debido a que “no querían contar con más personal femenino”.	El tribunal sostiene que los propios bomberos son “los llamados a determinar la forma y el modo en que se procede a componer e integrar las filas de sus voluntarios”, por lo que “el rechazo de alguna persona, sea hombre o mujer, [no representa] una actitud de discriminación arbitraria, en la medida que puede ella simplemente deberse a una discriminación, entendida esta como decisión u opción al momento de elegir”.
25	Obando con Comercial SOCOEPA S.A.	Persona no vidente sostiene que la demandada le rechazó la concesión de un crédito debido a su condición.	El tribunal asevera que no se demostró que el demandado “haya incurrido en un comportamiento de discriminación arbitraria en contra del demandante”.
26	Castillo con Escuela Manuel Anabalón Sáez	Padres de menor alegan que a su hijo no se le renovó la matrícula con la excusa de que usaba el pelo largo, siendo que ello no es así.	La Ley General de Educación exige a los padres respetar el reglamento interno del establecimiento educacional, el que contempla el deber del alumno de usar el pelo corto.
27	Fuentealba con Aqueveque	Menor de edad con deficiencia mental es víctima reiterada de insultos y agresiones físicas por parte de vecino, contra el cual se dirige la demanda.	No se ha acreditado que el demandado sea autor de las lesiones, y “tampoco se ha acreditado que la afectación física de su hijo se deba directamente a una distinción hecha con motivo de la discapacidad que sufre”.

28	Leal con LAN	Pasajero demanda a línea aérea por habersele prohibido ingreso al avión con su silla de ruedas.	Tribunal concluye que el pasajero impugna norma del Código Aeronáutico, por lo cual declara inadmisibile la demanda.
29	Ojeda con SERCOTEC	Demandante reclama que SERCOTEC ha incumplido promesa verbal de asistencia en formación de una empresa.	El tribunal concluye que de los antecedentes y pruebas aportadas por las partes, no es posible concluir que SERCOTEC haya incurrido en discriminación arbitraria respecto del actor.
30	Ojeda con SERCOTEC	Demandante con discapacidad siquiátrica, consistente en trastorno delirante, reclama que SERCOTEC ha incumplido promesa verbal de asistencia en formación de una empresa y solicita indemnización.	SERCOTEC ha prestado asesoría jurídica deficiente, pero ello debe ser objeto de demanda por responsabilidad contractual interpuesta de acuerdo al artículo 1473 del Código Civil. La Ley Zamudio “no tiene por objeto otorgar una indemnización de tipo pecuniario una vez comprobado el acto de discriminación”.
31	García con INDAP	Funcionaria a contrata es separada de sus funciones y posteriormente se le pone término anticipado a su contrato debido a cambio de gobierno.	La demandada no acreditó “la racionalidad o fundamentación legal de su actuar”.
32	Díaz con Armada	Funcionario es dado de baja de la Armada debido a que se le diagnostica tendencia Asperger.	El tribunal observa que “en caso de haberse detectado alguna causa legal para verificar su retiro, [la Armada] no habría cometido discriminación alguna”, pero que “no se declaró una enfermedad incurable ni se expresó una inutilidad contemplada en la ley”.
33	Pavlovic y otros con JUNJI	Los demandantes alegan que su contrata en la JUNJI fue terminada anticipadamente por su militancia política.	El tribunal concluye que no se ha logrado acreditar “que el ente administrativo para el cual prestaban servicios a contrata, hubiere incurrido en su decisión de ponerles término a sus servicios en una discriminación conforme a los presupuestos del artículo 2º de la Ley N° 20.609, sino que ha ejercido la facultad que la ley le otorga”.
34	Pérez con INDAP	Funcionario de INDAP reclama haber sido despedido tras cambio de gobierno.	Según el tribunal, “el acto impugnado por esta vía no aparece debidamente motivado y razonado, lo que lo hace arbitrario”.

35	Cid con INDAP	Funcionario de INDAP reclama haber sido despedido tras cambio de gobierno.	La “prueba rendida, analizadas [sic] de acuerdo a la reglas de la sana crítica a juicio de esta sentenciadora, no es suficiente para dar por acreditado el hecho invocado por la actora”.
36	Verbal con SERVEL	SERVEL no acepta solicitud de mujer transgénero que no ha realizado el trámite de cambio de nombre de ser inscrita en primarias con su nombre femenino, con el cual es conocida públicamente.	Para que el rechazo de la solicitud de la demandante “hubiese sido constitutivo de discriminación arbitraria, era menester que tal decisión fuere carente de sentido, y fruto del mero capricho”, pero el rechazo “no es sino traducción de que su inscripción y su papeleta electoral fue confeccionada de acuerdo a la ley, esto es, de acuerdo al nombre que éste registraba inscrito a esa fecha, y en la forma en que se consigna en su cédula de identidad”.

Fuente: elaboración propia, a partir de datos obtenidos del Poder Judicial.

2. Geografía y demografía del litigio antidiscriminación

¿Dónde se ha llevado a cabo el litigio antidiscriminación en estos tres años? Una forma de responder dicha pregunta la entiende geográficamente: en qué puntos del país se ha dictado sentencia en causas por discriminación tramitadas de acuerdo a la Ley Zamudio. La siguiente tabla responde a dicha interrogante, identificando las regiones donde se fallaron las causas anteriormente identificadas.

Arica y Parinacota	1
Tarapacá	0
Antofagasta	4
Atacama	0
Coquimbo	4
Valparaíso	3
Región Metropolitana	11
O'Higgins	1
Maule	1
Biobío	2

Araucanía	6
Los Ríos	2
Los Lagos	0
Aysén	1
Magallanes	0
Total	36

Fuente: elaboración propia, a partir de datos obtenidos del Poder Judicial.

Una forma alternativa de responder a la anterior pregunta consiste en atender a criterios demográficos en lugar de geográficos; en exponer dicha información de manera tal que entregue señales sobre la geografía humana del litigio antidiscriminación. Con tal objetivo, he agrupado las sentencias de acuerdo al tamaño de las ciudades donde se fallaron. Para ello, se clasificaron las ciudades en cuatro categorías: *capital* (correspondiente al Gran Santiago, de una población de casi 6 millones de habitantes), *metrópolis* (Concepción y la conurbación Viña del Mar-Valparaíso, ambas de casi un millón de personas), *grandes ciudades* (La Serena, Temuco, Chillán, Antofagasta, Rancagua y Calama, núcleos urbanos de entre 100.000 a 500.000 habitantes), y *ciudades*, (en este caso, Panguipulli, Río Bueno, Villarrica, Constitución, Talagante, Lautaro y Coyhaique). Así ordenada la información, tenemos que las sentencias de primera instancia recaídas en litigio antidiscriminación se distribuye de la siguiente manera:

Capital	10
Metrópolis	4
Grandes ciudades	15
Ciudades	7
Total	36

Fuente: elaboración propia, a partir de datos obtenidos del Poder Judicial.

Los resultados, así expuestos, no están tan concentrados en la capital como podría haberse temido. Lo que sí evidencian estos datos es que el litigio antidiscriminación en ciudades de menos de 100.000 personas es muy escaso,

lo cual resulta preocupante, considerando que cabría imaginar que en dichos lugares, así como en sectores rurales, podrían existir numerosas situaciones discriminatorias debido a la prevalencia de mentalidades y estructuras sociales tradicionales.

3. ¿A quiénes ha servido la Ley Zamudio? Categorías invocadas, sentencias favorables, y medidas adoptadas en ellas

Una importante pregunta, considerando las características del fenómeno discriminatorio tal como aquí he propuesto entenderlo, consiste en el quién; en otras palabras, ¿qué clases de sujetos han logrado solucionar los problemas que les afectan a través de este nuevo procedimiento? La próxima tabla responde dicha interrogante organizando las sentencias de acuerdo a la categoría invocada en la respectiva causa, y señalando, además del número de sentencias rechazadas y acogidas, el porcentaje que del total representan estas últimas.¹⁵

Categoría Invocada	Número de causas	Número de sentencias rechazadas	Número de sentencias acogidas	Porcentaje de sentencias acogidas
Enfermedad y discapacidad	13	10	3	23.1%
Ideología política	5	3	2	40%
Orientación sexual e identidad de género	4	3	1	25%
Sexo	4	3	1	25%
Arbitrariedad	4	3	1	25%
Estado Civil	1	0	1	100%
Situación socioeconómica	1 ⁽¹⁵⁾	1	0	0%
Religión	1	1	0	0%
Apariencia personal	1	1	0	0%
Edad	2	2	0	0%
Total	36	27	9	25%

Fuente: elaboración propia, a partir de datos obtenidos del Poder Judicial.

¹⁵ Para efectos de esta tabla, categoricé la causa *Retamal con Terminal de Buses Viña del Mar* únicamente como 'situación socioeconómica'.

Otra pregunta de relevancia que surge es ¿qué medidas han sido tomadas en virtud de las sentencias acogidas?

La siguiente tabla identifica las medidas ordenadas por el tribunal en cada una de las sentencias acogidas.

Partes	Resultado
Zapata con Motel Marín 014	Dispone que la demandada “deberá abstenerse en lo sucesivo de prohibir o restringir de cualquier modo el ingreso de parejas homosexuales a sus establecimientos”, y condena a la demandada al pago de una multa a beneficio fiscal de 50 UTM y de las costas.
Easton con Federación de Rodeo Chileno	Ordena la reincorporación del demandante al rodeo.
Riquelme con Compañía de Bomberos	Instruye reincorporación de demandante a la Compañía de Bomberos.
Torres con Colegio Santísima Trinidad	Instruye reincorporación de alumna a colegio y aplica multa a beneficio fiscal de 10 UTM.
Majmud con Seremi OOPP	Instruye reincorporación de demandante a dirección de jardín infantil, ordena la realización de un sumario administrativo sobre acto discriminatorio y condena en costas.
Riesco con Servicio de Salud Ñuble	Ordena contratación de asistente y compra de equipos técnicos, aplica multa a beneficio fiscal de 50 UTM y condena en costas.
García con INDAP	Ordena pago de remuneraciones y demás derechos legales devengados entre la fecha de su desvinculación, hasta la fecha programada de término de su contrata, y condena en costas.
Díaz con Armada	Ordena reincorporación del demandante a la Armada, y condena en costas.
Pérez con INDAP	Ordena pago de remuneraciones y demás derechos legales devengados entre la fecha de su desvinculación hasta la fecha programada de término de su contrata, y condena en costas.

Fuente: elaboración propia, a partir de datos obtenidos del Poder Judicial.

Como se aprecia, las medidas adoptadas son poco imaginativas; salvo quizás en el caso de *Zapata con Motel Marín 014*. La mayoría busca restituir al individuo discriminado a un estado previo, sin abordar la modificación de

instituciones o procedimientos de tal manera que permita evitar futuras actitudes discriminatorias. Es una jurisprudencia, en otras palabras, particularista, y por ello individualista, en contraposición a una jurisprudencia que holísticamente buscara la prevención general, es decir, el evitar la ocurrencia de futuros casos de discriminación.

4. Conclusión: la protección judicial del sujeto discriminado, un proyecto en espera

Hasta el momento, las sentencias sobre la acción antidiscriminación del Título II de la Ley Zamudio son pocas. Más escuálida aún es la genuina contribución de dichas sentencias a la protección legal de las categorías de sujetos adscriptivamente desaventajados; o sea, a la protección legal del sujeto discriminado. Sólo un 27.3% de las sentencias son favorables a la pretensión de la demandada. De entre las nueve sentencias que acogen la acción, una de ellas, *Easton con Federación de Rodeo*, no tiene absolutamente nada que ver con la discriminación en cuanto fenómeno social¹⁶. En cambio, entre las sentencias que rechazan la demanda, se cuentan gravísimos y evidentes casos de discriminación, tales como *Silva con Colegio Chañares*, *Fuentes con Discoteque Costa Barúa*, *Castillo con Centro de Detención Preventiva de Calama*, *Suárez con Compañía de Bomberos* y *Verbal con SERVEL*. En todas estas causas lo que fracasó fue, a todas luces, el análisis empleado por el tribunal para aproximarse a la denuncia presentada en autos, que le impidió conceptualizar como discriminación el hecho denunciado, así como comprender las medidas que debiera haber adoptado. Por otro lado, en ninguno de los casos acogidos los tribunales adoptan medidas de reparación patrimonial en beneficio de la víctima, pese a que las reglas del Código Civil en esta materia son plenamente aplicables al no estar explícitamente prohibida por la Ley Zamudio dicha reparación. Por último, considerando la baja cantidad de sentencias favorables y el enfoque conservador hacia la reparación, parece

¹⁶ También es importante hacer notar que varias de las sentencias acogidas lo son por discriminación por opinión política o ideología política, categoría que en sí no parece haber sido objeto de una reflexión adecuada por parte de la jurisprudencia. Debido a lo acotado de este trabajo, me limitaré a señalar que, así como ha sido entendida, incorporar dicha categoría –la discriminación por “opinión política” o “ideología política”– desdibuja la función social del derecho antidiscriminación. Nuestra comprensión de la categoría de opinión o ideología política debe incorporar la dimensión asimétrica que caracteriza a las demás categorías; en la medida en que no lo haga, esta categoría debe ser cuestionada o, incluso, abandonada.

razonable inferir que las sentencias en su conjunto no están logrando impactar significativamente en la sociedad modificando mentalidades y patrones conductuales.

En definitiva, al menos hasta el momento, pareciera que los tribunales no han sido capaces de darle una lectura emancipadora a la Ley Zamudio, protectora de los sujetos discriminados o empoderadora de los mismos. Es plausible pensar, además, que un cambio en el sentido de la jurisprudencia en materia antidiscriminación no necesariamente será logrado a través de reformas al texto de la Ley Zamudio, sin perjuicio de que tales reformas de texto representarían una contribución en el logro de tal objetivo. El examen preliminar que es posible realizar a través de la lectura de las consideraciones invocadas por los tribunales al resolver las sentencias aquí identificadas, sugiere que el problema no radica en el diseño institucional, sino en la cultura jurídica de nuestros operadores jurídicos; específicamente, es un problema en el plano de la matriz de conceptos y valoraciones que emplean los tribunales para decidir estas causas, particularmente en lo que se refiere a la carga probatoria y justificatoria en el contencioso antidiscriminación, así como a la conceptualización misma de la discriminación.

La solución, por lo tanto, sólo puede llegar en la forma de nuevos conceptos y valoraciones que den sustento a la construcción de una jurisprudencia que, al igual que lo que se espera de la jurisprudencia laboral respecto del trabajador, sea particularmente sensible a la realidad social que rodea el fenómeno discriminatorio. Pero la elaboración de dicha nueva matriz conceptual deberá ser materia de futuras entregas.

HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL: NOTAS A PROPÓSITO DE ALGUNAS SENTENCIAS

José Luis Ugarte Cataldo¹

1. La evolución de la huelga: del hecho tolerado al derecho fundamental

En recientes fallos de la Corte Suprema se dice que “la sustitución interna” –cambiar un trabajador para que reemplace a un compañero en huelga– es una forma de sustituir trabajadores en huelga, equivalente a la contratación de trabajadores externos².

Mirada así, esta línea jurisprudencial es modesta en cuanto a su alcance. Incide en el viejo debate sobre cómo debe interpretarse el artículo 381 del Código del Trabajo. No significa que esté prohibida la sustitución interna –como se ha informado con exceso de fervor en el mundo del trabajo–, sino que ella equivale legalmente a reemplazar trabajadores en huelga, por lo que, para utilizarla, deben cumplirse iguales requisitos que lo exigidos para contratar reemplazantes foráneos.

Esos requisitos, después de una débil Reforma Laboral (Ley 19.079 del 2001), son mínimos y consisten, básicamente, en que la empresa ofrezca en su última oferta lo mismo que el contrato colectivo anterior, más reajuste del Índice de Precio al Consumidor y un bono de 4 UF por trabajador reemplazado.

¿Y dónde está, entonces, la importancia de los fallos que comentamos? En las razones que los justifican. La Corte Suprema afirma, sin vacilaciones, que la huelga es un derecho fundamental –de reconocimiento implícito en la Constitución Política de la República (en adelante, CPR) y fundado en la

¹ Profesor de Derecho del Trabajo e Investigador Universidad Diego Portales.

² Corte Suprema, Rol N° 3514-2014, sentencia de fecha 4 de diciembre de 2014; y Rol N° 15.293-2014, sentencia de fecha 12 de mayo de 2015.

libertad sindical– y le atribuye, como ocurre en buena parte de las sociedades modernas, una importancia básica: “carecen los dependientes de otra herramienta pacífica que puede contrapesar la autonomía y poder de la propiedad”³.

Que la huelga es un derecho fundamental en el orden legal chileno no solo lo afirma Corte Suprema en estos fallos. Lo venía sosteniendo, desde hace ya un tiempo, una significativa parte de la doctrina laboral nacional, particularmente en relación al reconocimiento de la autonomía sindical (artículo 19 N° 19 CPR), y a lo establecido en el artículo 8 del Pacto de Derechos Económicos y Sociales⁴.

Lo reconocen, además, buena parte de las democracias occidentales, incluyendo todos los países de nuestra región. En ese sentido, la huelga es un derecho constitucional en España desde 1978, en Francia e Italia desde 1948, en Uruguay desde 1934 y en México desde 1917. Y en aquellos países donde la Constitución no la nombra por sus letras, la huelga ha sido considerada por su jurisprudencia –desde la década del cincuenta– como contenido de otros derechos fundamentales –la negociación colectiva o la libertad sindical– que se da en el caso alemán, el japonés o el sueco.

¿Qué consecuencias jurídicas tiene la consideración de la huelga como un derecho fundamental? En las líneas que siguen, exploraremos las consecuencias que tendría la consideración de la huelga como un derecho de jerarquía constitucional en la comunidad legal laboral chilena, particularmente en relación a su concepto y contenido.

2. El concepto de huelga en la doctrina del derecho chileno

Una parte importante de la doctrina laboral chilena ha sostenido históricamente un concepto restringido, tanto de los fines como de las acciones protegidas por el derecho de huelga. Se ha definido de modo abrumador a la huelga como la “abstención concertada de trabajar, que ejecuta un sindicato o un grupo de trabajadores, dentro de un periodo limitado y con los requisitos legales, con el propósito de persuadir a su respectivo empleador para la

3 Corte Suprema, Rol N° 3514-2014, op. cit., considerando 10°.

4 Irureta, Pedro, *Constitución y Orden Público Laboral*, (Universidad Alberto Hurtado), 2006, p. 97. En el mismo sentido Gamonal, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, (Lexis Nexis), 2009, p. 425; y Toledo, César, *Tutela de la libertad sindical*, (Thompson Reuters), 2013, p. 276.

suscripción de un contrato colectivo”⁵. Lo interesante es que ningún aspecto de esa definición ha sido sostenido en base a los textos legales vigentes. No hay un precepto legal en Chile que defina qué debe entenderse por huelga, ni tampoco que establezca como mandato que la única huelga admitida es aquella que se relaciona con una negociación colectiva.

A falta de ley, la doctrina se inventará una idea muy restrictiva de huelga, en la que pareciera latir la concepción ideológica propia –que quedará escondida casi todas las veces– de que se trata “de una etapa no deseable” de la negociación colectiva. De hecho, durante mucho tiempo, con un impudor sorprendente, esa misma doctrina negará a la huelga el carácter de derecho, y sostendrá que se trata de un “hecho reconocido jurídicamente”⁶.

Es más, la doctrina no solo sostendrá una concepción restringida, cuestión no muy novedosa en el derecho comparado, sino que describirá –de forma prácticamente unánime– el derecho positivo de modo tal que, fuera de la negociación colectiva regulada en el Código del Trabajo, la huelga no existe. Así, se ha sostenido que “en el caso de la legislación de la huelga en Chile, ésta desde el punto de vista normativo se enmarca dentro del proceso de negociación colectiva reglada, en función del contrato colectivo”⁷.

Ahora, lo interesante es que lo que esa doctrina laboral ha escondido con cuidado –a saber, una suerte de rechazo ideológico a la huelga por ver en ella una patología en las relaciones laborales–, fue sostenido por la Sala Laboral de la Corte Suprema hasta antes de los fallos que aquí comentamos. Ese tribunal sostenía –en la época más oscura de la jurisprudencia judicial para el Derecho del Trabajo (2006-2014)–, que la huelga se trataba de un “desenlace indeseable del proceso de negociación colectiva”, por lo que “corresponde realizar una interpretación restrictiva de las disposiciones que la reglamentan, desde que dicha instancia compromete, ciertamente, el desarrollo económico del país”⁸.

5 Macchiavello, Guido (1989) *Derecho Colectivo del Trabajo*, Santiago, Editorial Jurídica, p. 445. Cuestión especialmente sorprendente en este caso, porque este mismo autor en la misma página sostiene que “la huelga no se ha definido ni en el actual ni en el anterior Código del Trabajo”.

6 De hecho, como da cuenta Irureta, esa idea fue la que dominaba en la redacción de la Constitución de 1980: la de un “hecho de relevancia jurídica”. Irureta, Pedro (2006), *Constitución y Orden Público Laboral*, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, p. 193.

7 Tapia, Francisco (2005), *Sindicatos*, Santiago, Lexis Nexis, p. 75. En el mismo sentido Thayer, William (1991), *Sindicatos y Negociación Colectiva*, Santiago, Editorial Jurídica, p. 163.

8 Corte Suprema, Rol N° 995-2008, sentencia de fecha 15 de mayo de 2008. Lo curiosamente inexplicable es que en ese mismo fallo dos párrafos antes la Corte Suprema sostiene que la huelga es “un derecho fundamental reconocido implícitamente en la Constitución”.

Precisamente, aquí se encuentra el “giro copernicano” de la recién estrenada jurisprudencia de la Corte Suprema, que comienza a sostener –como lo había hecho antes la doctrina laboral– que la huelga es un derecho con la máxima jerarquía dentro del sistema jurídico chileno. De ahí que el razonamiento de la actual Corte Suprema en los fallos que comentamos, es especialmente justificado: si la huelga es un derecho fundamental, entonces, las medidas empresariales que lo limitan, como el reemplazo en sus dos versiones –contratando foráneos o moviendo internos– deben ser miradas como afectaciones que deberían eliminarse, porque en ambos casos sucede exactamente lo mismo: se deja a la huelga vacía de contenido –la empresa sigue produciendo normalmente– y la presión de los trabajadores queda convertida en una caricatura –tocar pitos y bombos–.

3. Una concepción amplia de la huelga y el derecho chileno

¿Existen razones para rechazar esa histórica lectura restrictiva de la huelga? Por el contrario, ¿es posible sostener que la huelga en Chile debe ser leída, de acuerdo a los materiales jurídicos vigentes, como un derecho de concepción amplia?

La concepción amplia ha sido progresivamente sostenida en la doctrina laboral contemporánea, entendiendo por huelga cualquier interrupción colectiva de la normalidad productiva en la empresa, con la finalidad que los propios trabajadores determinen. En palabras de Plá “toda interrupción o alteración del trabajo, con finalidad de protesta gremial, está dentro de la definición de huelga, y debe ser –teóricamente– considerada lícita, con la única excepción del sabotaje”⁹.

En esa misma concepción, la finalidad que el derecho permita a la huelga será entendida de modo extenso: cualquier fin de naturaleza laboral que los trabajadores decidan sostener como legítima, incluyendo la denominada huelga política¹⁰, es decir, las finalidades políticas que afecten a los trabaja-

9 Plá, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, (Depalma), 1998, p. 290.

Lo interesante de la citada opinión de Plá, según cuenta Ermida, es que el autor uruguayo modificó su postura conceptual original: años antes –en 1951– había sostenido una posición restrictiva, la que cambió posteriormente para dar cabida a la praxis social de la huelga. Ermida, Oscar, *Apuntes sobre huelga* (Fundación de Cultura Universitaria), 1996, p. 80.

10 Esta clásica clasificación, reeditada una y otra vez en la doctrina laboral, en Martín Valverde, Antonio, “Huelga laboral y huelga política: Un estudio de modelos normativos”, en *El derecho del trabajo ante el cambio social y político. I Coloquio sobre Relaciones Laborales*, Anuario del Instituto Universitario de

dores. De ese modo, la huelga tendrá una función de reivindicación laboral amplia: para efectos de la negociación colectiva, de mejoras de condiciones de trabajo y cualquier motivo de protesta o de conflicto en el marco de la relación de trabajo.

Las razones para sostener esa concepción en el derecho chileno están, básicamente, vinculadas a la consideración de la huelga como derecho fundamental –de reconocimiento constitucional– por razones de coherencia conceptual y normativas.

3.1. Razón de coherencia conceptual

Primero, una razón de coherencia conceptual. Si la huelga es un derecho fundamental no puede ser leído, sin traicionar las convenciones interpretativas vigentes, de manera restrictiva.

Cabe sostener, como ya lo explicamos, que la doctrina nacional sostiene hoy con unanimidad de que se trata de un derecho fundamental. Se sustenta su reconocimiento directo en tratados internacionales de derechos fundamentales (artículo 8 del Pacto de Derechos Económicos y Sociales) y en el contenido protegido del derecho a la autonomía sindical (artículo 19 N° 19 CPR). Y tiene también un reconocimiento indirecto en Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (artículo 3 del Convenio N° 87 sobre la libertad sindical).

Y entonces, si la huelga es un derecho fundamental en el derecho chileno, las convenciones interpretativas que le son aplicables dejan poco espacio para la duda. De hecho, no es necesario insistir en que dichas convenciones y reglas –interpretación finalista y *pro persona*– conducen a sostener que un derecho fundamental protege una extensión relevante y significativa de la realidad social que se considera valiosa para su protección, y no porciones mínimas y recortadas de la misma¹¹.

¿Cómo puede sostenerse que la huelga es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y, de manera simultánea, que es, por regla general, ilegal? O planteado en los términos ideológicos que esa doctrina suele esconder, ¿cómo puede considerarse a la huelga una “etapa indeseable” de la negociación colectiva si es el contenido de un derecho fundamental?

Relaciones Laborales, (Universidad de Zaragoza), 1976, pp. 73-86.

11 Principio reconocido, según se admite ampliamente, en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ver Ugarte, José Luis, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, (Legal Publishing), 2011, p. 57.

Es una contradicción que no resiste análisis. Si es un derecho fundamental, no solo no es indeseable, sino que es expresión de una porción de la realidad –bienes e intereses– que se considera especialmente valiosa desde el punto de vista social, y cuyo ámbito de protección debe ser entendido –según las convenciones interpretativas dominantes ya señaladas– del modo más amplio posible.

De ahí que la afirmación de que la huelga es un derecho fundamental, es incompatible con la idea de un modelo contractual de huelga (aquel que exige que la huelga solo tenga por finalidad la celebración de un contrato colectivo, como se suele sostener en el caso chileno), y más aún, con la idea de que cualquier huelga, fuera de la negociación colectiva, es ilícita o contraria al derecho.

Como se ha sostenido, “para sorpresa de muchos, la configuración del derecho de huelga como derecho fundamental (derecho subjetivo público de libertad) amplía los objetivos legítimamente perseguibles mediante la huelga, sin la posibilidad coherente de excluir su dimensión sociopolítica tras ser elevado a rango de derecho fundamental”¹². De este modo, por tratarse de un derecho fundamental, la huelga es *prima facie* lícita, salvo que el legislador, expresa y deliberadamente, la declare, en algunos casos calificados, como prohibida o ilícita, y siempre que esa calificación respete el principio de proporcionalidad o respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales.

En consecuencia, buena parte de la doctrina laboral chilena ha entendido todo al revés: ha hecho de la huelga una excepción y de sus restricciones la regla general.

3.2. Razones normativas

Segundo, por razones normativas. No existe, como ya destacamos, texto legal –ni el Código del Trabajo ni otras leyes– que establezca un mandato de prohibición respecto de la huelga fuera del marco de la negociación colectiva reglada.

De hecho, la única regulación legal de la huelga prevista por la ley en Chile –la de la negociación colectiva reglada¹³– ni siquiera explica qué debe entenderse por huelga. Si la huelga solo está regulada en el plano legal para un tipo

¹² Monereo, José Luis, *Derecho de huelga y conflictos colectivos*, (Comares), 2002, p. XXV.

¹³ Aquella negociación colectiva que se somete a las reglas de procedimiento previsto en el Libro IV del Código del Trabajo.

de modalidad de la negociación colectiva, ¿cómo asumir justificadamente que se encuentra prohibida para el resto de los casos? Sería un curioso caso de prohibición por omisión.

¿En base a qué normas jurídicas vigentes la doctrina viene, con tanta seguridad, calificando deónticamente como prohibida la huelga fuera de la negociación colectiva reglada?

Salvo hipótesis excepcionales previstas expresamente por el texto legal, la huelga no es ilícita, al no disponerlo ninguna norma prohibitiva del sistema jurídico chileno¹⁴.

En rigor, lo que ocurre con la huelga fuera de la negociación colectiva, puede describirse como una hipótesis de laguna normativa, esto es, de falta de una norma jurídica que tenga como propiedad relevante la acción de huelga y que la conecte con alguna calificación deóntica –prohibida, mandatada o permitida–¹⁵.

Y en esos casos, como es predecible, la forma de colmar la laguna o el vacío normativo es recurriendo a las normas y valores superiores reconocidos por el sistema jurídico que, en este caso, establecen que la libertad sindical es un principio con jerarquía constitucional (artículo 19 N° 16 y N° 19 de la Constitución).

De esta manera, puestos a calificar la conducta de huelga que se produce dentro de cualquier momento de la relación laboral y en cualquier contexto de trabajo en el derecho chileno –exceptuado el caso de que los trabajadores se encuentren en el marco de una negociación colectiva reglada–, no cabe sino entenderla como una acción reconocida por el orden jurídico –lícita para usar el lenguaje habitual– en cuanto contenido protegido de un principio con reconocimiento constitucional, como es la libertad sindical.

14 Una cuestión distinta es si la conducta de un trabajador en particular debe entenderse como, para el caso chileno, un caso de “ausencia injustificada” para efectos de calificar el despido (artículo 160 N° 4 del Código del Trabajo). Esa calificación corresponde al juez para el caso concreto, pero es obvio –por lo aquí sostenido– que en esa valoración el juez no puede utilizar como premisa argumentativa la idea de la ilicitud de la huelga por no estar conectada a una “negociación colectiva reglada”.

15 En palabras de Ruiz Manero “un cierto caso constituye una laguna normativa de un cierto sistema jurídico si y solo si (1) ese sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa y (2) el balance de principios relevantes de ese sistema jurídico exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida”. Ruiz Manero, Juan, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, *Lagunas en el Derecho*, (Marcial Pons), 2005, p. 123. Es obvio que, para el caso que nos ocupa, esos principios relevantes son la libertad sindical y la protección de los trabajadores, ambos con reconocimiento constitucional en Chile.

4. Consideraciones finales: el futuro de la huelga en el derecho chileno

¿Cómo resumir, entonces, el cambio que sufrirá la huelga en el derecho chileno a partir de su consideración como un derecho fundamental?

El régimen jurídico de la huelga en Chile debe ser descrito –en los tiempos que vienen– del siguiente modo: como el de un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, cuyo ejercicio es, por regla general, lícito para cualquiera de sus modalidades, en cualquier momento y estadio de la relación laboral y con la finalidad que los trabajadores estimen pertinentes. Excepcionalmente, ese derecho fundamental reconoce una restricción para una específica modalidad regulada legalmente, como es el caso de la huelga típica en el marco de una negociación colectiva reglada, en cuyo caso –y sólo en ese caso– la abstención colectiva de trabajar debe sujetarse a las reglas procedimentales fijadas por la ley.

De este modo, la huelga sólo puede ser considerada ilegal en las hipótesis específicas que regulan las siguientes normas legales: (a) la huelga que se enmarque dentro del tipo penal del artículo 11 de la Ley de seguridad interior del Estado¹⁶; (b) la huelga típica en la hipótesis de los trabajadores que se encuentran en una negociación colectiva reglada y que no pueden declararse en huelga como lo dispone el artículo 384 del Código del Trabajo¹⁷; y (c) la huelga típica en el caso de trabajadores que se encuentren dentro de un proceso de negociación colectiva reglada y que no la sujeten al procedimiento previsto en las reglas legales respectivas.

Cabe señalar que, especialmente en estos dos últimos casos, la ilicitud dice relación con la huelga como suspensión colectiva de la prestación laboral y no a las otras posiciones y manifestaciones protegidas por el derecho de huelga. Lo precedente lo da a entender el propio legislador, que explícitamente está pretendiendo regular esa parte del contenido del derecho de huelga, como el ya citado principio *pro-persona*, que debe guiar las interpretaciones de normas que regulan los derechos fundamentales.

16 La amplitud en la redacción del artículo 11 de la Ley N° 12.597 no esconde la voluntad de criminalizar la huelga y su derogación ha sido en reiteradas ocasiones solicitada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Sobre su análisis y crítica, ver Caamaño Rojo, Eduardo y Ugarte, José Luis, *Negociación Colectiva y Libertad Sindical*, (Legal Publishing), 2010, pp. 96-97.

17 El artículo 384 del Código del Trabajo representa uno de los puntos más críticos de la regulación legal de la huelga, cuestión que ha sido relevada por la Comisión de Expertos de la OIT. Sobre el análisis y crítica a esta norma, ver Caamaño Rojo, Eduardo y Ugarte, José Luis, *Negociación Colectiva y Libertad Sindical*, (Legal Publishing), 2010, pp. 88-92.

Se deberá entender, asimismo, como conductas que lesionan este derecho, desde el punto de vista del interés que protege –un mecanismo de presión eficaz al servicio de los trabajadores– las conductas empresariales consistentes en el denominado reemplazo de los huelguistas. Esto, ya sea en su modalidad externa –contratando trabajadores foráneos que realicen la función de los huelguistas–, ya sea en su modalidad interna –sustituyendo la función de los huelguistas con trabajadores de la misma empresa–. Y es que, como ya dijimos, en ambos casos sucede exactamente lo mismo: se deja a la huelga vacía de contenido –la empresa sigue produciendo normalmente– y la presión de los trabajadores queda convertida en una caricatura que solo permite tocar pitos y bombos.

En ese sentido, una consecuencia necesaria de la consideración de la huelga como derecho fundamental que reconoce un mecanismo de presión efectiva para los trabajadores, es el denominado “efecto anestésico” de la potestad de mando y de dirección del empleador, que ve restringidas sus facultades ordinarias de contratación en materia laboral.

Parece que, por fin, la huelga comenzará a jugar en el orden legal chileno el rol que en otras tradiciones jurídicas se le ha recocado hace décadas: “el medio que se atribuye a los débiles para tener peso sobre la determinación de su suerte”¹⁸.

¹⁸ Supiot, Alan, *La huelga hoy en el derecho social comparado, Informe final*, (Bosch), 2005, p. 270.

EL VETO PRESIDENCIAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sebastián Soto Velasco¹

“La estructura del poder legislativo es una combinación de instancias de cooperación, de negociación y de veto”².

Edgardo Boeninger.

Resumen

A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional³ durante la tramitación del proyecto de ley de Televisión Digital (en adelante TV Digital), el presente trabajo aborda la institución del veto presidencial. Contemplado ya en nuestras primeras constituciones, la posibilidad del Presidente de observar proyectos despachados por el Congreso, se ha ido configurando por la práctica legislativa, de un modo intenso. En la actualidad, su uso esporádico no le quita fuerza en el juego de poderes entre el Congreso y el Presidente, pero el fallo del Tribunal Constitucional, cuya argumentación y uso de precedentes se analiza críticamente en este artículo, amenaza con despojarlo de sus características y efectos esenciales.

Introducción

La tramitación de la denominada ley de TV Digital estuvo lejos de ser un asunto sencillo⁴. Desde su ingresó al Congreso, en noviembre del 2008, y hasta su publicación en mayo del 2014, estuvo sometido a permanente discusión

1 Profesor del Departamento de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica. Abogado UC, Master en Derecho (LLM) de la Universidad de Columbia y candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Se desempeñó como Jefe de la División Jurídico Legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, entre los años 2010 y 2014. Actualmente es profesor visitante en la Universidad Harvard (2014-2015).

2 Boeninger, Edgardo, *Políticas Públicas en Democracia. Institucionalidad y Experiencia Chilena*. 2000 – 2006, (Uqbar Editores), 2007, p. 65.

3 Tribunal Constitucional, Rol N° 2646-14, sentencia de fecha 22 de abril de 2014.

4 Ley N° 20.750, que permite la introducción de la TV Digital Terrestre. Proyecto de Ley Boletín 6190-19.

legislativa. Lo que pudo haber sido una modificación acotada al marco regulatorio para permitir la introducción de la TV Digital, se transformó desde el inicio en un amplio debate de temas álgidos para una sociedad democrática, como la libertad de expresión, el derecho a la información y, en general, lo concerniente a la regulación de un medio clave como es la TV, que tantas expectativas y reacciones genera, tanto en el público como en los poderes políticos.

El Tribunal Constitucional (en adelante TC) no estuvo ajeno a este debate. En cinco ocasiones dictó sentencias sobre materias vinculadas con el proyecto. Las dos primeras se refirieron a la prohibición de los sistemas de medición en línea que fueron calificados como inconstitucionales⁵. La tercera versó sobre un requerimiento de un grupo de parlamentarios en relación a cuatro aspectos del proyecto vinculados principalmente con la obligación que el Estado imponía a los canales de televisión abierta de transmitir determinados contenidos⁶. La cuarta, se refiere a la impugnación que un grupo de senadores efectuó a la tramitación del veto del Presidente de la República al proyecto de ley⁷. La última sentencia tuvo su origen en el control obligatorio de las normas de rango orgánico constitucional⁸⁻⁹.

En estas páginas se analizará la cuarta de estas sentencias pues, como se verá, su argumentación genera efectos que trascienden el proyecto de ley en cuestión y apuntan directamente al régimen de gobierno y la correlación de fuerzas entre el Presidente y el Congreso. En otras palabras, es una decisión relevante desde el punto de vista institucional que, como se argumentará en este artículo, daña de manera severa una de las herramientas que, desde nuestras primeras constituciones, tiene el Presidente de la República para intervenir en el trámite legislativo: las observaciones o vetos.

5 Tribunal Constitucional, Rol N° 2509-13 sentencia de fecha 23 de agosto de 2013, y Rol N° 2358-12, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012 sobre el denominado *people meter*.

6 Tribunal Constitucional, Rol N° 2541-13, sentencia de fecha 18 de noviembre de 2013, en la cual se impugnaba la exigencia de una determinada forma de pluralismo, la obligación de transmitir campañas de utilidad pública y la obligación de transmitir canales regionales. Asimismo, cuestionaba el trato especial a TVN al permitírsele contar con una segunda concesión.

7 Tribunal Constitucional, Rol N° 2646-14, sentencia de fecha 22 de abril de 2014, que es la que se analizará.

8 Tribunal Constitucional, Rol N° 2645-14, sentencia de fecha 6 de mayo de 2014, sobre control de constitucionalidad del proyecto.

9 Para efectos de transparencia, doy cuenta que me correspondió participar en la tramitación de este proyecto de ley, en la elaboración del veto y en su negociación. No tuve, en cambio, ninguna participación en el requerimiento ante el Tribunal Constitucional.

La primera parte de este trabajo analiza el veto presidencial en nuestras constituciones y el uso que, de manera muy excepcional, se le ha dado en las últimas décadas. La segunda, expone los aspectos sustanciales del voto de mayoría y del de minoría de la sentencia que se analiza. La tercera revisa críticamente el fallo, cuestionando los precedentes que le sirvieron de base y los razonamientos esgrimidos. Además, llama la atención sobre los inciertos efectos de esos precedentes y razonamientos sobre futuros vetos, en caso de consolidarse una práctica como la que el fallo analizado ampara. Finalmente, y en cuarto lugar, se esboza en forma sintética, por qué es el Tribunal Constitucional el único órgano hábil para resolver estas discrepancias formales.

1. El veto o las observaciones del Presidente de la República

1.1. Las reglas

La facultad presidencial de vetar las leyes existe desde los orígenes del constitucionalismo. Ya lo contemplaba la Constitución de Estados Unidos con un doble objeto. El primero, como explica Hamilton, era resguardar la separación de poderes que esa misma carta fundamental consagraba, entregando al Presidente una herramienta que permitía evitar que la Legislatura se apropiara de atribuciones que correspondían al Poder Ejecutivo. Si ello ocurría se produciría la concentración del poder legislativo y el ejecutivo en una sola mano, cuestión que la Constitución a través del veto, pretendía evitar. El otro objetivo fue crear un filtro adicional previo a la dictación de una ley a fin de asegurar su calidad. Como argumenta Hamilton, “entre más veces se examine una medida y entre más diversos sean las personas encargadas de estudiarla, menor será el peligro de aquellos errores que resultan de la falta de deliberación o de pasos falsos que provienen del contagio de alguna pasión o interés común”¹⁰.

En Chile, la facultad del Presidente de devolver un proyecto de ley despachado por las cámaras ya se encontraba en nuestras primeras constituciones¹¹. La de 1833 establecía diversas reglas que autorizaban al Presidente a rechazar en su totalidad un proyecto o hacerle observaciones; tanto en el caso del rechazo total como de no aprobarse las observaciones del Presidente, el proyecto terminaba su tramitación y no podía proponerse durante aquella sesión

10 Madison, James; Hamilton, Alexander y Jay, John, *El Federalista*, (Fondo de Cultura Económica), 2001. N° 73.

11 Por ejemplo, artículo 56 de la Constitución de 1822, y artículos 53-57 de la Constitución de 1828.

legislativa. Las cámaras solo podían imponer su voluntad y obligar al Presidente a promulgar el proyecto solo si en los dos años siguientes aprobaban el mismo proyecto e insistían, en caso de veto presidencial, por los dos tercios de los parlamentarios¹².

El año 1893 se modificaron las reglas del veto pues, en palabras de Heise, la fórmula contenida en la Constitución de 1833 había sido “uno de los fundamentos constitucionales del autoritarismo portaliano”¹³. Esa nueva disposición constitucional disponía que, ante el veto del Presidente, las cámaras podían aprobar las enmiendas o, en el contexto de la tramitación del mismo y sin esperar entonces el próximo año legislativo, insistir por los dos tercios de sus miembros con el proyecto despachado originalmente. Si ocurría esto último, el proyecto se daba por aprobado¹⁴. Esta regla es la misma que se incluye en la Constitución de 1925 y en la carta vigente¹⁵.

Hay que agregar que las normas constitucionales que regulan el veto han sido configuradas por la práctica legislativa desde un inicio. Ya bajo el imperio de la Constitución de 1833 se interpretó que las observaciones que el Presidente hiciera para enmendar el texto de un proyecto despachado por el Congreso, no podían ser modificadas: es decir, se aprobaban o rechazaban¹⁶. Igualmente, se entendió que el veto no podía ser modificado ni aún por errores evidentes, pues “admitir que el Presidente de la República puede modificar el veto después de vencido el plazo constitucional que tiene para observar el proyecto, sería crear un nuevo trámite legislativo no reconocido por la Constitución”¹⁷. También desde hace décadas se considera que el veto no puede ser retirado si éste ya ha iniciado su tramitación¹⁸.

¹² Artículos 44 a 48 de la Constitución de 1833.

¹³ Heise, Julio, *Historia de Chile. El período parlamentario. 1861-1925*, (Editorial Andrés Bello), 1974, p. 47. La modificación fue aprobada durante el Gobierno de Balmaceda en la reforma de 09 de agosto de 1888 y luego ratificada en la legislatura posterior, en 1893.

¹⁴ Ley N° 43 del 26 de junio de 1893.

¹⁵ En la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución el comisionado Carmona propuso mantener la misma regla, cuestión que fue aceptada. Se discutió también si debía permitirse que el Presidente de la República promulgara parcialmente el texto del proyecto en la parte no vetada, si debía preferirse que el veto fuera analizado por una comisión mixta. Finalmente ninguna de esas propuestas prosperaron.

¹⁶ Huneeus, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, (Imprenta de “Los Tiempos”), 1890, p. 271.

¹⁷ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento referente a la consulta sobre veto del Ejecutivo. 1955. En Acuña, Rolando. *La Constitución de 1925 ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia, y Reglamento del Senado. Informes Emitidos entre 1926 y 1968*, (Editorial Jurídica), 1971, p. 668.

¹⁸ Ver Informes de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados de 1947 y 1954. En Cámara de Diputados, *Informes de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Recaidos en Consultas For-*

Asimismo, tanto la práctica legislativa como la doctrina fueron distinguiendo entre las distintas clases de observaciones: según el efecto que tuvieran sobre el proyecto de ley, podía tratarse de una observación o un veto supresivo, sustitutivo o aditivo. El primer veto propone eliminar alguna disposición del proyecto; el segundo reemplazarla; y el tercero añade algo no contemplado en el proyecto despachado por las cámaras.

Las formas de votación y los efectos que la aprobación o rechazo de cada una de ellas tienen sobre el proyecto de ley, también han sido objeto de debate a lo largo de nuestra historia. Hoy la regla ya no es objeto de discusión pues ha sido incluida en la ley y los reglamentos. Los vetos pueden aprobarse o rechazarse con el quórum que corresponda. Si se rechaza un veto supresivo o sustitutivo no hay ley en ese aspecto, a menos que las cámaras insistan por los dos tercios. Si se rechaza un veto aditivo, esto es, si no alcanza la mayoría, no prospera la adición que se pretendía¹⁹.

Como se puede apreciar, la facultad presidencial de observar los proyectos de ley y la tramitación de estas observaciones es una institución constitucional muy antigua en nuestro derecho, que se ha ido configurando sobre la base de las normas constitucionales y prácticas ya sentadas. Muchas de éstas últimas reconocidas también en los reglamentos de ambas cámaras y, en las últimas décadas, en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (LOC del Congreso). Pero el puro texto constitucional y su interpretación no bastan para comprender a cabalidad esta herramienta. Es necesario analizar la forma en que ha sido utilizada, al menos, durante las últimas décadas.

1.2. El uso del veto

Visto en abstracto, el veto presidencial es una herramienta que tiende a ser catalogada como una de las más fuertes del presidencialismo. Es considerado, al menos en teoría, el “control primordial del Presidente sobre el poder del Congreso”²⁰. Claro que esta regla presenta en el derecho comparado diversas características –veto total o parcial, veto con posibilidad de ser superado por el Congreso o no, etc.– lo que la transforma en un instrumento común en las diversas constituciones, pero con efectos dispares²¹.

muladas a ella desde el año 1926 hasta el año 1969, (Cámara de Diputados), 1970, pp. 147-148 y 185-186.

19 Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, Artículos 32 a 36.

20 Shugart, Matthew y Carey, John, *Presidents and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics*, (Cambridge University Press), 1992, p. 134.

21 Alemán y Schwartz, analizando las diversas reglas y procedimientos del veto en la región, concluyen

En Chile, también ha sido considerado un instrumento favorable al Presidente, que fortalece nuestro presidencialismo. Ya en el siglo XIX, Carrasco lo deja ver cuando dice que “un veto absoluto irrita con su dureza [...] tiene algo de vejatorio a las libertades públicas, sobre todo si se considera que es un solo hombre, que por ilustrado que sea, no puede poseer el saber, experiencia y el buen juicio de un número considerable de individuos”²². Más recientemente, en igual sentido, Londregan afirma que, en un proyecto en particular, la perspectiva del veto parcial, junto a una elección estratégica de las observaciones que se presentarán, le entrega al Presidente un considerable poder de negociación en sus relaciones con el Congreso²³.

A pesar de lo señalado, su uso es menos frecuente de lo que pudiera pensarse. Hamilton ya advertía que el sistema de pesos y contrapesos permitiría asegurar que esta herramienta sería utilizada con “gran cautela, y a menudo habrá espacio para criticar que se usa con timidez más que con temeridad”²⁴. Un Presidente que quiere llevar adelante su agenda legislativa no puede enfrentarse al Congreso en todo momento, y un uso excesivo de una herramienta poderosa como el veto, amenaza con dañar su relación con el Parlamento. El mismo Londregan lo expresa cuando, tras resaltar el poder del veto según hemos visto en la cita anterior, reconoce que el costo político de usarlo de modo regular es alto²⁵.

La prudencia en el uso de este mecanismo se puede corroborar si se analizan los vetos presentados desde el retorno de la democracia. Huneeus y Berríos sostienen que, entre 1990 y 2002, el veto fue muy poco usado por los Presidentes y agregan que, muchas veces, se utilizó para materias poco relevantes, por petición de los propios parlamentarios o por haberse encontrado errores en los proyectos de ley aprobados por el Congreso. Por eso, como concluyen en su investigación, “el veto es un procedimiento que ha tenido una relevancia marginal en las relaciones ejecutivo-legislativo”²⁶.

que, a pesar de lo que se cree, éstas muchas veces promueven la cooperación entre poderes más que el enfrentamiento. Alemán, Eduardo y Schwartz, Thomas, *Presidential Vetoes in Latin American Constitutions*, en *Journal of Theoretical Politics* 18(1), 2006.

22 Carrasco Albano, Manuel, *Comentarios sobre la Constitución política de 1833*, (Imprenta de la Librería de El Mercurio), 1874, p. 92.

23 Londregan, John, *Legislative Institutions and Ideology in Chile*, (Cambridge University Press), 2000, p. 99.

24 Madison, James; Hamilton, Alexander y Jay, John, *El Federalista*, (Fondo de Cultura Económica), 2001, N° 73.

25 Londregan, John, op. cit., p.99.

26 Huneeus, Carlos y Berríos, Fabiola, “El Congreso en el Presidencialismo. El caso de Chile”, en *Revista*

El mismo juicio se puede hacer de los años posteriores: si se analiza el número de observaciones presentadas puede llegarse a la misma conclusión. Entre 1990 y 2013 se presentaron 82 observaciones o vetos de los cuales solo el 14% fue rechazado²⁷. Y si bien ha habido vetos relevantes, como aquel que puso término a la Reforma Constitucional del 2005, la práctica ya asentada de buscar acuerdos en la tramitación de los proyectos de ley ha transformado en costumbre un diálogo pre legislativo, antes de ingresar un veto.

La sola existencia de este instrumento es un elemento que se tienen en consideración en el debate legislativo y que incentiva a los parlamentarios a conseguir el acuerdo del Ejecutivo para aprobar sus iniciativas. Asimismo, desde la perspectiva del Ejecutivo, su existencia es siempre un mecanismo de *última ratio* que, a pesar de sus elementos conflictivos, está entre las variables que se barajan en las negociaciones de los proyectos de ley.

En definitiva, la facultad del Presidente de la República de observar proyectos de ley ha sido fuertemente configurada, tanto en su interpretación como en su uso, por las prácticas legislativas y las estructuras informales de ejercicio del poder. Ello ha permitido que no se transforme en una fuente de conflictos entre el Ejecutivo y el Legislativo sino, regularmente y siguiendo la tríada que usa Boeninger en la cita que abre este capítulo, en un mecanismo para promover la negociación y la cooperación. Sin embargo, como es el caso que se analiza, otras veces pretende operar como un instrumento de veto de las mayorías legislativas. En estos casos, normalmente excepcionales, la institución se transforma en un mecanismo de presión entre la mayoría del Congreso y el Presidente. Cuando ello ocurre, es relevante que la herramienta sea eficaz y opere de la forma en que fue pensada desde el primer constitucionalismo chileno, es decir, que funcione como un mecanismo que permite al Presidente detener una iniciativa de ley respecto de la cual discrepa. De lo contrario, la institución cambia su sentido y finalidad. Que ello ocurra por la vía de una reforma constitucional es perfectamente posible, pero que se produzca por medio de mecanismos indirectos, como la sentencia que se comenta, no es ni jurídica ni democráticamente conveniente.

Sociedad Argentina de Análisis Político, Vol. 2, N°2, p. 359. En igual sentido: Berríos, Fabiola y Gamboa, Ricardo, "El Congreso Nacional chileno y el ejercicio de sus funciones legislativo y fiscalizadora (1990 – 2006)", en Revista Política, 47, (Universidad de Chile), 2006, p. 114.

27 Programa Naciones Unidas para el Desarrollo, *Auditoría a la Democracia. Más y mejor democracia para un Chile inclusivo*, (PNUD), 2014, p. 347. Las otras cifras son 68% aprobado; 6% aprobados parcialmente; 7% en tramitación; 5% archivados.

La sentencia que analizaremos se dictó a propósito de uno de estos enfrentamientos institucionales en el proyecto de ley de TV Digital. La mayoría del Tribunal Constitucional optó por una salida formalista que, en definitiva, debilita el uso futuro del veto justamente en aquellas circunstancias para las cuales fue ideado.

2. La sentencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el veto y, específicamente, sobre las normas que regulan su admisibilidad a propósito del proyecto de ley de TV Digital que tuvo una larga y debatida tramitación. El Presidente de la República Sebastián Piñera, presentó algunos meses antes del término de su mandato un conjunto de observaciones al proyecto de ley en algunos de sus aspectos más controvertidos. La gran mayoría de estas observaciones eran supresivas o sustitutivas, vale decir, suprimían o proponían modificaciones a textos ya aprobados por el Congreso.

En este artículo lo que interesa es la forma en que el fallo aborda las reglas en torno a la institución del veto y no se analizará el mérito de las observaciones presentadas ni su contenido, es decir, solo se abordará lo que dice relación con el proceso legislativo y no con la regulación de la TV digital.

2.1. Antecedentes de la sentencia. El debate en el Congreso

El veto despertó un intenso rechazo por parte de las fuerzas políticas opositoras. Ello puede apreciarse, por ejemplo, en las expresiones del Diputado Marcelo Díaz, quien sostuvo que el veto “pretendía salvar lo que no se obtuvo durante las votaciones en las dos ramas del Congreso, en la Comisión Mixta y en el mismo Tribunal Constitucional”. Por eso, agregó, “no se deseaba que el veto modificara aspectos sustanciales del proyecto aprobados por el Congreso tras un debate que se había prolongado por cinco años” y que debía rechazarse pues “vulneraba las facultades del Congreso Nacional”²⁸.

Sin embargo, el simple rechazo del veto produciría, de todas formas, efectos en el proyecto de ley despachado en caso de no alcanzarse el quórum de la insistencia, como probablemente ocurriría. Los diputados opositores decidieron invocar, entonces, la única norma que impedía iniciar la discusión del

²⁸ Historia de la Ley N° 20.750, p. 3061.

veto y evitar con ello sus efectos: declarar todas las observaciones inadmisibles por ser contrarias a las ideas matrices de la Ley de TV Digital.

En efecto, tanto la Constitución como la LOC del Congreso exigen que las observaciones tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto de ley. Si no la tienen, corresponde al presidente de cualquiera de las dos cámaras la declaración de inadmisibilidad, pudiendo ser ésta reconsiderada por la sala²⁹. Los presidentes de la comisión parlamentaria a la que ingresa el veto también pueden declarar la inadmisibilidad por la misma causa, siendo la sala la instancia de revisión de esta decisión. Sobre la base de esa atribución, la mayoría de la Comisión de Constitución determinó que todas las observaciones eran inadmisibles.

Tanto los representantes del Ejecutivo como los diputados oficialistas argumentaron la tesis contraria: que todas las observaciones decían relación directa con las ideas matrices, ya que, entre otras cosas, “cada una de las observaciones había sido efectuada al texto revisado por la Cámara y el Senado”³⁰. Además, la mayoría de los vetos propuestos por el Ejecutivo a la ley de TV Digital, eran sustitutivos o supresivos por lo que tenían conexión directa con el proyecto de ley debatido.

Antes de la votación en la Cámara de Diputados, se alcanzó un acuerdo político para aprobar algunas de ellas y declarar inadmisibles otras³¹. De esta forma, se obvió la discusión respecto a la vinculación de las indicaciones con las ideas matrices y se avanzó en algunas de las observaciones.

En el Senado, sin embargo, el acuerdo alcanzado en la Cámara de Diputados fue objeto de dura crítica. El Senador Espina, de Renovación Nacional, razonó que “un veto aditivo sí puede ser inadmisibile, porque en ese caso el Presidente de la República propone agregar algo. Y alguien puede decir que ese algo está en contra de las ideas matrices del proyecto [...]. En cambio, cuando la observación busca quitar una parte de la norma, explíquenme cómo puede violentar las ideas matrices”, preguntó el parlamentario. En igual sentido el Senador Coloma sostuvo que, la decisión de la Cámara de Diputados, “impide que un Presidente formule un veto supresivo a cualquier norma [con lo que]

29 Artículo 73 inciso 2° de la Constitución, y Artículo 32 LOC del Congreso.

30 Historia de la Ley N° 20.750, p. 3060.

31 El acuerdo lo resumió el Presidente de la Cámara de Diputados, Edmundo Eluchans: “Las Comisiones unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones, declararon inadmisibles todas las observaciones de su excelencia el Presidente de la República a este proyecto de ley. En virtud del acuerdo político que existe en relación con esta iniciativa, la Mesa declara inadmisibles las observaciones recaídas en los números 3), 4), 6), 7), 10), 13), 17), 18), 19), 22) y 28), y admisibles las recaídas en los numerales restantes”. Historia de la Ley N° 20.750, p. 3078.

se estará limitando notablemente las facultades del Primer Mandatario. Y si, además, asumimos que por esa vía no se requiere la insistencia, estaremos produciendo un doble efecto”.

Por su parte, el Senador Novoa criticó la declaración de inadmisibilidad y llamó la atención especialmente sobre los efectos que tendría en el régimen presidencial aceptar la decisión de la Cámara de Diputados. Señaló que la declaración de inadmisibilidad “cambia radicalmente el sentido de la norma constitucional y, además, tiene una consecuencia práctica (a quienes no les gusta el sistema presidencialista tal vez compartan el punto): la Carta dispone que, cuando el Presidente de la República veta una disposición, para insistir en la voluntad del Parlamento se requiere la votación favorable de los dos tercios de los congresales en ejercicio. Con esta fórmula de votar si una observación es admisible o no, una mayoría simple podría hacer primar el criterio del Congreso. Si a uno no le gustara cierta norma, entonces debe cambiarse la Constitución, pero no en la forma señalada”.

En relación a las críticas el Senador Zaldívar explicó que el Senado como cámara revisora no podía cuestionar la inadmisibilidad efectuada por la Cámara de Diputados “porque una rama del Parlamento no tiene primacía sobre la otra”. Por eso, la única alternativa era “que el Tribunal Constitucional, previa presentación del recurso respectivo, se pronuncie sobre su admisibilidad o inadmisibilidad”³².

Tras esta confrontación de posiciones en torno al tema, un grupo de senadores presentó un requerimiento al TC impugnando la decisión de la Cámara de Diputados, pues consideraron que los vetos declarados inadmisibles no eran contrarios a las ideas matrices. Se solicitaba entonces que el TC revirtiera la declaración de inadmisibilidad que había hecho la Cámara de Diputados.

2.2. El voto de mayoría.

El Tribunal Constitucional dictó sentencia sin que se haya formado mayoría en torno a una sola interpretación. La que se impuso, finalmente es, a mi juicio, negativa y, como ninguna otra sentencia de los últimos años, amenaza con eliminar un mecanismo constitucional como es el veto del Presidente de la República. La interpretación constitucional que entrega el fallo debiera, por lo mismo, a mi juicio, ser modificada en el futuro. De lo contrario, veremos desaparecer el veto presidencial cada vez que el Presidente de la República

³² Todas estas citas están tomadas de la sesión del Senado del 4 de marzo de 2014. En Historia de la Ley N° 20.750.

se enfrente a una cámara de origen en que no tiene mayoría. Analicemos el asunto en detalle.

A favor de rechazar el requerimiento se pronunciaron los ministros Carmona, Fernández, García, Hernández y Vodanovic. También lo hizo el ministro Bertelsen, pero con un argumento diferente al de los anteriores. Los cinco ministros sostuvieron que la declaración de inadmisibilidad de observaciones por ser contrarias a las ideas matrices del proyecto de ley no era una cuestión de constitucionalidad, sino que de legalidad y, por lo tanto, el TC no tenía competencia para pronunciarse.

Dos son los argumentos más relevantes del voto que se cuestiona. El primero es que “el constituyente no desarrolló el tema de la admisibilidad o inadmisibilidad del veto presidencial, el que dejó entregado en definitiva a la decisión del legislador orgánico constitucional, por ser propio de la tramitación interna de la ley”³³. Desde esa perspectiva, se trataría de un asunto de mera legalidad.

En la segunda argumentación, la sentencia entra directamente en lo que en derecho comparado se denominan “las cuestiones políticas”. Lo hace, eso sí, no para aislar esa variable dentro de la ponderación de elementos de juicio –como debe ser–, sino que para construir otro argumento. Se sostiene que el acuerdo político “hizo posible que se aprobara parte del veto, pues, de otro modo, éste no hubiera sido viable en su totalidad”³⁴, agregando que dicho acuerdo “permitió viabilizar el veto”³⁵. De esta forma, el TC no solo hace una ponderación discutible respecto al futuro legislativo de un veto sino que, además, utiliza tal argumentación eminentemente política para dar un argumento adicional que valida lo hecho por la Cámara de Diputados.

Sobre esta base, el TC concluye que “cualquier juicio acerca de la necesidad de fundar o no en razones puramente jurídicas la inadmisibilidad de los vetos; sobre la imperatividad de hacerlo mediante un acto fundado o aun en torno a la exclusión del Senado del mecanismo de revisión de la razonabilidad de este procedimiento”³⁶ no es una cuestión de constitucionalidad.

Con esto concluye que al TC nunca le estaría permitido entrar a cuestionar si una determinada observación fue calificada como contraria a las ideas

33 Tribunal Constitucional, Rol N° 2646-14, sentencia de fecha 22 de abril de 2014, considerando 13°.

34 *Ibíd.*, considerando 22°.

35 *Ibíd.*, considerando 23°.

36 *Ibíd.*, considerando 27°.

matrices del proyecto de ley y, como tal, declarada inadmisibile. El asunto, como veremos, no solo es erróneo sino que además de complejas consecuencias.

El ministro Bertelsen no suscribió esta tesis y, con ello, abre esperanza para que en el futuro el TC pueda enmendar su interpretación. Argumentó, que el requerimiento sí plantea una cuestión de constitucionalidad. Luego reflexionó sobre los efectos de acoger el requerimiento y finalmente terminó rechazándolo porque éste no singularizaba los artículos impugnados.

2.3. El voto de minoría.

Los cuatro ministros restantes –la ministra Peña, entonces Presidenta del Tribunal Constitucional, y la ministra Brahm y los ministros Aróstica y Romero– presentaron lo que, a mi juicio, son buenos argumentos para sostener que el asunto planteado es efectivamente una cuestión de constitucionalidad que, por tanto, permite el pronunciamiento del TC.

Argumentan, en primer término, que sí “existen reglas constitucionales que regulan la admisibilidad de las observaciones o vetos que formule el Presidente de la República a un proyecto de ley consignando –nada menos- que el límite que aquéllas y éstos deben observar: tener relación directa con las ideas matrices del proyecto, sin perjuicio de que, en el caso de los vetos, tales observaciones deban producirse dentro del plazo que señala el inciso primero del artículo 73 de la Ley Suprema”³⁷. Recuerdan los 4 ministros como sustento del argumento anterior, la historia de la reforma constitucional de 1970, citando una intervención del Senador Bulnes pertinente al tema: “En sesión de 6 de septiembre de 1969 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el Senador Bulnes explicó que al darle categoría constitucional a las disposiciones reglamentarias que impedían la presentación de indicaciones ajenas a las ideas centrales de un proyecto, se le daba competencia al Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre la materia”³⁸.

Establecido lo anterior, argumentan que la actuación de la Cámara de Diputados incurre en un vicio de constitucionalidad tanto formal como substancial: “La discrepancia producida entre los órganos colegisladores importaría una infracción a la Carta Fundamental, desde una perspectiva formal,

37 *Ibíd.*, Voto en contra de la ministra Peña (Presidenta), los ministros Aróstica y Romero, y la ministra Brahm, punto 5.

38 *Ibíd.*, Voto en contra de la ministra Peña (Presidenta), los ministros Aróstica y Romero, y la ministra Brahm, punto 6.

en cuanto el Presidente de la Cámara de Diputados, a través de su acción consistente en la declaración de inadmisibilidad de ciertas observaciones contenidas en el veto presidencial, habría alterado el proceso de formación de la ley, impidiendo que la Cámara revisora (Senado) se pronunciara sobre ellas. Pero, además, importaría una infracción sustantiva o material a la Constitución Política, desde el momento en que la aludida acción del Presidente de la Cámara de origen, habría coartado el legítimo ejercicio de las facultades colegisladoras que la Carta Fundamental entrega al Presidente de la República”³⁹. En consecuencia, ya no se trata solo de un debate en torno a la relación entre el veto y las ideas matrices del proyecto de ley, sino también del ejercicio de atribuciones constitucionales del Presidente de la República, las cuales, según argumentaron los cuatro ministros, se ven coartadas de un modo contrario a la Constitución, con la decisión del Presidente de la Cámara.

Por último, esta parte de la sentencia analiza la cuantiosa jurisprudencia sobre ideas matrices que ha elaborado el propio Tribunal Constitucional. Luego, coteja esos precedentes con la actuación de la Cámara de Diputados, que habría incurrido en una inconstitucionalidad al no existir tal desvinculación entre los vetos y las ideas matrices.

3. Comentarios. Una interpretación que debe modificarse.

Lo más complejo del fallo analizado, es que si se consolida, deja sin posibilidad de control a cierto tipo de contiendas legislativas que, desde 1970 y hasta hoy, se entendía que podían estar sujetas al arbitraje de un tercero, como es el Tribunal Constitucional.

Más que pronunciarse sobre la admisibilidad, el fallo de TV Digital debía resolver si determinadas observaciones decían o no relación con las ideas matrices del proyecto de ley. Como veremos, el Tribunal desde su primer fallo a inicios de los setenta y en decenas de otros durante las últimas décadas, se ha pronunciado sobre esta materia. De hecho, el TC nace en parte como un órgano llamado a hacer eficaz la norma que impide la presentación de indicaciones contrarias a las ideas matrices de los proyectos de ley. La existencia del TC permitió convertirla en una regla eficaz, pues, si bien antes estaban contempladas en normas infra constitucionales, las ideas matrices eran un

39 *Ibíd.*, Voto en contra de la ministra Peña (Presidenta), los ministros Aróstica y Romero, y la ministra Brahm, punto II.

límite muy débil, pues su interpretación quedaba solo a la decisión de la mayoría circunstancial.

Pero el Tribunal optó por resolver el asunto focalizando su análisis en la mera cuestión formal –la admisibilidad– obviando el análisis de la cuestión sometido a controversia. Para sostener su tesis, el TC argumenta sobre la base de precedentes y otros razonamientos que pasaremos a analizar a continuación.

3.1. Precedentes del TC en materia de cuestiones de admisibilidad

No es la primera vez que el Tribunal se pronuncia sobre si tiene o no competencia para conocer de declaraciones de inadmisibilidad. Lo hizo el año 2006, pero en relación a la inadmisibilidad que declaró el Presidente del Senado respecto de una insistencia del Presidente de la República por el rechazo de la idea de legislar de un mensaje. En esa oportunidad, señaló el TC que “la competencia del Tribunal está circunscrita a resolver problemas de constitucionalidad, pero no de infracción legal o de reglamentos internos de las Cámaras. La misión primordial de esta Magistratura es velar por la supremacía constitucional y no por la infracción de normas legales o infralegales”⁴⁰. Sobre esta base agregó que “la Carta Fundamental no contiene norma alguna que regule la declaración de admisibilidad o de inadmisibilidad de un proyecto de reforma constitucional”⁴¹.

Sin embargo, en ese fallo, a diferencia de lo sucedido en la decisión sobre las observaciones a la Ley de TV Digital, el TC sí zanja el asunto principal y cuestiona la inadmisibilidad declarada por el Presidente del Senado. En efecto, la cuestión constitucional tuvo, en esa oportunidad, su origen en la declaración de inadmisibilidad de la insistencia pues, a juicio del Presidente del Senado, en proyectos de reforma constitucional cuya idea de legislar había sido rechazada en la cámara de origen, no era posible hacer uso de ella pues no aplicaba el Art. 68 de la Constitución. El Tribunal señaló que sí era aplicable dicho mecanismo y luego sostuvo que no debía pronunciarse sobre la admisibilidad por ser ésta una cuestión de legalidad.

Como puede apreciarse, al desechar el argumento utilizado para sostener la inadmisibilidad el TC decidió el asunto. Tanto así que la inadmisibilidad

⁴⁰ Tribunal Constitucional, Rol N° 464-06, sentencia de fecha 31 de enero de 2006, considerando 14°.

⁴¹ *Ibid.*, considerando 15°.

no prosperó y el Senado conoció de la insistencia⁴². Si bien el TC afirmó que la declaración de inadmisibilidad no era una cuestión de constitucionalidad, al fallar que la insistencia aplicaba a las reformas constitucionales, zanja la contienda y le da la razón a los requirentes. No es un precedente correcto, entonces, para sostener que el TC no se puede pronunciar sobre cuestiones vinculadas con la admisibilidad. En este caso en lo concreto lo hizo, aun cuando reclama no haberlo hecho.

Tanto en el fallo de TV Digital y en el que se acaba de analizar, se citaron dos precedentes que suelen invocarse para excluir al TC de este tipo de contiendas. El primero, es un requerimiento vinculado con una reforma al Código de Aguas en el que el TC afirma que “la disposición que establece que la no aceptación de un artículo que requiere mayoría especial de aprobación importa también el rechazo de las demás que sean consecuencia de aquella, es de rango legal y no constitucional, por lo que no procede que este Tribunal se pronuncie sobre ellas, pues importaría entrar a resolver sobre la legalidad de un artículo de un proyecto de ley y no sobre su constitucionalidad”⁴³.

El segundo fallo que ha servido de precedente es aquel en que se cuestiona la constitucionalidad de un Decreto Supremo vinculado con las normas de flexibilidad presupuestaria. El TC sostiene, que “la argumentación del requerimiento en orden a que al dictarse el decreto supremo cuestionado se ha efectuado una interpretación demasiado amplia de las normas contenidas en el Decreto Ley N° 1.263 lo que desvirtuaría su real alcance, origina un problema de legalidad y no de constitucionalidad y no corresponde a este Tribunal emitir pronunciamiento al respecto”⁴⁴.

Ambos precedentes son correctos, pero no sirven de sustento conceptual para argumentar que no corresponde al TC pronunciarse sobre cuestiones de admisibilidad. En los precedentes citados se le pide al Tribunal pronunciarse sobre el alcance de una norma legal –la norma de la LOC del Congreso, la cual dispone que rechazada una norma se entienden también rechazadas las demás que son consecuencia de aquella y el DL de Administración Financiera– y sus efectos respecto de otros actos normativos: –un proyecto de ley y un decreto supremo–.

42 Boletín 4061-07. Reforma constitucional que establece un principio proporcional y representativo en el sistema electoral.

43 Tribunal Constitucional, Rol 260-97, sentencia de fecha 13 de octubre de 1997, considerando 35°.

44 Tribunal Constitucional, Rol 254-97, sentencia de fecha 26 de abril de 1997, considerando 29°.

Tanto en el caso del Proyecto de Ley de TV Digital como en el Proyecto de Reforma Constitucional objeto de la insistencia, la decisión respecto de la admisibilidad o inadmisibilidad tiene una vinculación directa con el texto constitucional. En un caso con las normas que regulan la insistencia y en otro con aquellas que regulan la relación directa entre el veto y las ideas matrices de un proyecto de ley.

Los precedentes recién citados, si bien son adecuados, no resultan aplicables al caso que se analiza.

3.2. Debilidades de la Argumentación

Si revisamos el fondo de la sentencia, lo que están diciendo los ministros del voto de mayoría es que si bien pueden pronunciarse respecto a la vinculación con la idea matriz cuando una observación (y por simple lógica, también una indicación o proyecto) se introduce a un proyecto de ley, no pueden hacerlo cuando se impide el ingreso al proyecto de dicha observación. Es decir, pueden conocer una faz de la cuestión –cuando la mayoría declara admisible– pero no puede conocer la otra cara del mismo asunto –cuando la mayoría declara la inadmisibilidad–. Y esta diferenciación es absurda por diversas razones.

En primer lugar, no parece razonable que el TC pueda conocer de un asunto solo en razón del resultado, es decir, cuando la decisión de la mayoría resuelve la admisibilidad y no cuando opta por la inadmisibilidad del proyecto, indicación o veto. Lo que exige la Constitución, según veremos, es que se suscite una cuestión de constitucionalidad, es decir, que exista una discrepancia respecto a la aplicación de la Constitución en el trámite legislativo. No exige, como supone el fallo, que el asunto en discordia se defina de una determinada forma por la mayoría.

En segundo lugar, la argumentación se funda estableciendo una diferencia entre la mayoría y la minoría, que carece de razonabilidad. Es obvio que a la mayoría se le trate de modo distinto que a la minoría cuando se debe, por ejemplo, definir qué propuesta es la que debe prosperar. Es legítimo y necesario que en tal caso la mayoría sea la que triunfe. Pero en la aplicación de una regla procedimental, esta diferenciación no es procedente. Las reglas del proceso legislativo aseguran a la mayoría y la minoría, un plano de relativa igualdad. Todos pueden presentar indicaciones, todos individualmente pueden intervenir, todos los votos pesan lo mismo, etc., y, por lo tanto, todas las partes debieran tener igual derecho a solicitar el juicio imparcial de un tercero. Sin embargo, con el fallo del TC que hemos analizado, a la minoría se le

impide hacerlo. En suma, tanto a mayoría como la minoría pueden impugnar ante el TC la declaración de admisibilidad, pero la minoría no puede impugnar ante ese órgano la declaración de inadmisibilidad que hace la mayoría. De esa manera se le impide hacer uso de un recurso procesal al que, por mandato constitucional, tienen acceso tanto la mayoría como la minoría.

En tercer lugar, el TC zanjó este asunto colocando el acento en el momento procesal donde se trabó la contienda –al momento de determinar su admisibilidad– y no, como ha sido tradicional, en la cuestión de fondo que se discute. Lo relevante, como tantas veces ha dicho el TC, es determinar si se trata o no de una “cuestión de constitucionalidad”. No es relevante entonces si ésta se plantea al momento de ser aprobado un proyecto en el primer trámite, al ser despachado, o, como es el caso, al momento de determinar su admisibilidad.

Corresponderá a una “cuestión constitucional” si hay “un desacuerdo, una discrepancia sobre la preceptiva constitucional entre los órganos colegisladores”⁴⁵, que puede ser de fondo o también de forma, como en el caso analizado. El TC también ha dicho que, como un criterio abstracto para diferenciar las cuestiones de constitucionalidad de las de legalidad, debe analizarse el cuerpo normativo donde está regulado el asunto: es decir, el operador se debiera preguntar dónde está tratada primordialmente la materia objeto de debate. Si lo está en la Constitución es una cuestión de constitucionalidad. Si lo está en la LOC o en los reglamentos, es una cuestión de legalidad, cuya resolución no le corresponde al TC⁴⁶. Y como es evidente, el mandato de relación directa entre un proyecto de ley y sus indicaciones y observaciones no solo se trata de una materia reglada en la Carta Fundamental, sino que, además, existe una vasta jurisprudencia constitucional al respecto.

Por eso, que el TC evite pronunciarse por tratarse de una declaración de inadmisibilidad es un formalismo inadecuado que obvia el contenido de la cuestión de constitucionalidad.

Los efectos de este fallo, además, son aún inciertos en el trámite legislativo. El Tribunal Constitucional, desde su creación en 1970 ha sido un importante ente disciplinador del procedimiento en el Congreso. Sus sentencias han sido influyentes, por ejemplo, para determinar cómo se votan los informes de las comisiones mixtas o los tratados internacionales que contienen normas

45 Tribunal Constitucional, Rol 23-84, sentencia de fecha 26 de septiembre de 1984, considerandos 3-8.

46 Tribunal Constitucional, Rol 464-06, sentencia de fecha 31 de enero de 2006, considerando 15.

de distinto quórum. Igualmente, esas mismas decisiones han hecho eficaz el mandato constitucional de respeto a las ideas matrices.

La influencia de sus sentencias es, al mismo tiempo, el gran problema de lo que se analiza en este artículo. Si es que se consolida el criterio contenido en la decisión que estamos revisando, los efectos que tendrá en la tramitación de futuros vetos son aún inciertos. Pero todo hace pensar que el veto perderá su eficacia, al menos cuando se enfrente a una Cámara en donde el Presidente no tenga mayoría. En esa consecuencia profundizaremos a continuación.

3.3. Efectos de la tesis del TC

Cuando el voto de mayoría argumenta que determinar si un determinado veto dice o no relación directa con el proyecto de ley, ya no es una cuestión de constitucionalidad, sino que de mera legalidad, lo que hace es impedir al TC zanjar estas contiendas y seguir disciplinando el procedimiento legislativo en este aspecto. Las consecuencias para el ejercicio de la atribución del veto del Presidente de la República son evidentes. Sin importar el contenido del veto, ninguna observación prosperará en el futuro, cuando el Presidente carezca de mayoría en una de las cámaras, dado que se declarará la inadmisibilidad y el veto no podrá ser discutido. No importa que nuestras constituciones hayan regulado el veto y la posibilidad que el Presidente tiene de impedir que se legisle sobre una materia a menos que concurran en la insistencia un alto quórum de las cámaras. Ahora aquella regla, si se consolida este precedente, caerá en desuso, pues ni siquiera se llegará a producir esa votación, ya que las cámaras declararán la inadmisibilidad de los vetos por ser contrarios a las ideas matrices. Sin importar si los vetos están o no en relación directa con las ideas matrices ya el TC no podrá seguir ordenando el proceso legislativo porque no tendrá el control en tal decisión.

Los efectos de tal interpretación para el ejercicio de las atribuciones presidenciales son nefastos. Las observaciones del Presidente, con este fallo, han dejado de ser una herramienta eficaz de veto y de negociación en el debate legislativo, Tal vez solo sobreviva como herramienta de cooperación. En otras palabras, ya no es herramienta de veto porque no es eficaz para que el Presidente detenga una determinada iniciativa. Deja, a su vez, de ser una herramienta de negociación porque ya no tiene credibilidad como instrumento eficaz para ser utilizado en el trámite legislativo. Solo podría ser una herramienta de cooperación, es decir, el Presidente podría hacer uso de ella cuando las cámaras estén de acuerdo. De lo contrario, harán uso del resquicio analizado.

El riesgo de la interpretación que hizo el fallo queda muy claro para el poder ejecutivo, Tanto así, que en su escrito de observaciones la Presidenta Bachelet –si bien solicitó el rechazo del requerimiento–, no alegó en ningún momento que se trataba de una cuestión de legalidad. Tal vez intuye que, con ello, su potestad colegisladora pierde una herramienta para contrapesar la acción de una mayoría desfavorable en alguna de las cámaras⁴⁷.

Como es evidente, la tesis del TC tiene efectos no solo sobre los futuros vetos presidenciales. Si las declaraciones de inadmisibilidad de los vetos no son sujetas a control alguno, tampoco lo son por la misma lógica, las declaraciones de inadmisibilidad de las mociones o indicaciones. De consolidarse el precedente, la minoría quedaría severamente afectada en sus opciones de tomar parte en el procedimiento legislativo con igualdad de armas. La mayoría, incluso antes de entrar a discutir la indicación o la moción, podría dejarla al margen del proceso deliberativo.

En definitiva, no solo estamos ante un precedente que impone una práctica parlamentaria en nuestro régimen constitucional sin cambiar ni una letra de la Carta Fundamental, sino que también amenaza la capacidad de la minoría de tomar parte en el debate legislativo.

4. ¿Quién debe velar por el cumplimiento de las reglas de procedimiento?

La sentencia lleva a preguntarse quién debe entonces velar en estos casos por el cumplimiento de las reglas de procedimiento, si no es el Tribunal Constitucional. La respuesta de algunos es que los propios parlamentarios tienen mecanismos e incentivos para hacer exigible el cumplimiento de las reglas de formación de la ley. Se trataría, en consecuencia, de un acto interno de una de las cámaras no sujeto a control jurisdiccional alguno. Es esta, con algunas variaciones, la denominada *enrolled bill* doctrine en el derecho anglosajón o la *interna corporis acta* del derecho continental.

⁴⁷ La Presidenta Bachelet, en su escrito, solicitó el rechazo del requerimiento pero sobre la base de una argumentación completamente inédita. Señaló que los vetos declarados inadmisibles en la cámara eran contrarios a las ideas matrices no porque carecían de relación con ellas, sino porque eran contrarios a ellas y vulneraban el espíritu original del proyecto. La argumentación es incorrecta. ¿Cómo podría ser contraria a la idea matriz una propuesta vinculada directamente con ella pero que la modifique, sea para no legislar al respecto o para hacerlo de un modo radicalmente distinto? Sostener esto último, como lo hace el escrito del Gobierno, deja el trámite legislativo ya no limitado en cuanto a los tópicos que pueden discutirse en un determinado proyecto de ley. También deja atado el contenido específico de ese proyecto. En otras palabras, solo podría rechazarse mas no modificarse un proyecto de ley. Ver Escrito de Observaciones, pp. 89 y 92. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl

Sin embargo, nuevas tendencias jurisprudenciales y, especialmente, la creación de los tribunales constitucionales, han matizado la antigua imposibilidad de revisar el procedimiento legislativo por parte de órganos jurisdiccionales. En nuestro derecho, el Tribunal Constitucional fue creado, en gran medida, como un órgano capaz de resolver las controversias entre poderes en la tramitación de los proyectos de ley. Así, desde sus inicios, escrutó la tramitación de los proyectos de ley a la luz de las normas de la Carta Fundamental y dictó sentencias enmendando muchas veces la decisión legislativa.

Y ello tiene sentido. Pretender que sea el propio Congreso el que, como único órgano, vele por el cumplimiento de las reglas del procedimiento tiene algo de ilusorio. En nuestro derecho ya no existen leyes misceláneas no por obra de una norma abstracta incorporada en los reglamentos de las cámaras o en la Constitución, sino por la acción del TC que, tras su creación, permitió que un tercero ajeno al trámite legislativo hiciera exigible la regla.

Diversos autores han profundizado sobre esta materia y han sostenido variadas razones para argumentar en contra de la existencia de un órgano jurisdiccional externo que vele por el cumplimiento de las formas en el proceso legislativo. Entre otras, argumentan que el afán de reelegirse, el control de los grupos de interés, la figura de quien ejerce el liderazgo o presidencia de la respectiva rama e incluso motivaciones políticas y éticas promoverían el cumplimiento de las reglas de procedimiento, durante la tramitación de los proyectos de ley. No obstante, Bar-Siman, analizando esas y otras argumentaciones, concluye que “el congreso carece, por sí mismo, de la capacidad e incentivos para hacer cumplir las leyes del proceso de formación de la ley”⁴⁸. En el Congreso de Estados Unidos, por ejemplo, donde no hay control jurisdiccional del proceso, son numerosos los casos de “flagrante ignorancia de las reglas del procedimiento en los años recientes”⁴⁹. E incluso en Inglaterra, la cuna del Parlamento moderno, diversos indicios muestran que “las reglas no están tan internalizadas como para ser invulnerables a tentaciones partidistas, ideológicas o personales”⁵⁰.

Lo anterior no implica que toda discrepancia formal en el procedimiento legislativo deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional. Hasta antes de esta sentencia analizada en este artículo, el TC había logrado construir una

48 Bar Siman, Ittai, “Lawmakers as Lawbreakers”, en *William and Mary Law Review*, 52, 2010, p. 871.

49 *Ibid.*, p. 868.

50 *Ibid.*, p. 859.

frontera razonable entre las cuestiones de legalidad y de constitucionalidad. Como hemos dicho, la participación del TC era exigible únicamente cuando la norma vulnerada es de rango constitucional, como es el caso. Tampoco significa que todas las causales de inadmisibilidad de indicaciones, vetos o proyectos de ley, sean competencia del Tribunal Constitucional. En este punto, si bien el TC había errado el razonamiento en el fallo relativo a la insistencia de una reforma constitucional, el resultado había sido el correcto. Pero en este caso, ante una materia densamente regulada en la Constitución, el silencio del TC amenaza con debilitar fuertemente la eficacia de una herramienta institucional que nos acompaña desde los orígenes del constitucionalismo nacional.

5. Conclusión

El veto presidencial ha sido una herramienta que, desde nuestras primeras constituciones, han tenido a disposición los presidentes en el juego de poderes con el Congreso. Desde 1893, en que se configuró la institución tal como la conocemos hoy, el veto se ha constituido en un elemento útil para la negociación, la cooperación o el enfrentamiento entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. La sentencia del Tribunal Constitucional que se analizó en este escrito, cambia esa correlación de fuerzas, pues inhabilita el uso de las observaciones como herramientas de negociación y como herramientas de veto en ciertas circunstancias. Y lo hace sobre la base de una incorrecta interpretación de la Constitución.

En efecto, cinco ministros del TC sostuvieron que las decisiones de inadmisibilidad de los vetos, y por simple lógica también la de indicaciones y proyectos de ley, no eran susceptibles de control por parte del TC por no constituir una cuestión de constitucionalidad. Con ello, como se ha argumentado, el TC se aproxima a un asunto de importancia desde una perspectiva parcial que atiende no al contenido de la contienda de constitucionalidad –en este caso, la relación de unos vetos con las ideas matrices– sino que al momento legislativo en que ésta se trabó –el juicio de admisibilidad–. Así el fallo no solo desatiende precedentes, sino que también parece no percibir los efectos de la decisión. Pero, lo más discutible, es que por la vía de una argumentación poco convincente renuncia a cumplir uno de sus roles fundantes, como es disciplinar el cumplimiento de las formas y reglas del proceso legislativo.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL 2731 – 2014 (CONTROL PREVENTIVO AL PROYECTO DE LEY QUE CREA EL ADMINISTRADOR PROVISIONAL)

*Constanza Salgado Muñoz*¹

Introducción

El 26 de noviembre de 2014 el Tribunal Constitucional dictó, sin duda alguna, una de sus sentencias más importantes, hasta la fecha (Rol 2731-2014). En ella, el Tribunal Constitucional rechazó, de modo absoluto, el requerimiento que un cuarto de la Cámara de Diputados presentó para que declarase la inconstitucionalidad del proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educación superior (en adelante, “proyecto de ley”)².

La dictación de esta sentencia deriva de una de las competencias más problemáticas que la Constitución Política atribuye al Tribunal Constitucional: el control preventivo voluntario, o previo requerimiento, es decir, el control de

1 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (2009), Magister en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (2013). Profesora de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección de correo electrónico, constanzasalgadom@gmail.com o constanza.salgado@uai.cl.

2 La generalidad de las impugnaciones fue rechazada por 6 votos contra 4. Sin embargo, las impugnaciones a los artículos 3, 10, 11 y 13 letra (a) inciso segundo son rechazadas por 5 votos, con el voto dirimente del Presidente del Tribunal Constitucional, Carlos Carmona Santander. Por el rechazo del requerimiento votan los ministros Carlos Carmona, Hernán Vodanovic, Francisco Fernández, Gonzalo García, Domingo Hernández. Por acoger el requerimiento votan las ministras Marisol Peña, María Luisa Brahm y los ministros Raúl Bertelsen, Iván Aróstica. Juan José Romero se suma generalmente a la mayoría que está por rechazar, y en algunas ocasiones está por acoger, pero solo cuando se trata de los artículos 3, 10, 11 y 13 letra (a) inciso segundo del Proyecto de Ley. En el caso de estos artículos, en que hay empate entre los ministros que están por acoger el requerimiento y los que están por rechazarlo, es el voto del Presidente del Tribunal, el ministro Carlos Carmona, quien inclina la balanza hacia el rechazo de la impugnación de los mismos. El carácter dirimente del voto del Presidente se funda en el artículo 8 letra (g), que establece que son atribuciones del Presidente “dirimir los empates, para cuyo efecto su voto será decisivo, salvo en los asuntos a que se refieren los números 6° y 7° del artículo 93 de la Constitución Política”.

constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional antes de que entre en vigencia la ley, en caso de que un número de parlamentarios o el Ejecutivo consideren, fundadamente, que contiene normas inconstitucionales³.

En el presente caso, esta competencia se origina por el requerimiento de 31 Diputados que solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de un sinnúmero de artículos del proyecto de ley que crea el administrador provisional. El requerimiento, en primer lugar, impugnaba *todo el proyecto* por no cumplir con los quórums de aprobación requeridos, que según los requirentes, eran de ley orgánica constitucional. En segundo lugar, el requerimiento solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de diez disposiciones legales. Sin embargo, como se dijo, el requerimiento fue rechazado totalmente: ninguna de las alegaciones interpuestas por los Diputados fue acogida por el Tribunal. De esta forma, un mes después de la sentencia de rechazo, el proyecto de ley pudo transformarse en la Ley N° 20.800⁴.

1. Brevemente, sobre el control preventivo

El control preventivo de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional es el último “enclave” o “trampa” constitucional, es decir, es el último recurso que la Constitución Política de 1980 contempla para neutralizar la expresión institucional del pueblo. En efecto, los enclaves o trampas tienen como propósito dar “al proceso político una forma cuyo fin es neutralizar la agencia política del pueblo”⁵, lo que significa entorpecer el proceso de creación de la ley a través de reglas contramayoritarias. El control preventivo es el último enclave dado que opera, precisamente, cuando ya han fracasado (o no han podido operar) los dos anteriores: el sistema binominal y las leyes que exigen quórums de aprobación superiores a la mayoría. La forma de operar es por la vía de intervenir en el proceso de formación de la ley, antes de que sea dictada, declarando su inconstitucionalidad e impidiendo, parcial o totalmente,

3 El proyecto de ley en cuestión ya había pasado todos los trámites legislativos exigidos por la Constitución al Congreso Nacional y estaba siendo enviado a control obligatorio de constitucionalidad (93 N° 1 Constitución Política), en virtud de que los artículos 19, 20 y 21 se habían declarado materia de Ley Orgánica Constitucional.

4 La ley fue publicada en el diario oficial, con fecha 26 de diciembre de 2014.

5 Atria, Fernando, *La Constitución Tramposa*, (LOM), 2013, p. 45. En el mismo párrafo, más adelante, Atria señala espléndidamente que el sentido de los “enclaves” o “trampas” es que “inmunizaban lo que para el proyecto político de la dictadura era importante: hacer imposible que dicho proyecto fuera afectado por decisiones políticas democráticas, salvo cuando se trataba de reformas o modificaciones que fueran aprobadas por los herederos de la dictadura. La propia metáfora utilizada por Guzmán lo traiciona: cuando las reglas definen la cancha de modo tal que, de hecho, solo un equipo puede ganar, pase lo que pase, no hay mejor manera de describirlo que decir que se trata de reglas tramposas”.

su nacimiento a la vida jurídica⁶. Por supuesto, el Tribunal Constitucional puede ser más o menos deferente con el legislador en el ejercicio de esta competencia, lo que atenúa o agrava el problema que esta atribución supone⁷. Algo análogo puede decirse respecto de quienes ostentan legitimación activa para requerir. La tendencia, no obstante, ha sido ejercer dicha legitimación (o amenazar con ejercerla) cada vez que la minoría o un grupo de ella no está de acuerdo con la decisión que alcanzó la mayoría⁸.

2. El Proyecto de Ley impugnado

El proyecto de ley impugnado fue enviado por el Ejecutivo al parlamento para su tramitación, con fecha 5 de mayo de 2014. El objetivo del proyecto de ley enviado, pese a que sufrió modificaciones a lo largo de su tramitación legislativa, era dotar a la administración de facultades y competencias para poder enfrentar de la mejor forma las situaciones en que peligraba la existencia de las

6 Por supuesto, no es necesario que el Tribunal Constitucional revise, en los hechos, el proyecto de ley impugnado. Basta con que exista la *posibilidad* de llevar el asunto a este Tribunal. La impugnación ante el Tribunal Constitucional opera, entonces, *como una amenaza que obliga a la mayoría a transar con la minoría de tal forma* que el proyecto no sea revisado por el Tribunal.

Esto, por ejemplo, fue lo que ocurrió con la reforma a la salud, que creó el Plan Auge. La propuesta original del gobierno del Presidente Ricardo Lagos básicamente, era la creación de un Fondo de Compensación Solidario, que establecía un conjunto de subsidios cruzados en función de riesgos, que por tanto integraba de manera limitada y restringida el sistema público con el privado. La consecuencia era que parte de las cotizaciones de quienes contrataban con las Isapre tendrían que destinarse a este fondo común. Esta propuesta, sin embargo, no llegó muy lejos ante el rechazo rotundo de algunos senadores de derecha, los cuales señalaron que “desviar parte de la cotización a la formación del Fondo de Compensación Solidario *puede adolecer también de inconstitucionalidad*, en la medida en que se priva a los cotizantes de una parte de la cotización que les pertenece”. En base a ese argumento, el senador Alberto Espina señaló que “en vista de las dudas sobre la constitucionalidad que pesan sobre los artículos del proyecto que regulan el Fondo de Compensación Solidario y la Prima Universal”, se abstendría en la votación de los mismos y que parlamentarios de su sector recurrirían al Tribunal Constitucional para que dilucidara estos puntos. Frente al riesgo de que esto sucediera y que de esa forma la gran reforma sanitaria se viera entrabada por la propuesta de este fondo solidario, el gobierno de la época negoció con la oposición eliminar dicho fondo, a cambio de la aprobación de los restantes aspectos del proyecto.

Algo similar a esto sucedió con la Reforma Tributaria que se tramitó el 2014 y que terminó en la Ley N° 20.780: frente al riesgo de que fuera impugnada y llevada ante el Tribunal Constitucional, corriendo el riesgo de demorar la tramitación y eventualmente que dicho Tribunal la declarase inconstitucional, el gobierno acordó con la oposición importantes modificaciones al proyecto original.

7 Esto de alguna forma implica adoptar un principio de presunción de constitucionalidad de los actos legislativos. De acuerdo a este principio, el Tribunal Constitucional ante la duda, en vez de sustituir la voluntad legislativa ha de presumir que dicha voluntad se adecúa a la Constitución, toda vez que dicha voluntad ha emanado de un largo proceso de deliberación democrática.

8 Esto último es especialmente evidente cuando se trata de reformas “importantes”, como por ejemplo, las que modifican reglas impuestas por la dictadura. Esto es lo que, por ejemplo, la Unión Demócrata Independiente ha dicho que ocurrirá con la reforma educacional al sistema escolar y con la reforma al sistema binominal.

instituciones de educación superior, y con ello, el proceso de formación educativa de miles de estudiantes.

Hasta antes de la Ley N° 20.800 el Ministerio de Educación solo podía intervenir cuando ya era demasiado tarde, y con atribuciones que tenían la capacidad de provocar tanto daño, que se hacía improbable su utilización. En efecto, el Ministerio de Educación solo contaba con la facultad de revocar el reconocimiento oficial (véase el apartado siguiente), pero no tenía facultades para intervenir ni ir en ayuda de las instituciones de educación superior con el objeto de salvar el proyecto educativo, o bien terminarlo, pero de manera lo menos dramática posible. De esta forma, la Ley N° 20.800 fortalece el marco regulatorio de las instituciones de educación superior, en lo relativo al cumplimiento de los requisitos que permiten mantener el reconocimiento oficial, y le entrega a la administración ciertas facultades que le permitan intervenir provisionalmente en las instituciones que presentan severos problemas y que arriesgan la revocación de su reconocimiento estatal.

2.1. Antecedentes

La Ley N° 20.370 General de Educación (refundida y sistematizada en el DFL N° 2 de 2009 del Ministerio de Educación) garantiza a los privados la posibilidad de llevar a cabo proyectos educativos formales e informales. En educación superior, dicha ley regula los requisitos que han de cumplir aquellos proyectos para transformarse en instituciones educacionales amparadas y reconocidas por el Estado. En efecto, cuando la libertad de enseñanza pretende institucionalizarse a través de la creación de universidades, institutos profesionales y centros de formación técnica⁹ ha de contar, por mandato constitucional del artículo 19 N° 11 inciso final¹⁰, con autorización estatal que acredite que los proyectos educativos que estas instituciones esperan ofrecer, son proyectos mínimamente serios y perdurables en el tiempo¹¹. La autorización estatal de funcionamiento que permite a los particulares ejercer la libertad de enseñanza a través de estas instituciones se denomina reconocimiento oficial, que el artículo 45 de la Ley N° 20.370 define como “el acto administrativo en virtud

9 Estos son los tres tipos de instituciones de educación superior que el artículo 52 del DFL N° 2 declara que el Estado reconocerá oficialmente.

10 Indica que una *ley orgánica constitucional* “establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel”.

11 Los requisitos para dicho reconocimiento están definidos en los artículos 61 (para el caso de las Universidades), 72 (para el caso de los Institutos Profesionales) y 79 (para el caso de los Centros de Formación Técnica).

del cual la autoridad confiere a un establecimiento educacional la facultad de certificar válida y autónomamente la aprobación de cada uno de los ciclos y niveles que conforman la educación regular, y de ejercer los demás derechos que le confiere la ley”¹².

Ahora bien, el reconocimiento oficial no es perpetuo, en la medida en que las instituciones de educación superior deben mantener las condiciones que la ley les exigió para autorizar su funcionamiento. Esto se traduce en que siempre es posible que la Administración (el Ministerio de Educación, con acuerdo del Consejo Nacional de Educación) revoque dicho reconocimiento, si es que la institución (a) no cumple con sus objetivos estatutarios; (b) realiza actividades contrarias a la moral, al orden público, a las buenas costumbres y a la seguridad nacional; (c) incurre en infracciones graves a sus estatutos; o (d) deja de otorgar títulos profesionales de aquellos que requieren haber obtenido previamente el grado de licenciado¹³. Nótese, en todo caso, que las condiciones para el otorgamiento del reconocimiento oficial fueron consideradas conformes a la Constitución cuando el Tribunal Constitucional ejerció su control preventivo obligatorio¹⁴. Lo mismo puede decirse de las causales que la ley contempla para su revocación.

Sin embargo, el problema del sistema recién descrito, que opera sobre la base del reconocimiento/revocación, es que la Administración no contaba con *atribuciones explícitas* para fiscalizar el cumplimiento de las instituciones de educación superior de todas estas obligaciones que la ley exige para su funcionamiento (por ejemplo, fiscalizar que efectivamente no lucrarán)¹⁵. Y no solo para fiscalizar dicho cumplimiento, sino que para intervenir las instituciones

12 El Tribunal Constitucional en un extenso considerando en su sentencia, explica qué tipo de acto administrativo es el reconocimiento oficial. Según el Tribunal Constitucional se trata de una autorización de funcionamiento “toda vez que queda sujeta a una intensa fiscalización, quedando expuesto incluso a la revocación, si incumple los supuestos que llevaron a su otorgamiento”. Tribunal Constitucional, Rol 2731-14, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2014, considerando 11°.

Como señala el Tribunal Constitucional, por una parte se trata de un título habilitante, pues solo en virtud de ella puede llevarse a cabo la actividad en cuestión. Por la otra, es un título constitutivo, en el sentido que establece las condiciones conforme a las cuales ésta actividad ha de realizarse.

13 Artículo 64 del DFL N° 2 de 2009.

14 Tribunal Constitucional, Rol 102-90, sentencia de fecha 27 de febrero de 1990. De esta forma, la prohibición de lucro por parte de las universidades es una condición perfectamente constitucional, ya que fue revisada sin que el Tribunal Constitucional objetara su constitucionalidad.

15 Este fue un punto que se discutió al momento de la acusación constitucional al Ministro de Educación Harald Beyer, en 2013. Esto porque uno de los capítulos de la acusación era, precisamente, no haber fiscalizado durante su gestión que las universidades efectivamente no lucrarán. El Ministro Beyer se defendió de esta acusación señalando que carecía de atribuciones para fiscalizar que las universidades cumplieran con la ley (y por supuesto, con su obligación legal de no lucrar).

en crisis (la mayoría de las veces originada por sus incumplimientos), ya no con el fin de revocar su autorización de funcionamiento, sino con el objeto de salvarlas, ayudando de esta forma a los estudiantes a continuar sus estudios y acceder, finalmente, a sus títulos. Sin estas facultades y atribuciones, la Administración siempre llegaba tarde: solo podía revocar el reconocimiento oficial, pero no podía intervenir las instituciones en crisis ni evitar que se desatara, y cuando estallaba la crisis, la única herramienta que le quedaba a la Administración era la revocación del reconocimiento estatal y la cancelación de la personalidad jurídica de la universidad en conflicto.

La situación concreta que dejó al descubierto estas deficiencias, en especial, la incompetencia de la Administración para enfrentar, de una manera proporcional y razonable, la complejidad de la situación de una institución de educación superior que no está cumpliendo con las condiciones que hicieron posible su autorización de funcionamiento, fue la grave crisis que se desató en la Universidad del Mar, la que derivó finalmente en la revocación de su reconocimiento oficial¹⁶.

2.2. El Administrador Provisional y el Administrador de Cierre

En vista de esas deficiencias, que indudablemente afectan principalmente a los estudiantes de las instituciones incumplidoras y en crisis, el proyecto de ley crea y regula la figura del Administrador Provisional (y el Administrador de Cierre) de instituciones de educación superior, con el objeto de solucionar los serios problemas detectados en el interior de alguna de ellas, para de esta forma proteger los derechos de sus estudiantes.

Como el Tribunal Constitucional constata, la figura del administrador provisional no es nueva en nuestro ordenamiento, ya que existe tanto en empresas que operan bajo la modalidad de contratos administrativos, como en otras que operan bajo régimen de autorización¹⁷. La razón de su existencia

¹⁶ Con el acuerdo del Consejo Nacional de Educación, el Ministerio de Educación (a través del Decreto N° 17, de fecha 5 de febrero de 2013) revocó el reconocimiento oficial y canceló la personalidad jurídica de la Universidad del Mar, ya que concurrían determinadas causales que autorizaban la adopción de dicha medida por parte del Ministerio. En efecto, de acuerdo al Decreto N° 17, la Universidad del Mar incurrió en las causales establecidas en las letras a) y c) del artículo 64 del DFL 2 de 2009, esto es, incumplir sus objetivos estatutarios y cometer infracciones graves a sus estatutos.

¹⁷ Como señala exhaustivamente el considerando segundo, la figura del administrador está presente en empresas sujetas a contratos administrativos (existe en materia eléctrica, en materia sanitaria, en materia de concesiones de obras públicas, en materia de transporte público de pasajeros) y en empresas sujetas a autorización (Bancos, AFP, Isapres, en establecimientos educacionales de enseñanza básica y media). Tribunal Constitucional, Rol 2731-14, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2014, considerando 2°.

es “resguardar los intereses de terceros ajenos a los dueños de las empresas afectadas”¹⁸ en una situación de crisis, “con el propósito de intentar corregir lo que los dueños no pueden llevar a cabo, porque tienen conflictos entre sus intereses de propietarios y los derechos de los terceros”¹⁹. La intervención administrativa a través de esta figura es, indudablemente, una medida que el legislador ha considerado necesaria y a la vez razonable, cuando se trata de empresas y entidades que prestan servicios cuya interrupción puede afectar de manera importante el interés público.

3. El requerimiento y las normas impugnadas

Como sistematiza el Tribunal Constitucional en su sentencia, los diputados realizan 11 impugnaciones al proyecto de ley. Se trata, básicamente, de una impugnación de carácter general a la totalidad del proyecto, más diez impugnaciones a las siguientes disposiciones del proyecto de ley: artículo 3 inciso segundo, artículo 4 letra b), artículo 5, artículo 6, artículo 10, artículo 11, artículo 13, artículo 17, artículo 20, artículo 29 N° 1 letra f).

Según los requirentes, el conjunto de dichas disposiciones afectaría las siguientes garantías constitucionales: la autonomía de los cuerpos intermedios (artículo 1 inciso 3), el debido proceso (artículo 19 N° 3 inciso 6), la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (artículo 19 N° 5), la libertad de enseñanza (artículo 19 N° 11), el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24), a que la jurisdicción solo recaiga en los tribunales establecidos en la ley (artículo 76) y a la autonomía municipal (artículo 118).

Una cuestión que sorprende, negativamente, y que no puede dejar de hacerse notar es lo deficiente del requerimiento, no solo en cuanto a sus aspectos formales, sino que también sustantivos. Respecto a lo formal, el requerimiento comete errores graves: (i) señala infringido el artículo 19 N° 4, pero se cita el número 5; lo mismo sucede con el artículo 19 N° 3 inciso quinto, que se señala infringido, pero la norma que los requirentes citan es la que corresponde al inciso sexto de dicha disposición; (ii) al inicio del requerimiento se impugna la totalidad del proyecto por no cumplir los quórums exigidos (de ley orgánico constitucional), pero en la parte petitoria del escrito de requerimiento se

¹⁸ *Ibíd.*, considerando 3°.

¹⁹ *Ibíd.*

omite reiterar dicha solicitud, y posteriormente en los alegatos nunca más se repite esta alegación.

En cuanto a lo sustantivo, no hay argumentación verdaderamente relevante que sustente ninguna de las impugnaciones. Lo que hace el texto del requerimiento es copiar los preceptos que se cuestionan, resaltando en negrilla la parte más importante o que supuestamente se infringiría de las normas constitucionales (nunca queda claro qué significa el resaltado en negrilla), luego se copia la disposición constitucional infringida, complementando, a continuación, ambas transcripciones con uno o dos párrafos de argumentos. De esta forma, el requerimiento no se detiene a explicar ni fundamentar de qué manera las normas impugnadas afectan las garantías constitucionales que ellos consideran infringidas.

La deficiencia del requerimiento es tan evidente que el Ejecutivo, en su defensa del proyecto de ley, pide, como asunto de previo y especial pronunciamiento, que el Tribunal Constitucional rechace de plano el requerimiento presentado por los diputados, dada la falta de claridad en la exposición de sus fundamentos de hecho y de derecho, tal y como lo exige el artículo 63 de la Ley N° 17.997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional.

Efectivamente, como se señalaba, el requerimiento carece de fundamentación relevante, y en cierta forma, pareciera que los requirentes están simplemente utilizándolo para poner en conocimiento del Tribunal Constitucional el proyecto de ley, instándolo a que se pronuncie acerca de su constitucionalidad, como si se tratase de un control de oficio o preventivo de carácter obligatorio. Pero, como se sabe, el Tribunal Constitucional carece de competencia para conocer y dar una opinión vinculante de todos los proyectos de ley o bien de los proyectos que un grupo de diputados o senadores estime inconstitucionales. Si así fuera, habrían más razones para considerar al Tribunal Constitucional como una tercera Cámara y no como un tribunal. La competencia del Tribunal Constitucional es para resolver cuestiones de verdadera constitucionalidad que un proyecto presenta y no objeciones políticas o de mérito. Por tal razón cualquier requerimiento ha de explicar fundadamente de qué manera las disposiciones que se cuestionan infringen la Constitución.

La sentencia del Tribunal Constitucional no acoge la solicitud del Ejecutivo de rechazar de plano el requerimiento, no obstante en varias oportunidades reprocha a los requirentes la deficiencia del requerimiento en sus aspectos formales y sustantivos.

4. La sentencia

La sentencia en comento es extensa (204 considerandos) y se divide en tres capítulos: (i) antecedentes preliminares relativos a las principales instituciones jurídicas que el proyecto de ley consagra; (ii) principios orientadores de la sentencia y, finalmente (iii) el examen detallado de cada una de las disposiciones impugnadas con los argumentos para su rechazo.

En los antecedentes preliminares (i), el Tribunal Constitucional se detiene a explicar (a) en qué consiste la figura del administrador provisional²⁰ y (b) la autorización de reconocimiento oficial, los requisitos que exige y la posibilidades de su revocación²¹. A continuación, el Tribunal Constitucional señala los tres criterios interpretativos (o los principios orientadores) que guían la sentencia (y, como más adelante afirmará, que también guían el proyecto de ley), a saber: (a) la libertad de enseñanza y el derecho a la educación; (b) la autonomía universitaria y (c) las normas de organización y procedimiento de la regulación educacional.

4.1. Los criterios orientadores de la sentencia (y del proyecto de ley)

4.1.1. El derecho a la educación y la libertad de enseñanza

El Tribunal Constitucional reconoce que el derecho a la educación es un derecho social que, al concretarse con el acceso a instituciones de educación superior, permite que los estudiantes adquieran capacitación y destrezas que, posteriormente, los habiliten para desempeñarse en el mundo laboral, propiciando así el “legítimo ascenso social” y la “igualdad de oportunidades”. Cuando esto ocurre, el derecho a la educación confluye con la libertad de enseñanza en su concreción formal, porque para poder entregar educación –conducente a títulos, grados y licenciaturas– es necesaria la intervención estatal a través del reconocimiento oficial de esa enseñanza, cuya obtención “requiere la satisfacción de ciertos requisitos *más exigentes* que los requeridos para el simple ejercicio del derecho a la libertad de enseñanza”²². En efecto, para que el derecho a la educación se concrete en la posibilidad de adquirir títulos profesionales o técnicos y grados, los que en forma efectiva confieran

20 Véase apartado 2.1. de este comentario o bien considerandos segundo a noveno de la sentencia.

21 Véase apartado o bien, *Ibíd.*, considerandos 10° a 14°.

22 *Ibíd.*, considerando 20°.

competencias de calidad, es perfectamente posible, según el Tribunal Constitucional, que el legislador exija a los administradores, controladores y propietarios de las instituciones de educación superior, que se sujeten a una serie de regulaciones que permitan que los programas educativos que imparten, cumplan con estándares de calidad.

4.1.2. Autonomía universitaria

El Tribunal Constitucional reconoce que si bien la “autonomía universitaria” no es un concepto que esté reconocido expresamente en la Constitución, se deduce de ella en la medida en que “algunos” tipos de universidades son *cuerpos intermedios*²³, a los cuales la Constitución les reconoce autonomía para que puedan perseguir sus fines específicos y, de esta forma, tengan libertad para autorregular lo que en su interior suceda²⁴. Esta autonomía, sin embargo, “no se contrapone a la capacidad del legislador de dictar normas generales y obligatorias válidas”²⁵ para dichos cuerpos intermedios, los que “no están al margen de los mandatos del legislador”²⁶, toda vez que la autonomía que se garantiza constitucionalmente tiene límites. Sobre esta base, el Tribunal Constitucional declara que la autonomía que la Constitución reconoce a los cuerpos intermedios, como son las universidades, no es cualquiera sino la “adecuada” y que resulta “*inadecuada*’ cuando pretende ser invocada para realizar actividades ilegales, dañosas o ilícitas, o amparar excesos en la actuación del órgano que la invoca”, es decir, actividades reñidas con la ley.

4.1.3. Normas de organización y procedimiento

El Tribunal Constitucional introduce un concepto no utilizado hasta ahora en sus sentencias: las normas de organización y procedimiento que, según el Tribunal Constitucional, “tienen enorme sentido en las instituciones de educación superior”²⁷.

23 El Tribunal Constitucional señala que “no todas las universidades tienen por origen una agrupación intermedia, pero sí todas ejercen el principio de autonomía propiamente tal”. Este punto pretende mostrar que las universidades estatales surgen en virtud de una ley que las crea, pero igualmente son autónomas, porque su autonomía proviene del tipo de institución que son (“universidades”) y no de su origen.

24 Art. I, inciso segundo de la Constitución.

25 *Ibíd.*, considerando 28°.

26 *Ibíd.*

27 *Ibíd.*

Los derechos de organización y procedimiento son derechos a acciones positivas por parte del Estado y, en la clasificación de Robert Alexy, deben ser entendidas como prestaciones en sentido amplio²⁸. Según Alexy, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, a todo derecho fundamental material le están adscritos derechos de organización y procedimiento²⁹, es decir, *derechos del individuo frente al legislador para que este último dicte normas de organización* conformes a un derecho fundamental en particular³⁰. La dictación de estas normas organizatorias es especialmente importante cuando se trata del derecho a la educación, que se concretiza a través del estudio de carreras en instituciones educativas, que no son sino complejas organizaciones con una serie de derechos contrapuestos que han de conciliarse.

Por esta razón, la dictación de estas normas es especialmente adecuada en el caso de instituciones educativas.

Aunque no lo señala expresamente, lo que quiere rescatar el Tribunal Constitucional apelando a estas normas o derechos, es que el proyecto de ley no es una legislación que reconozca nuevos derechos subjetivos a los estudiantes (como el de gratuidad, o no selección), sino más bien, que establece una serie de normas objetivas para, a través de ellas, resguardar y proteger el derecho a la educación de los estudiantes. Como señala Alexy, “una organización legislativa conforme al derecho fundamental puede ser asegurada no solo a través de derechos subjetivos sino también de mandatos y prohibiciones meramente objetivos”³¹.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional afirma que “La regulación de una legislación frente a instituciones de educación superior en crisis constituye una modalidad para garantizar la pervivencia de derechos subjetivos frente a la organización”³². De esta forma, los derechos de organización y pro-

28 Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Centro de Estudios Constitucionales), 1993, p. 419 y ss. A diferencia de los derechos de defensa, los derechos a prestaciones en sentido amplio son derechos a acciones positivas del Estado. Respecto de los derechos a prestaciones, Alexy subdistingue entre (i) derechos a protección, (ii) derechos a organización y procedimiento y (iii) derechos a prestación en sentido estricto (derechos sociales).

29 *Ibíd.* Alexy señala que existe una pluralidad de posibilidades de clasificación de los derechos a organización y procedimiento: 1) competencias de derecho privado; (2) procedimientos judiciales y administrativos (procedimiento en sentido estricto); (3) organización en sentido estricto y (4) formación de la voluntad estatal (pp. 467-482).

30 *Ibíd.*, pp. 459-460.

31 *Ibíd.*, p. 475.

32 Tribunal Constitucional, Rol 2731-I4, *op.cit.*, considerando 33°.

cedimiento “permiten articular y ponderar los derechos de todos los integrantes de una comunidad educativa en tiempos de crisis”³³.

4.2. El precedente de la Sentencia Rol 184

Finalmente, antes de analizar las impugnaciones, el Tribunal Constitucional se refiere a una cuestión de “previo y especial pronunciamiento”. Cuidadoso con su propia jurisprudencia, con el objeto de generar una práctica que permita y haga probable que sus sentencias sean tomadas como precedente, el Tribunal Constitucional da razones de por qué no utilizará las argumentaciones contenidas en la Sentencia Rol 184-94 que los requirentes utilizan para que el Tribunal declare la inconstitucionalidad de varias normas del proyecto de ley. La razón es que en dicha sentencia el Tribunal Constitucional, ejerciendo el control obligatorio de constitucionalidad, “objetó la posibilidad de que la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, previo acuerdo del Banco Central, nombrara, por tres meses prorrogables, un delegado en una AFP, si ésta hubiere incurrido en infracción grave de ley que cause perjuicio al fondo que administra, o redujere de hecho su patrimonio, al mínimo que exige la ley”³⁴. Lo anterior, por considerar que

“dicho precepto afectaba el derecho de propiedad (por mera disposición administrativa se priva de la administración); el derecho de asociación (se impone a alguien externo a la sociedad); la autonomía de los grupos intermedios (se afecta el derecho de decidir sus propios actos y de administrar o fijar los objetivos o fines que deseen alcanzar); y la facultad exclusiva de los tribunales de resolver los conflictos (el nombramiento de interventor es una medida precautoria inherente a los tribunales, no a órganos de la administración)”³⁵.

Como se sabe, a diferencia de lo que sucede con la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en Chile la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no constituye precedente³⁶, sino que solo tiene fuerza

33 *Ibíd.*, considerando 35°.

34 *Ibíd.*, considerando 36°.

35 *Ibíd.*

36 Lo mismo sucede con los tribunales, en general, e incluso con la Corte Suprema cuando conoce de un recurso de casación (que es comúnmente entendido como recurso de “unificación de jurisprudencia”). Cuando se trata de tribunales que se encuentran sujetos a la ley, la regla del precedente es problemática

persuasiva³⁷. Esto significa que las razones contenidas en decisiones pasadas no vinculan al propio Tribunal Constitucional en sus decisiones futuras. Sin embargo, el Tribunal Constitucional utiliza el término “precedente” y señala que es necesario cambiar el precedente de la sentencia Rol 184-1994, porque por lo general, el Tribunal Constitucional tiene la “práctica” de ser *consistente con sus decisiones pasadas*³⁸.

El Tribunal Constitucional señala que existen razones suficientes para ignorar lo señalado en la sentencia Rol 184, ya que se trata de un fallo “aislado en el tiempo”, no solo frente a una vasta jurisprudencia que contradice sus principales argumentos³⁹, sino que también aislado de la legislación, que con posterioridad a la sentencia Rol 184, ha creado un sinnúmero de figuras similares al administrador provisional en materia sanitaria⁴⁰, ISAPRES⁴¹, AFP⁴²,

por esta misma razón. Pero cuando se trata de decisiones de tribunales que deciden interpretando derechos fundamentales, la regla del precedente se vuelve más problemática aún porque las decisiones del Tribunal Constitucional, a pesar de lo que dicen muchos profesores constitucionalistas, reflejan en alguna medida la correlación de fuerzas políticas existentes al momento de fallar. A diferencia de la ley, el texto constitucional asegura derechos mediante cláusulas abiertas susceptibles de interpretación, y no reglas precisas.

- 37 En efecto, el Tribunal Constitucional no está obligado legalmente a seguir sus “precedentes”, en especial si considera que ellos no se fundan en razones correctas. En el Congreso se discutió sobre si crear o no esta obligación, y se decidió por la negativa (véase la historia de la Ley N° 20.381).
- 38 En la sentencia Rol 171-1993, el Tribunal Constitucional considera que la práctica de seguir precedentes es conveniente: “Que, por último, debe también tenerse en consideración para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea la certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que éste resuelva sobre el punto. Los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen”. Tribunal Constitucional, Rol 171-93, sentencia de fecha 22 de julio de 1993, considerando 15°.
- 39 Una jurisprudencia que no acompaña a la decisión Rol 184 toda vez que considera que “cuando hay una función pública envuelta en una actividad afecta a la limitación al dominio, hay una justificación de la función social que la funda, sobre todo si hay un beneficio para la comunidad” (Tribunal Constitucional, Rol 2731-14, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2014, considerando 38°); que ha validado “medidas de regulación de la gestión educacional sustantivas” de diversa índole, como por ejemplo, las cuotas para alumnos vulnerables y los consejos escolares; que ha considerado que “son actos administrativos, y no actos jurisdiccionales, una serie de manifestaciones de voluntad de la Administración” y, finalmente, que ha considerado que “la libertad de enseñanza no puede separarse del derecho a la educación, siendo su contraparte”, lo que exige que el Estado cree las regulaciones adecuadas para que este derecho pueda ejercerse, toda vez que “la calidad de la educación está comprendida en el derecho a la educación (STC 1361/2009)”. Tribunal Constitucional, Rol 2731-14, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2014, considerando 41°.

40 Ley N° 19.549 de 1998.

41 Ley N° 19.895 de 2003

42 Ley N° 20.255 de 2008

concesiones de obra pública⁴³, transporte de pasajeros⁴⁴, y en materia educacional⁴⁵. Finalmente, el Tribunal Constitucional señala que el precedente de la sentencia Rol 184 también quedó aislado en cuanto a las competencias de la administración, toda vez que la dictación de la Ley 19.880 ahora la faculta expresamente (en su artículo 32) para adoptar medidas provisionales con el objetivo de asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer en un procedimiento administrativo.

Siendo las anteriores “razones suficientes”, el Tribunal Constitucional considera que el precedente de la sentencia Rol 184 debe ser revisado.

5. Las once impugnaciones

5.1. Primera impugnación.

Como cuestión previa los requirentes señalan que la totalidad del proyecto tiene rango de ley orgánica constitucional y no solo los artículos 19, 20, 21, que fueron los únicos que se calificaron como tales durante la tramitación legislativa. De esta forma, todas las normas aprobadas con un quórum menor (al quórum orgánico constitucional) serían inconstitucionales por razones formales, es decir, por no haber seguido el procedimiento establecido en la Constitución para la creación válida de la ley⁴⁶.

Según los requirentes, *todas las normas que afecten la autonomía universitaria son materia de ley orgánica constitucional*. La razón es que el inciso final del artículo 19 N° 11 de la Constitución determina que “una *ley orgánica constitucional* establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, *establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel*”. Aunque este inciso solo exige ley orgánica para las materias específicas y concretas que la Constitución ahí señala (y que se subrayan), materias que no alcanzan las del proyecto de ley, los requirentes alegan que estas deben entenderse incluidas, ya que *la autonomía*

43 Ley N° 20.410 de 2010

44 Ley N° 20.504 de 2011

45 Ley N° 20.529 de 2011

46 De acuerdo al artículo 66, la aprobación de las leyes orgánico constitucionales exige la concurrencia de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio.

universitaria es un elemento complementario indispensable del inciso final del artículo 19 N° 11. Y esta autonomía se ve afectada por la creación del administrador provisional y el administrador de cierre que el proyecto contempla. El segundo argumento de los requirentes, es que la Ley General de Educación es de rango orgánico constitucional, por lo que cualquier modificación de sus normas requeriría cumplir dicho quórum.

Ahora, si bien esta alegación se presenta al inicio del requerimiento, en la parte petitoria del escrito, los requirentes omiten la solicitud concreta al Tribunal Constitucional de que declare inconstitucional todo el proyecto por este vicio formal. Asimismo, en los alegatos de la vista de la causa, efectuada el día 13 de noviembre de 2014, el abogado de los requirentes no reitera la impugnación de que todo el proyecto tiene carácter orgánico constitucional y que serían inconstitucionales todas las normas que no se aprobaron con el quórum exigido.

Para el Tribunal Constitucional estas omisiones de los requirentes son graves, ya que si alegan que el Congreso ha actuado en contravención a la Constitución en la tramitación y aprobación de la ley, resulta necesario que, ante tal incorrección, “se proceda ante este Tribunal con la máxima corrección formal y competencial”⁴⁷ toda vez que:

“un efecto tan grave como el impedimento de nacer a la vida del derecho de la totalidad de un proyecto de ley gestado en el seno de la deliberación legislativa y que tomó meses de examen en ambas Cámaras del Congreso Nacional, requiere una formalidad esencial: que la parte petitoria exprese la necesidad de declarar la inconstitucionalidad denunciada. Pues bien, este requerimiento no lo solicita en su parte petitoria”⁴⁸.

Pese a estos defectos formales, el Tribunal Constitucional entró a conocer la argumentación sustantiva contenida en el requerimiento. Sin embargo, para el Tribunal, la afirmación de que la autonomía universitaria forma parte de la libertad de enseñanza que la Constitución reconoce, no permite concluir que ella sea un complemento indispensable de las regulaciones que la Constitución exige que sean aprobadas con quórum orgánico constitucional, es decir, de las regulaciones de los requisitos para el reconocimiento oficial. Para

⁴⁷ Tribunal Constitucional, Rol 2731-14, op.cit., considerando 50°.

⁴⁸ *Ibid.*, considerando 56°.

el Tribunal Constitucional, extender de tal forma las materias de ley orgánica constitucional es impropio y no corresponde a la “naturaleza de las leyes orgánicas constitucionales”. De hecho, el Tribunal Constitucional señala que en su control preventivo obligatorio de la Ley N° 20.529, que disponía de catorce artículos relativos al administrador provisional para los establecimientos de educación escolar “solo declaró que era materia orgánica constitucional el ejercicio de la administración provisional tendiente a producir la revocación del reconocimiento oficial del establecimiento. Todas las demás materias las calificó como normas carentes de tal calificación”⁴⁹.

De esta forma, y por las razones antes vistas, para el Tribunal Constitucional “no cabe sino desestimar el vicio formal de inconstitucionalidad invocado en el presente requerimiento, tanto por *carecer de fundamento plausible su interpretación como por no contar con los elementos formales básicos que permitan estimar que este Tribunal tenía competencia para conocer de una solicitud que formalmente no se realizó*, teniendo amplias oportunidades para ello”⁵⁰.

En un acto bastante expresivo de reproche, el Tribunal Constitucional hace a los requirentes un llamado de atención, no solo acerca de la seriedad de las formas que se han de seguir para impugnar vicios de constitucionalidad, sino que también respecto a cómo ha de ser interpretada y utilizada su jurisprudencia: no solo corresponde tomar lo que una vez pueda haber dicho el Tribunal acerca de la extensión de las materias de ley orgánica constitucional relativas a la libertad de enseñanza, sino que también corresponde hacerse cargo de todas las veces que ha desestimado tal calificación.

5.2. Segunda impugnación

A continuación de esta impugnación general a la totalidad del proyecto, los requirentes impugnan una de las dos nuevas causales para nombrar administrador provisional en establecimientos de enseñanza escolar, que el artículo 29 del proyecto agrega a la Ley 20.529⁵¹. Se trata de la causal que se incorpora en la letra f), donde se establece que corresponde nombrar administrador provisional⁵² “cuando, tratándose de los establecimientos municipales, se so-

49 Ibid., considerando 55°.

50 Ibid., considerando 57°.

51 Se trata de la ley que crea y regula un “sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización”, que crea la Agencia de Calidad de la Educación y la Superintendencia de Educación.

52 La causal no impugnada, que se incorpora en la letra g), establece que ha de procederse a nombrar

licite por parte del sostenedor la renuncia al reconocimiento oficial del establecimiento educacional y de ello se derive una grave afectación al derecho a la educación de los y las estudiantes matriculados en dicho establecimiento”.

Los requirentes invocan dos argumentos en su impugnación de la causal. Por una parte, que se trata de una materia propia de ley orgánica constitucional, por afectar las atribuciones de los municipios, y que como dicha norma no fue calificada de tal en el Congreso, no fue aprobada con el quórum de 4/7 que corresponde. Por la otra, sostienen que con dicha causal se ve afectada la autonomía municipal, dado que los municipios ahora no podrían renunciar al reconocimiento oficial, ya que la norma les impone continuar con el establecimiento educacional, pero vía administrador provisional.

Según el Tribunal Constitucional, la norma objetada podría enmarcarse, hipotéticamente, en dos leyes orgánicas: la del artículo 118 y la del artículo 19 N° 11 inciso final. Pero, cuando se ejerció el control preventivo de constitucionalidad del artículo 89 de la Ley N° 20.529 (sentencia Rol 2009-2011), que ahora se modifica, no se consideró como propio de ley orgánica constitucional⁵³. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional señala que respecto del artículo 19 N° 11, caben las mismas razones que las señaladas en el apartado inmediatamente anterior: de acuerdo a dicha disposición son materias de ley orgánica las leyes que regulen “los requisitos para el reconocimiento oficial”, y la hipótesis de la causal que el proyecto de ley incorpora, no establece nuevos requisitos o condiciones para obtener ese reconocimiento. Respecto al artículo 118, el Tribunal Constitucional constata que nombrar un administrador provisional no es una facultad municipal, sino de la Superintendencia de Educación, que junto al Ministerio de Educación, son las autoridades de carácter nacional que tienen el rol de velar por la calidad de la educación, toda vez que ese es un deber del Estado y no un asunto que radique exclusivamente en el ámbito local. Por estas razones el Tribunal Constitucional rechaza el vicio formal alegado por los requirentes, señalando que “la norma reunió el quórum propio de su naturaleza, es decir, el de una ley simple”⁵⁴.

En relación al argumento de que la incorporación de dicha causal afectaría la autonomía municipal, el Tribunal Constitucional reitera que lo que tenga

un administrador provisional “cuando un sostenedor abandone, durante el año escolar, su proyecto educativo, dejando de prestar el servicio educacional en el establecimiento de su dependencia”.

53 Tribunal Constitucional, 2009-2011, sentencia de fecha 4 de agosto de 2011, en que el TC ejerce un control preventivo obligatorio de constitucionalidad.

54 Tribunal Constitucional, Rol 2731-14, op.cit., considerando 65°.

que ver con el nombramiento del administrador provisional no es algo que sea atingente al ámbito municipal, sino que corresponde a la autoridad nacional, tal como sucede no solo con el otorgamiento del reconocimiento oficial (que se otorga por el Secretario Regional Ministerial de Educación), sino que también con la fiscalización de la mantención de los requisitos que permitieron dicho reconocimiento (que queda entregada a la Superintendencia de Educación). De esta forma, no se ve afectada la autonomía de los municipios con dicho nombramiento, ya que “lo que tenga que ver con la educación, por propio mandato de la Ley Orgánica de Municipalidades, no es una materia privativa de los municipios, sino que compartida”⁵⁵.

5.3. Tercera impugnación

Los requirentes impugnan el artículo 3 inciso segundo del proyecto de ley, que entrega facultades de investigación preliminar al Ministerio de Educación antes del nombramiento definitivo de un Administrador Provisional, cuando tome conocimiento de antecedentes graves que hagan suponer que una institución de educación superior se encuentra en peligro. Según los requirentes, con dicha disposición se vería afectado el artículo 19 N° 4 (debe entenderse que los requirentes se refieren al numeral 5°, es decir, a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada), el inciso 5 del artículo 19 N° 3 (debe entenderse que se refieren al inciso 6°, relativo a la garantía del debido proceso) y el derecho de propiedad (aunque los requirentes no argumentan por qué se vería vulnerado dicho derecho)⁵⁶.

El Tribunal Constitucional rechaza que tales derechos se vean afectados, en la medida en que la norma cuenta con resguardos objetivos importantes, ya que ni el ingreso ni la recopilación de información pueden impedir el normal funcionamiento de las actividades académicas de la institución, y las facultades que autorizan a la administración a realizar esta investigación sólo pueden ser utilizadas para dichos fines y no para otros propósitos⁵⁷. Por lo demás, señala el Tribunal, el ingreso a la institución y la recopilación de información,

55 *Ibíd.*, considerando 70°.

56 Solo señalan que “el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 de la CPR se vería vulnerado al permitirse a terceros ingresar a las instituciones de educación superior, acceder y recopilar toda la información que estime necesaria, limitando los atributos propias (sic) del dominio” (fojas 9).

57 Aunque el Tribunal Constitucional no lo señala en esta parte, corresponde hacer la distinción que usualmente precisa en sus sentencias, entre control de atribución y control de ejercicio. Los tribunales de instancia son quienes han de controlar por ejemplo, que la administración no se desvíe de sus fines en el ejercicio de sus potestades de investigación. Pero ese control lo han de ejercer los tribunales de instancia, porque se trata del control del ejercicio de la potestad.

serían el corolario de la obligación de las instituciones de cumplir con los requisitos que hacen procedente tanto el reconocimiento oficial como su mantenimiento⁵⁸. Esta obligación que la propia Constitución exige considera que la inspección forma parte de una actividad administrativa esencial, destinada a verificar y controlar el debido cumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a los particulares y que, muchas veces, “se traduce en la *visita del lugar donde se desarrolla la actividad controlada*”⁵⁹. Tratándose de una investigación de carácter administrativo, que tiene por objeto fiscalizar que las instituciones de educación superior estén cumpliendo los presupuestos que sustentan el otorgamiento de su reconocimiento oficial, el Tribunal Constitucional rechaza que por mandato constitucional sea necesaria autorización judicial previa y, en un notable considerando, (que formará parte esencial de la jurisprudencia constitucional sobre derecho administrativo sancionador) señala que

*“no consideramos que los estándares penales deban ser trasladados sin más a una investigación administrativa. Los propósitos y finalidades de ambos tipos de investigación son distintos[...]. Considerar que todo lo que hace la Administración deba sujetarse al estándar penal, es rigidizar las cosas más allá de lo razonable y mezclar situaciones sin justificación. Este Tribunal ha dicho que invocar ciertas garantías penales más allá de su ámbito, no es acorde con la Constitución (STC 2381/2012)”*⁶⁰.

Finalmente, de manera breve, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la afectación al derecho de propiedad, señalando que no consideran que con la investigación preliminar y lo que ella involucra (ingreso a la institución y recopilación de la información) este derecho se vea afectado ya que “lo que está en juego es el *interés general de la Nación*. Hay un interés público involucrado si una institución de educación superior tiene que cerrar. En tal sentido, el legislador puede perfectamente establecer una limitación al dominio”⁶¹.

58 Esta facultad es similar a la facultad inspectiva de la Dirección del Trabajo. Y de hecho, subyace a ambas una justificación similar que no es sino la asimetría, en el caso de las relaciones laborales, entre empleador y trabajador; en el caso de las instituciones de educación superior, entre las instituciones y sus estudiantes. El contenido de la asimetría, por supuesto, no es el mismo: en el caso de los estudiantes hay asimetría en la información.

59 Tribunal Constitucional, Rol 2731-14, op.cit., considerando 83°.

60 *Ibid.*, considerando 84°.

61 *Ibid.*, considerando 82°.

Aunque no lo señala explícitamente, el Tribunal Constitucional apela a la función social de la propiedad, reconocida en el inciso segundo del 19 N° 24, que establece que la ley puede fijar limitaciones y obligaciones a la propiedad si es que así lo exigen los *intereses generales de la Nación*, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. El deber de aceptar que la Administración ingrese a la institución de educación superior a recopilar información relevante con el fin de saber si sigue cumpliendo con los requisitos necesarios para su reconocimiento estatal, pareciera estar justificado en el interés general de la Nación.

5.4. Cuarta impugnación

Los requirentes impugnan el artículo 4 letra b) del proyecto, que faculta al Ministerio de Educación para nombrar administrador provisional (si es que se configura alguna de las causales previstas en el artículo 6)⁶². Según estos, con dicha disposición se vería afectado el derecho de propiedad (ya que se estaría reemplazando a los dueños en la administración de la universidad), así como también la autonomía de los grupos intermedios y la libertad de enseñanza, para finalmente señalar que dicho acto tendría el carácter de “jurisdiccional”, toda vez que el nombramiento ha de entenderse como una medida precautoria, la que corresponde que sea establecida por los tribunales establecidos en la ley.

El Tribunal Constitucional descarta, una a una, dichas afectaciones. En primer lugar, el nombramiento del administrador provisional no sería un acto jurisdiccional que resuelve “conflictos de relevancia jurídica”, sino un acto administrativo “porque contiene una decisión formal, emanada de un órgano de la Administración, en el ejercicio de una potestad pública (artículo 3°, Ley N° 19.880)”⁶³. Por lo demás, agrega el Tribunal, “las medidas precautorias también las pueden disponer los órganos de la administración del Estado, por mandato del artículo 32 de la Ley N° 19.880, de oficio o a petición de parte, en los casos de urgencia, y para la protección provisional de los intereses implicados”⁶⁴.

62 Nótese que los requirentes impugnan el nombramiento, en abstracto, ya que tal disposición -el art. 4 letra b)- no establece ni el procedimiento, ni las causales, ni los efectos del nombramiento del administrador provisional. Como señala el Tribunal Constitucional, estos se encuentran regulados en otros preceptos del proyecto, por lo que “desde este punto de vista, no se observa cómo el solo nombramiento del administrador pueda generar un efecto contrario a la Constitución” (considerando 89°).

63 Tribunal Constitucional, Rol 2731-14, op.cit., considerando 94°.

64 Ibíd. La actividad jurisdiccional puede eventualmente surgir después, como consecuencia de la actua-

En relación a la libertad de enseñanza, el Tribunal Constitucional explica que el proyecto es coherente con el sistema de normas que regula la educación superior: las instituciones de educación superior no realizan una actividad desregulada, sino que deben seguir un procedimiento y cumplir ciertos requisitos para su existencia, a saber, el reconocimiento oficial, el que se encuentra establecido, expresamente, como parte de la libertad de enseñanza que la Constitución consagra. Dicho reconocimiento implica un constante control de parte de la autoridad, ya que este siempre es revocable si es que no se cumplen los requisitos que concurrieron para su otorgamiento⁶⁵. Llama la atención, sin embargo, que mientras el Tribunal Constitucional se está refiriendo a la libertad de enseñanza, poco a poco comienza a hacer referencia al derecho a la educación. Pese a que el Tribunal no es explícito en cuál es el vínculo que media entre ambos derechos, a mi juicio esta ligazón surge cuando se señala que las competencias que las universidades acreditan han de estar a la altura de las competencias que los estudiantes tuvieron la oportunidad de adquirir, toda vez que como señala el Tribunal Constitucional,

“la calidad es parte del derecho a la educación y esto obliga al Estado a adoptar todas las medidas para que la educación que reciban los alumnos sea de la mayor calidad posible (STC 1371/2009). El nombramiento de un administrador provisional pretende resguardar dicha calidad, porque las causales que lo provocan, dicen relación con incumplimientos graves y reiterados de los compromisos académicos y afectan la continuidad de los estudios”⁶⁶.

No hay tampoco, de acuerdo al Tribunal Constitucional, una privación del derecho de propiedad, ya que el nombramiento del administrador provisional “no provoca un desplazamiento de propiedad”⁶⁷: los bienes de la insti-

ción administrativa, si es que los afectados por la misma la impugnan ante tribunales. Frente a dicho conflicto entre el afectado por la medida administrativa y la propia administración, es que surge el ejercicio de la jurisdicción que viene a resolverlo. La impugnación de las medidas administrativas ante tribunales y la resolución del conflicto que se crea es algo que contempla el artículo 9 del proyecto de ley, que establece que “la institución de educación superior afectada por la medida de nombramiento de administrador provisional podrá reclamar la legalidad de la misma, a través de sus representantes, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la notificación de la respectiva resolución, ante la Corte de Apelaciones correspondiente a su domicilio”.

65 Artículo 19 N° 11° de la Constitución, inciso final.

66 Tribunal Constitucional, Rol 2731-14, op.cit., considerando 95°.

67 Ibid., considerando 96°.

tución siguen siendo de ésta y no del Estado. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional señala que dicho nombramiento no implica privación, sino una limitación al dominio, pues es temporal (dura un año) y se funda, como se había señalado antes, en el *interés general de la Nación*⁶⁸ ya que, como el artículo 13 del proyecto indica, se trata de “garantizar el interés público asociado a la continuidad de los estudios de los estudiantes”, evitando así el procedimiento de revocación del reconocimiento oficial. En estos términos:

“Nadie podría sostener que toda esta regulación es expropiatoria y que afecta el artículo 19, N° 24°, de la Constitución. El legislador pondera que en determinadas circunstancias, para proteger a terceros, es necesario limitar las facultades del dominio.

Tratándose del administrador provisional, estos terceros son los estudiantes”⁶⁹.

Finalmente, el Tribunal Constitucional rechaza que tal disposición afecte la autonomía de los grupos intermedios, porque es el legislador quien establece, a través de normas generales y obligatorias, cuál es el espacio de dicha autonomía: “La autonomía que la Constitución asegura es la ‘adecuada’. La autonomía no puede ser invocada para realizar actividades ilegales, dañosas o ilícitas, ni ampara excesos en la actuación del órgano que la invoca”⁷⁰, y en este sentido “las universidades privadas no son libres de dejar de cumplir los requisitos que justificaron el reconocimiento oficial”⁷¹. El administrador provisional busca evitar la revocación del reconocimiento oficial, frente a una mala gestión de quienes administran y gobiernan la universidad intervenida.

5.5. Quinta impugnación

Los requirentes impugnan el artículo 5 del proyecto, que permite al Ministerio de Educación supervigilar el cumplimiento de lo que se denomina “plan de recuperación”, aprobado previamente⁷². El requerimiento no impugna el

68 Ibid.

69 Ibid., considerando 97°.

70 Ibid., considerando 98°.

71 Ibid.

72 Producto de la investigación preliminar que el artículo 3 del proyecto autoriza, en vez de nombrar un administrador provisional (de acuerdo a la letra b) del artículo 4) la administración puede decidir “ordenar la elaboración de un plan de recuperación, si se verifican incumplimientos graves de los

plan de recuperación, sino su supervigilancia a través de un delegado ministerial, señalando en su principal argumentación, que el “problema por tanto es más grave, pues perfectamente *el ministerio podría designar a una persona cualquiera, la que incluso careciera de responsabilidad administrativa*, sin resolución judicial previa, lo cual claramente vulnera las garantías constitucionales de los artículos 19 N° 4 en relación al 19 N° 3 inciso 5 de la Carta Fundamental [sic]”⁷³. Según el Tribunal Constitucional, la referencia que hace este párrafo al artículo 19 N° 4 y al inciso quinto del artículo 19 N° 3, en vez de la referencia al 19 N° 5 y al 19 N° 3 inciso sexto, son “errores de la asesoría jurídica de los requirentes, que no impiden hacerse cargo del fondo del asunto planteado por éstos”⁷⁴ en la medida en que durante la tramitación legislativa “la minoría parlamentaria cuestionó la hipotética vulneración de la inviolabilidad de las comunicaciones y del domicilio, así como las reglas del debido proceso”⁷⁵.

Para el Tribunal Constitucional, sin embargo, el nombramiento de un delegado ministerial con el objeto de controlar el plan de recuperación no violenta la Constitución, sino que es “la consecuencia natural y directa de la supervigilancia del cabal cumplimiento del plan”⁷⁶, el que, por lo demás, “pretende subsanar los problemas identificados y evitar el nombramiento de un administrador provisional o la privación del reconocimiento oficial”⁷⁷, es decir, evitar intervenciones mucho mayores. Por lo demás, el Tribunal Constitucional explica que la figura del delegado ministerial se encuentra regulada en el artículo 41 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. De acuerdo a dicha norma esta figura “se caracteriza por ser revocable, por exigirse que tenga la debida publicidad, por impedir la avocación mientras subsista, y porque, salvo en materia de delegación de firma, la responsabilidad por las decisiones administrativas que se adopten, son

compromisos financieros, administrativos, laborales o académicos asumidos por la institución” (letra a) del artículo 4). Si esto es así, la institución tiene un término de sesenta días para elaborar y presentar al Ministerio de Educación, para su aprobación, un plan de recuperación que tendrá por objeto que ella adopte las medidas necesarias para subsanar los problemas identificados. Solo una vez aprobado el plan, corresponderá al Ministerio de Educación supervigilar su cabal cumplimiento, para lo que la institución deberá remitir al Ministerio de Educación informes trimestrales del estado de su implementación, pudiendo designar un delegado ministerial para supervigilar la ejecución del plan.

73 Tribunal Constitucional, Rol 2731-14, op.cit., Requerimiento, fojas 10.

74 *Ibid.*, considerando 96°.

75 *Ibid.*

76 *Ibid.*, considerando 106°.

77 *Ibid.*

del delegado”⁷⁸, por lo que los reproches formulados en el requerimiento en cuanto a que no se regula adecuadamente el delegado ministerial y a que éste no tiene responsabilidad, carecerían de todo fundamento.

Finalmente, respecto a la facultad del delegado ministerial de ingresar a la institución de educación superior y requerir de información, el Tribunal Constitucional hace aplicables los argumentos utilizados para rechazar la impugnación al artículo 3, sobre la investigación preliminar que puede realizar el Ministerio de Educación ante denuncias graves sobre la marcha de la institución.

5.6. Sexta impugnación

A continuación los requirentes impugnan el artículo 6°, que establece las causales que habilitan a la Administración para nombrar un administrador provisional. El artículo establece tres tipos de circunstancias, todas especialmente graves, relacionadas con el riesgo de inviabilidad o discontinuidad del proyecto educativo de la institución afectada.

Para los requirentes, dicha disposición afectaría la autonomía de los grupos intermedios, la libertad de enseñanza, el derecho de propiedad y el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales (en relación al artículo 76, que establece que las facultades jurisdiccionales solo pueden ser ejercidas por los tribunales establecidos en la ley). Sin embargo, según el Tribunal Constitucional, el requerimiento no logra explicar cómo es que el artículo 6° afecta las disposiciones antes señaladas. En efecto, el requerimiento solo apela a la Sentencia Rol 184 para justificar la afectación del derecho de propiedad (sin dar más argumentos que un par de extractos de la sentencia) y luego señala que el nombramiento sería un tipo de medida precautoria, que habría de ser tomada (y decidida) por los tribunales y no por la administración.

Antes de dar los argumentos que sustentan el rechazo de la impugnación, el Tribunal Constitucional se pregunta qué es lo que los requirentes consideran inconstitucional del artículo 6: que el legislador establezca un administrador provisional en las instituciones de educación superior, o bien algo más específico, a saber, las condiciones y los procedimientos que establece el proyecto para adoptar la decisión de nombrar un administrador provisional⁷⁹.

⁷⁸ *Ibíd.*, considerando 110°.

⁷⁹ Del requerimiento, pareciera que se impugna la facultad de nombrar al administrador, con independencia de las causales y procedimientos (a fojas 11). La ambigüedad surge porque no se dan razones, sino que solo se ennegrece el primer inciso del artículo 6. Sin embargo, en la vista de la causa el

La razón de esta duda es que, como se señalaba, los requirentes no explican la forma en que dicha disposición o una parte de ella afecta los derechos antes referidos: solo se limitan a transcribirla, subrayando en negrilla la primera parte relativa al nombramiento del administrador. Pero, en los alegatos los requirentes precisan que no impugnan el nombramiento del administrador provisional ya que “en muchos casos esta medida es necesaria para proteger el derecho de los estudiantes”⁸⁰, sino que sólo el procedimiento de nombramiento del administrador y las circunstancias en virtud de las cuales se adopta esta medida⁸¹.

Sin demostrar de manera explícita y sistemática porqué la decisión de nombrar un administrador provisional no afecta las garantías constitucionales antes previstas, el Tribunal Constitucional explica pormenorizadamente los resguardos de este nombramiento, que impiden la arbitrariedad de la administración y son coherentes con los fines del sistema de educación superior. En primer lugar, el nombramiento no es una decisión que esté dejada al arbitrio del gobierno de turno, sino que requiere la aprobación del Consejo Nacional de Educación, órgano que precisamente tiene como función velar por el reconocimiento, acreditación, inspección o revocación del reconocimiento oficial de las instituciones de educación superior. De esta forma, “la aprobación previa del Consejo es una garantía institucional reforzada y pluralista que impide la decisión administrativa unilateral del ministro de Educación de turno”⁸².

Respecto de las causales para el nombramiento de dicho administrador, el Tribunal Constitucional señala que se trata de causales tasadas, lo que impide cualquier intervención fuera de los supuestos que ellas contemplan y que, por lo demás, son coherentes con las causales previstas actualmente para la revocación del reconocimiento oficial. Sobre este último punto, por ejemplo, antes de que sea necesario revocar el reconocimiento oficial, si la institución “no cumple con los objetivos estatutarios” (causal prevista en el art. 64 letra a) o si “realiza actividades contrarias a la moral, al orden público, a las buenas costumbres y a la seguridad nacional” (causal prevista

abogado de los requirentes señala que lo inconstitucional no es el establecimiento de la facultad de nombrarlo, sino las condiciones en virtud de las cuales se adopta la medida.

80 Ibid., considerando 124°.

81 Esta afirmación que hace el abogado de los requirentes en el alegato es, de alguna forma, contradictoria también con la impugnación del artículo 4 letra b).

82 Ibid., considerando 133°.

en el art. 64 letra b), el proyecto contempla el nombramiento de un administrador provisional si existe un “riesgo serio de no garantizar la viabilidad administrativa o financiera de la institución, afectando la continuidad de estudios de los y las estudiantes” o si se acreditan “incumplimientos graves y reiterados de los compromisos académicos asumidos por la institución con sus estudiantes a causa de no contar con los recursos educativos o docentes adecuados para ofrecer el o los títulos profesionales o técnicos que pretenda otorgar”. La misma coherencia que existe entre revocación del reconocimiento y nombramiento, señala el Tribunal Constitucional, existe entre los requisitos para otorgar el reconocimiento a una institución y para nombrar un administrador provisional.

Nuevamente, sin tratar explícitamente cuál es el vínculo entre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación, el Tribunal Constitucional explica cómo es que el administrador provisional protege el ejercicio del derecho a la educación de los estudiantes, por la vía de hacer posible la obtención de su título, pese a la crisis en que la institución de educación superior se encuentra (y que justifica el nombramiento del administrador). En efecto, frente a la regulación vigente antes del proyecto (que solo contemplaba la intervención administrativa frente a una crisis institucional al momento de la revocación del reconocimiento oficial, afectando de esta forma a los estudiantes de la mentada institución) el proyecto de ley en cambio incorpora modalidades flexibles para mantener los proyectos educativos vigentes y los derechos subjetivos de sus integrantes abiertos a la perspectiva de un título profesional o técnico superior⁸³.

Aunque el Tribunal no lo señala, el proyecto de ley no mira la intervención administrativa como una sanción o reproche, sino que pone el acento en la ejecución de valores constitucionales esenciales en materia de derecho a la educación, colocando el eje de su intervención al servicio de los estudiantes y su formación⁸⁴.

El aspecto crucial del proyecto, indudablemente, es proteger el derecho a la educación de los estudiantes de una institución en crisis, el cual se traduce en la posibilidad de obtener un título universitario o técnico de nivel superior, que según el Tribunal Constitucional, es precisamente lo que hacen las instituciones de educación superior.

83 *Ibíd.*, considerando 131°.

84 *Ibíd.*, considerando 132°.

5.7. Séptima impugnación

A continuación, los requirentes impugnan el artículo 10, que regula lo que ha de hacer el administrador provisional, inmediatamente después de nombrado, y cómo ha de desempeñar su función al interior de la institución. Según los requirentes, dicho precepto afectaría la autonomía de los grupos intermedios y la libertad de enseñanza, ya que las facultades que se le entregan al administrador provisional implican una injerencia en la gestión institucional de personas o autoridades ajenas a la universidad, afectándose, de ese modo, la posibilidad de organizar establecimientos educacionales⁸⁵.

Respecto a la impugnación de esta disposición, el Tribunal Constitucional admite pronunciarse sobre el fondo, pese a que afirma que no fue precedida por una “reserva de constitucionalidad” durante la tramitación del proyecto⁸⁶.

El Tribunal Constitucional explica que, en parte, lo que busca el artículo 10 impugnado es “enmarcar el accionar del administrador provisional, al someterlo a una serie de obligaciones que restringen su espacio de actuación”⁸⁷ y, precisar cuál es la forma en que de acuerdo al proyecto de ley el administrador provisional ha de proceder en el cumplimiento de su función, siendo la más importante la que lo obliga a presentar un plan. Dicho plan tiene un doble propósito: subsanar las deficiencias que motivan su nombramiento y garantizar el adecuado funcionamiento de la institución. Frente a esto, el Tribunal Constitucional señala que no observa cómo estas facultades afectan los derechos invocados en el requerimiento, en la medida en que lo que está en juego con el nombramiento es la revocación del reconocimiento oficial y que, cuando está en entredicho el mantenimiento de dicho reconocimiento, el ejercicio de la libertad de enseñanza se vuelve evidentemente más exigente⁸⁸.

85 El artículo 10 (y 11) “transgrede lo prescrito en los artículos 1° inciso 3° y 19 N° 11 de la Constitución Política de la República, esto es, la autonomía universitaria en base a la propia autonomía de los cuerpos intermedios, entendida como la necesaria libertad para organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros, decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad, y fijarse los objetivos o fines que desean alcanzar, por sí mismos y sin injerencia en todo ello de personas o autoridades ajenas a la entidad, asociación o grupo, y por consiguiente constituye además un atentado a la libertad de enseñanza, conformada por el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, en los términos que resguarda y ampara el artículo 19 N° 11 de la Constitución Política de la República”.

86 También, señala el Tribunal Constitucional, el requerimiento hace una referencia errada a la vulneración del artículo 19 N° 4, cuando la referencia debiera ser al artículo 19 N° 5.

87 “No advertimos de qué modo levantar un acta, hacer un informe, rendir cuentas, pedir la aprobación de un plan o de los informes presentados pueda afectar la autonomía o la libertad de enseñanza. Estas reglas no son una autolimitación, sino que mandatos de hacer que establece el legislador”. *Ibíd.*, considerando 146°.

88 Tribunal Constitucional, Rol N° 1363-2009, sentencia de fecha 28 de julio de 2009, considerando 15°.

Por otra parte, tampoco se vulnera la autonomía de la institución como grupo intermedio, ya que la autonomía que la Constitución garantiza no puede sino ser la “adecuada” para el desarrollo del proyecto educativo y no una que permita el fracaso del mismo. De esta forma, lo que hace el administrador provisional es ayudar a la institución de educación superior, subsanando las deficiencias en la gestión de la entidad para “salvarla ante la incapacidad de los actuales gestores de llevar a cabo su gestión”⁸⁹.

5.8. Octava impugnación

A continuación se impugna el artículo 11, que regula la eventual reestructuración de la institución de educación superior que puede proponer el administrador provisional, dentro del plan de administración provisional. Según los requirentes, en los mismos términos que respecto a lo que sucedía con el artículo 10, el artículo 11 del proyecto de ley afectaría la autonomía de los grupos intermedios –pues un tercero externo a la institución vendría a tomar medidas sobre su marcha interna– así como también la libertad de enseñanza, ya que se vería interferida la facultad de organizar el establecimiento.

Deteniéndose a explicar cuáles son los requisitos que exige el proyecto de ley para implementar la medida de reestructuración, el Tribunal Constitucional explica que el plan tiene garantías suficientes y límites: los fines específicos del plantel, el modelo educativo, los planes y los programas. A continuación, procede a rechazar las alegaciones de inconstitucionalidad de la autonomía y la libertad de enseñanza con, a mi juicio, la mejor argumentación que contiene la sentencia respecto a estas garantías.

Según el Tribunal Constitucional, no corresponde invocar la autonomía de los grupos intermedios, porque ésta ya se hizo inconciliable con el derecho a la educación. Si bien la Constitución garantiza la autonomía de dichos grupos para que puedan perseguir sus fines específicos, cuando la mencionada autonomía se hace inconciliable con el fin principal de las instituciones de educación superior, “que es *satisfacer el derecho a la educación*, la autonomía decae, pues ésta es sólo ‘la adecuada’”. De esta forma, el Tribunal Constitucional señala que “el proyecto crea el administrador provisional para *resguardar el derecho a la educación de los estudiantes*, asegurando la continuidad de sus estudios”⁹⁰. En el mismo sentido anterior, el Tribunal Cons-

89 Tribunal Constitucional, Rol 2731-14, op.cit., considerando 149°.

90 *Ibid.*, considerando 161°.

titucional señala que “tampoco puede invocarse la libertad de enseñanza, ya que este derecho no es un fin en sí mismo, sino que *está concebido para dar cauce al derecho a la educación* [...] Dicho derecho a la educación exige que el Estado cuente con los instrumentos destinados a garantizar su ‘desarrollo y perfeccionamiento’”⁹¹.

Por eso, la libertad de enseñanza no es inmune a las regulaciones que disponga el legislador, que tienen como fin último hacer conciliable dicha libertad con el derecho a la educación.

5.9. Novena impugnación

Los requirentes impugnan el artículo 13, que establece las atribuciones y facultades del administrador provisional⁹². Entre ellas cuestionaron principalmente, la de asumir la representación legal de la institución de educación superior y todas aquellas facultades que la ley y los respectivos estatutos o escritura social le confieran a cualquier autoridad unipersonal o colegiada que desempeñe funciones directivas⁹³. La entrega de dichas facultades, según los requirentes, resulta “abiertamente expropiatorio(a)” y constituiría un grave atentado contra el derecho de propiedad, así como también de la autonomía universitaria y la libertad de enseñanza.

Nuevamente, el Tribunal Constitucional hace una extensa y detallada explicación relativa a lo que, según la referida disposición, ocurre después de ser designado el administrador provisional: el desplazamiento del titular de la administración y la asunción por parte del administrador de una serie de facultades de administración, con sus correspondientes límites, considerando que las potestades del administrador provisional se despliegan, preferentemente,

⁹¹ *Ibíd.*, considerando 162°.

⁹² El artículo 13 del proyecto de ley, que establece las atribuciones y facultades del administrador provisional, se vincula con los artículos 4° y 6° del proyecto que regulan, básicamente, las condiciones que han de concurrir para su nombramiento.

⁹³ Como señala el Tribunal Constitucional, el artículo 13 del proyecto de ley aborda cuatro tipos de materias. Primero, el desplazamiento de la administración natural de los directivos de las instituciones de educación superior por el administrador provisional. En segundo lugar, la identificación de las facultades específicas de intervención que tendrá el administrador provisional, las que incluyen, entre otras, ejercer toda acción destinada a garantizar el interés público asociado a la continuidad de los estudios de los estudiantes y a la recuperación de los recursos que, en vulneración de la ley, no hayan sido reinvertidos en las instituciones de educación superior. En tercer lugar, especifica los límites de esa administración respecto del proyecto educativo: el administrador provisional no puede alterar el modelo educativo, ni los planes y programas de la institución, y que tanto sus honorarios como las acciones que ejecute como administrador serán de cargo de la entidad sujeta a dicha medida. Y finalmente, en cuarto lugar, contempla algunas dimensiones financieras para limitar los aportes estatales extraordinarios a una institución educativa en crisis. *Ibíd.*, considerando 165°.

en las esferas económica y administrativa. También tiene ciertas atribuciones en la esfera académica, pero hay una que según la ley no puede ejercer: “No podrá alterar el modelo educativo ni los planes y programas de la institución de educación superior sujeta a la medida” (artículo 13 del proyecto de ley). De esta forma, el Tribunal Constitucional señala que las facultades del administrador provisional, que el proyecto de ley contempla, “ponen de relieve que la esencia de la autonomía reside en el modelo educativo y los programas coherentes con el mismo”⁹⁴, queriendo así enfatizar, pero sin hacerlo explícitamente, que la *dimensión relevante de la autonomía universitaria* (frente a la cual los particulares tienen más resguardos) *más que la administrativa o la económica, es la académica*.

En la argumentación, que realiza a continuación el Tribunal Constitucional, aparece de nuevo el derecho a la educación. La administración provisional se funda en expresas consideraciones de “interés público”, ya que mientras la intervención sobre la administración de la institución de educación superior tiene por objeto preservarla hacia el futuro para los titulares originales del proyecto educativo, la “ausencia de intervención es sinónimo de pérdida del ejercicio del derecho a la educación de los estudiantes”⁹⁵. Con una argumentación similar a lo que podría ser el resultado de un ejercicio de ponderación entre la autonomía y la libertad de enseñanza de las instituciones de educación superior, por una parte, y el derecho a la educación, por la otra, el Tribunal Constitucional afirma que:

*“El sacrificio que demanda para los administradores y controladores de la institución es infinitamente menor que la satisfacción del derecho legítimo que tienen los estudiantes a alcanzar sus títulos profesionales, que se ve frustrado por causas ajenas a su voluntad. Para unos, hay limitación, y para otros, privación de derechos. Este es un conflicto que exige una ponderada restricción de las facultades de administración, justamente para salvaguardar el modelo educativo que se ha planteado cada institución y sus programas y carreras que lo ejecutan”*⁹⁶.

94 *Ibíd.*, considerando 175°.

95 *Ibíd.*, considerando 179°.

96 *Ibíd.*

Por lo tanto, según el Tribunal Constitucional

“es perfectamente constitucional este desplazamiento de la administración y entraña una *intervención reducida en relación a la satisfacción de un interés público manifiesto*, como es el ejercicio del derecho a la educación de los estudiantes que ingresaron a una institución de estudios, que contaba con el reconocimiento oficial del Estado”⁹⁷.

De esta forma y dado que según el Tribunal Constitucional “el desplazamiento del administrador original tiene un fundamento de interés público en la preservación del modelo educativo de la entidad respectiva y en la garantía de satisfacción del derecho a la educación de los estudiantes”, no existe razón para objetar el artículo 13 del proyecto de ley.

5.10. Décima impugnación

Se impugna el artículo 17, que aborda, básicamente, la suspensión e inhabilidad de los administradores y propietarios de la institución para administrarla, mientras está en funciones el administrador provisional. Pero, los requirentes *nuevamente* no precisan qué parte de la disposición específicamente impugnan. Como señala el Tribunal Constitucional “los requirentes, sin fundamentación que discrimine al interior del artículo 17, objetado, ennegrecen su inciso primero, realzando que el cuestionamiento se centra en la suspensión en sus funciones de cualquier autoridad unipersonal o colegiada que desempeñe funciones directivas en la institución de educación superior”⁹⁸.

Según los requirentes, dicha disposición (o bien una parte de ella) es abiertamente inconstitucional, en la medida en que no solo afecta la autonomía universitaria y la libertad de enseñanza, sino que también el derecho de propiedad, ya que, como sucede con el artículo 13 del proyecto,

“estamos frente a una facultad amplísima y limitante del derecho de propiedad al permitir que el administrador provisional de las instituciones de educación superior asuma con plenos poderes el gobierno y la administración de dicha institución, correspondiéndole, en consecuencia, la representación legal y todas aquellas facultades que la ley y los

97 *Ibíd.*

98 *Ibíd.*, considerando 183°.

respectivos estatutos o escritura social, según corresponda, le confieren a cualquier autoridad unipersonal o colegiada que desempeñe funciones directivas”⁹⁹.

El Tribunal Constitucional señala que los argumentos ya dados para rechazar la impugnación del artículo 13 han de entenderse replicados respecto del artículo 17, agregando que las instituciones de educación superior son organizaciones complejas: los derechos de los distintos miembros no son unívocos y de hecho “normalmente puede haber derechos contrapuestos”, como por ejemplo,

“los derechos de los propietarios pueden diferenciarse de los de quienes administran y gobiernan la institución de educación superior, pueden ser distintos a los de aquellos que realizan labores docentes y administrativas y, esencialmente, *pueden ser contrarios a los derechos de los que justifican la existencia de estas instituciones, que son los propios alumnos*”¹⁰⁰.

Por eso, para que los intereses contrapuestos no se acrecienten con las crisis que pueden vivir estas instituciones, y primen unos en desmedro de los otros, viéndose afectados de esta forma los derechos de los estudiantes por las decisiones que tomen quienes administran y gobiernan, es que

“es constitucional suspender e inhabilitar la administración original, con el objeto de preservar las condiciones materiales esenciales que permitan darle continuidad al proyecto educativo y garantizar uno de los propósitos relevantes del reconocimiento estatal: la obtención de un título profesional. Por tanto, no hay reproche de constitucionalidad atendible al artículo 17 del proyecto de ley”¹⁰¹.

5.II. Onceava impugnación

Finalmente, los requirentes impugnan el artículo 20, que trata sobre el nombramiento del administrador de cierre de una institución de educación superior y de sus facultades, las que tienen por finalidad, básicamente, dar inicio

99 Ibid. considerando 198°.

100 Ibid., considerando 33° y 190°.

101 Ibid., considerando 193°.

a un procedimiento de revocación del reconocimiento oficial de la respectiva institución¹⁰². Según los requirentes, con esta disposición, nuevamente y en los mismos términos, se afecta el derecho de propiedad, la autonomía y la libertad de enseñanza.

En este sentido el Tribunal Constitucional señala que no corresponde extender los mismos cuestionamientos, relativos al administrador provisional, al administrador de cierre, porque se trata de dos instituciones diferentes, que tienen atribuciones diversas, cuyo objetivo es distinto. En efecto, según el Tribunal

“los requirentes cuestionan, inadvertidamente, las facultades del administrador de cierre de una institución de educación superior, como si se tratase de un administrador provisional, en circunstancias que media entre uno y otro caso la decisión pública de revocar el reconocimiento oficial a dicha institución”¹⁰³.

Por eso, si se trata del administrador de cierre, lo que corresponde es más bien analizar la constitucionalidad de la revocación del reconocimiento oficial. Ahora, para el Tribunal Constitucional

“resulta evidente que la posibilidad jurídica de revocar el reconocimiento oficial deriva directamente de la expresión regulatoria que la Constitución mandata para el establecimiento de los requisitos mínimos de funcionamiento por nivel de enseñanza. De esta manera, *no puede concebirse como inconstitucional esa facultad ni menos la que se deriva de la administración de cierre de un proceso ordenado de revocación*”¹⁰⁴.

102 Como señala el Tribunal Constitucional, se trata de una medida de ultima ratio, el inicio del procedimiento de revocación del reconocimiento oficial de una institución de educación superior cuando se verifique alguno de los siguientes supuestos: (i) cuando, terminada la gestión del administrador provisional, no hubiere sido posible subsanar los problemas o deficiencias que dieron origen a su nombramiento, por causas no imputables a su gestión; (ii) cuando se ha dictado resolución de liquidación de la respectiva institución o su entidad organizadora, conforme a la Ley N° 20.720; (iii) cuando la institución ha incurrido en alguna de las causales establecidas en los artículos 64, 74 y 81 de la Ley General de Educación, los cuales establecen las causales para la cancelación de la personalidad jurídica y revocación del reconocimiento oficial de universidades, institutos profesionales y centros de formación técnica, respectivamente; y (iv) cuando el administrador provisional, durante su gestión, informa al Ministerio de Educación respecto de la inviabilidad de subsanar problemas o deficiencias que originaron su designación.

103 *Ibíd.*, considerando 200°.

104 *Ibíd.*

De esta forma, entonces, lo que hace el artículo 20 del proyecto, con el administrador de cierre, es perfeccionar la figura que ya existía de la revocación oficial, puesto que le exige al Estado hacerse cargo seriamente del derecho a la educación de los estudiantes que ven imposibilitadas su permanencia, progresión y titulación universitaria, frente a una crisis tan grave que ha de terminar en el futuro con la personalidad jurídica de la institución¹⁰⁵. Para esto, el administrador de cierre tiene un conjunto de prerrogativas orientadas a satisfacer este derecho, las cuales están establecidas en los artículos 21, 22, 23 y 24 siguientes, que entre otras cosas, facultan al administrador a establecer un plan con medidas para “asegurar la continuidad del servicio educativo” y para reubicar a los estudiantes en otras instituciones de educación superior (con la mantención de beneficios y ayudas estatales), etc.

6. Opinión personal

Como se decía al inicio, sin duda alguna, la sentencia en comento es una de las más importantes que ha dictado el Tribunal Constitucional, por el rechazo absoluto que hace a cada una de las impugnaciones de los requirentes, por las afirmaciones que hace respecto a la libertad de enseñanza y el derecho a la educación y por la importancia política que puede llegar a tener para el proyecto de ley que se discute sobre educación escolar¹⁰⁶ y los futuros proyectos que el gobierno actual pretende enviar al Congreso para reformar el sistema de educación superior¹⁰⁷.

Sin embargo, falta en la sentencia cierta fuerza argumentativa en relación al sentido y contenido de los derechos constitucionales impugnados. La sentencia tiene mucha información y bastantes “argumentaciones”, pero menos desarrollo dogmático en cuanto a derechos¹⁰⁸.

Esto sucede, en primer lugar, con la libertad de enseñanza. Si bien hay en la sentencia muchas afirmaciones notables, que serán tomadas y citadas a la

105 Según el Tribunal Constitucional, “esta facultad ya estaba contenida en una de las atribuciones que tiene el Consejo Nacional de Educación y que consiste en el deber de acompañamiento de los procesos de cierre de una institución ‘velando especialmente por la continuidad de estudios de los alumnos matriculados (artículo 87, literal f), de la Ley N° 20.370”. *Ibíd.*, considerando 203°.

106 Boletín 9366-04, del proyecto de ley que “regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado”.

107 Así lo señala el Programa de Gobierno de Michel Bachelet 2014-2017.

108 Es interesante como el voto de mayoría redacta su argumentación como si estuviese dando una opinión personal: la frase “no que se vulnere la Constitución”, se reitera en muchos considerandos a lo largo de la sentencia.

hora de respaldar argumentos y posiciones jurídico-constitucionales, se hace difícil entender cuál es para el Tribunal Constitucional su contenido y cuál es su relación con el derecho a la educación. Podría pensarse que el Tribunal Constitucional realiza una especie de ponderación entre ambos derechos, que se restringirían mutuamente. No obstante, aunque el Tribunal Constitucional nunca es explícito en esto, a mi juicio lo que hace es más bien determinar los límites de la libertad de enseñanza, no dar razones de por qué ha de ser restringida en pos del derecho a la educación. Lo que subyace al tratamiento de la libertad de enseñanza es entonces (i) una interpretación de la misma a la luz del derecho a la educación; (ii) una delimitación de su contenido y finalmente, (iii) mostrar que requiere de configuración legislativa. Eso es, a mi juicio, lo que ha de hacer el Tribunal Constitucional en esta ocasión. Y lo hace, pero de manera poco sistemática y sin distinguir si está haciendo lo uno o lo otro, o incluso si está llevando a cabo una labor de ponderación entre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación. En mi opinión no hay en la sentencia ponderación entre ambos derechos: no se trata de que el derecho a la educación restrinja el derecho a la libertad de enseñanza, porque el primero ha de primar frente al segundo en determinadas circunstancias, sino que más bien la libertad de enseñanza ha de entenderse (y configurarse) a la luz del derecho a la educación¹⁰⁹. Esto significa que la libertad de enseñanza está ordenada a un fin, que es la realización del derecho a la educación de “todas las personas”. Se trata, en consecuencia, no de una libertad cualquiera, sino que de una libertad teleológicamente orientada. Pese a que no desarrolla este punto, a mi juicio es así como entiende el Tribunal Constitucional la relación entre ambos derechos, cuando, por ejemplo, señala que

“tampoco puede invocarse la libertad de enseñanza. Esta no es un fin en sí misma. Ella está concebida para dar cauce al derecho a la educación[...]. Dicho derecho a la educación exige que el Estado tenga los instrumentos destinados a garantizar su ‘desarrollo y perfeccionamiento’.

¹⁰⁹ Fernando Atria, haciendo una interpretación de la libertad de enseñanza, señala que su verdadero sentido es que la libertad de enseñanza importa “para ampliar la libertad real de todos de elegir, para que cada uno pueda decidir cuál es la mejor educación para sus hijos”. Atria, Fernando, *La mala educación*, (Catalonia), 2012, p 100.

Así, la libertad de enseñanza hace posible la libertad de elegir de los padres, porque permite a los particulares establecer proyectos educativos diferenciados de los estatales. Esto es, por lo demás, plenamente coherente con el artículo 19 N° 11 de la Constitución, el que junto con consagrar la libertad de enseñanza, señala en seguida, en su inciso 4°, que “los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”.

Tampoco la libertad de enseñanza está al margen de las regulaciones que puede imponer el legislador, que la hagan posible y conciliable con dicho derecho a la educación”¹¹⁰.

Por otra parte, de acuerdo a la Constitución, la libertad de enseñanza, como todo derecho, tiene límites internos: “la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”. Bajo esta delimitación constitucional se hace evidente cómo una crisis al interior de una institución educativa, que amenaza con su término, afecta gravemente el orden público. En este sentido, no forma parte de la libertad de enseñanza una libertad que afecte masivamente los derechos de los estudiantes, sin que ellos hayan tenido responsabilidad alguna en dicha afectación.

En cuanto al derecho de propiedad, cabe señalar que el desarrollo que el Tribunal Constitucional hace sobre el mismo es breve, como si no estuviera seguro sobre qué decir al respecto. Efectivamente, si bien el Tribunal Constitucional rechaza la impugnación de los requirentes de que la intervención del administrador provisional sería una expropiación regulatoria, solo hace una referencia breve a la función social de la propiedad, señalando que “cuando hay una función pública envuelta en una actividad afecta a la limitación al dominio, hay una justificación de la función social que la funda”¹¹¹.

El Tribunal Constitucional, no desarrolla mayormente el argumento de la función social de la propiedad como un tipo de intervención legislativa no expropiatoria. Da la sensación de que el Tribunal por un lado no quiere negar el alcance de la garantía de la propiedad privada a las instituciones de educación superior, pero por otro, evade tematizar por qué han de ser alcanzadas (en especial, por qué ha de tocar a las universidades, que se constituyen como fundaciones, es decir, como personas jurídicas sin fines de lucro) y cuáles son las consecuencias que se desprenden de la aplicación de dicha garantía. En alguna medida, podría sostenerse que el Tribunal Constitucional pretende quitarle relevancia a la apelación al derecho de propiedad que alegan los requirentes.

Respecto a la autonomía de las instituciones de educación superior, el Tribunal Constitucional no explica ni desarrolla cuál es su contenido (aunque sí sus límites, los cuales serían más claros si es que previamente explicara qué

¹¹⁰ Tribunal Constitucional, Rol 2731-14, op.cit., considerando 162°.

¹¹¹ *Ibíd.*, considerando 308°.

es lo que la autonomía universitaria protege). La autonomía de los grupos intermedios y en especial, la autonomía de las universidades, no debe ser entendida como la posibilidad de que el dueño pueda hacer lo que se le antoje, porque la autonomía es *de la universidad*, o de la institución de educación superior, y no del dueño. Es la autonomía la que permite a los cuerpos intermedios perseguir sus propios fines y en el caso de las universidades, poder perseguir los objetivos propios que ellas tienen. En este sentido, la autonomía de las instituciones de educación superior que los requirentes reclaman no tiene por objeto permitir cualquier conducta de sus directivos o administradores, porque dichas instituciones no están al arbitrio de ellos (por ejemplo, no pueden cerrarlas como si se tratara de una peluquería). De hecho, es la autonomía la que las protege de intervenciones que podrían estar orientadas por fines ajenos a los propiamente educativos. En alguna medida, esto se expresa de manera relevante cuando el Tribunal Constitucional señala que *la esencia de la autonomía reside en la capacidad de desarrollar proyectos educativos*¹¹², más que en la libertad para decidir sobre cuestiones administrativas y económicas. Estas últimas estarían subordinadas a las decisiones académicas, que son las que caracterizarían los fines de las instituciones educativas.

Finalmente, respecto de las leyes orgánicas constitucionales y de su extensión (a materias que la Constitución no señala expresamente como de dicho quórum), falta a mi juicio el argumento principal que ha de sustentar el rechazo del Tribunal Constitucional a considerar la *totalidad* del proyecto de ley como materia de quórum orgánico constitucional. Como se ha visto, el requerimiento pretende hacer una interpretación amplísima del inciso final del artículo 19 N° 11, con el objeto de elevar el quórum de aprobación del proyecto a uno superior al quórum de mayoría simple. Los requirentes se sujetan a la doctrina de los elementos complementarios indispensables, señalando que “todas aquellas materias o normas que constituyen elementos complementarios indispensables son de rango orgánico constitucional”¹¹³.

Como se sabe, las leyes orgánicas constitucionales exigen un quórum de aprobación de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio. La exigencia de ese quórum para ciertas materias que la Constitución establece, es evidentemente problemático a la luz del principio de mayoría¹¹⁴, y es uno de los encla-

¹¹² *Ibíd.*, considerando 175°.

¹¹³ *Ibíd.*, Requerimiento, fojas 3.

¹¹⁴ Como señala magistralmente el constitucionalista alemán Ernst Wolfgang Böckenforde, el principio de la mayoría “no es para la democracia una mera solución técnica de necesidad, en el sentido de que

ves anti-democráticos que la Constitución vigente contempla¹¹⁵. La razón es simple: dicho quórum no permite que el pueblo se exprese institucionalmente, porque otorga un poder de veto a la minoría que se opone (en los hechos, a la derecha). Sobre esta base, el principio democrático exige que la interpretación de las materias objeto de leyes orgánicas constitucionales sea estricta. Por eso, si bien el Tribunal Constitucional afirma que “las leyes orgánicas son de interpretación restrictiva”¹¹⁶, no explica por qué la Constitución exige que así sea. A mi juicio el principio democrático, consagrado en el artículo 4 de la Constitución, es el fundamento último del rechazo a una interpretación extensiva de dichas materias, toda vez que si se expande el campo de las leyes orgánicas constitucionales, aumenta la anomalía democrática que envuelve un quórum contra-mayoritario.

Como bien explica Lucas Sierra, el Tribunal Constitucional ha pasado por períodos contenidos y períodos más expansivos. En los períodos expansivos, problemáticos a la luz del principio democrático, el Tribunal Constitucional diseñó la siguiente fórmula: las leyes orgánicas constitucionales han de regular tanto el “contenido imprescindible” como los elementos “complementarios indispensables” de las materias mencionadas en la Constitución, es decir, “no sólo el núcleo de estas materias (su “contenido imprescindible”), sino también su periferia (sus elementos “complementarios indispensables”)”¹¹⁷. El Tribunal Constitucional afirma, en la sentencia en comento, que tales leyes

de otra forma no se podría llegar a ninguna decisión, sino que es algo que se adecúa a ella de forma estructural”. Böckenforde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, (Editorial Trotta) 2000, p. 92. Inmediatamente a continuación, en un párrafo que merece ser transcrito en toda su extensión, Böckenforde señala: “El que la decisión de la mayoría sea una *necesidad interna para la democracia resulta* tanto del principio de la libertad y de la autodeterminación como del principio de la igualdad democrática. Si la libertad democrática de participación tiene que valer para todos los ciudadanos, y no solo para unos pocos, entonces para establecer un determinado contenido del ordenamiento vigente resulta necesario al menos, y justamente, el asentimiento de la mayoría. Si se exigiera menos se perjudicaría a quienes se oponen a ese contenido, y si se exigiera más se perjudicaría a quienes lo respaldan. Y lo mismo se exige desde la igualdad. Si todos los ciudadanos han de disponer de los mismos derechos políticos de participación, para que tengan también las mismas oportunidades de influir políticamente, *toda opinión política tiene que ser pesada como igual*. Ninguna diferenciación cualitativa, ya sea en base a la intensidad de la participación en el proceso político democrático o en base a la vieja distinción del Derecho canónico entre la *pars sanior* y la *pars maior*, se sostiene aquí. Partiendo de la igualdad democrática, *los votos -considerados desde una perspectiva jurídica- solo pueden ser contados, no ponderados*”. Böckenforde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, (Editorial Trotta), 2000, pp. 92-93.

115 Véase Atria, *La Constitución Tramposa*, (LOM), 2013, pp. 46-51.

116 Tribunal Constitucional, Rol 2731-14, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2014, considerando 62°.

117 Sierra, Lucas y MacClure Lucas, *Frente a las mayorías: leyes supramayoritarias y tribunal constitucional en Chile*. Consorcio de Centros de Estudios en el marco del proyecto Auditoría a la Democracia del PNUD Gobierno de Chile y PNUD, 2011, p. 38.

“sólo deben abordar lo esencial de una regulación”¹¹⁸, y por supuesto, está en lo correcto, pero no señala, expresamente, que es el principio democrático la razón que justifica tal autolimitación interpretativa.

¹¹⁸ Tribunal Constitucional, Rol 2731-14, op.cit., considerando 62°.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA HOMOSEXUALIDAD: ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS ROLES 2435 Y 2681, A LA LUZ DE SU JURISPRUDENCIA ANTERIOR SOBRE DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

“Igual dignidad ante los ojos del Derecho”¹

Tomás Vial Solar²

Sebastián Del Pino Rubio³

Resumen

El año 2014, el Tribunal Constitucional dictó dos sentencias relativas a la conducta homosexual como causal de divorcio por culpa: las sentencias roles 2435 y 2681. Este comentario sintetiza los principales considerandos de esos fallos, pero, junto con ello, busca colocarlos dentro del contexto de la jurisprudencia anterior del Tribunal sobre la materia, en la que hubo que considerar si las diferencias en la ley, tanto en materia penal como civil, que se aplican a personas de orientación sexual diversa encuentran justificación constitucional. La conclusión a la que se llega es que la mayoría del Tribunal, en todos los casos que concurren al análisis, realizó una errónea aplicación del test de discriminación arbitraria y que tal error se puede explicar porque para esa mayoría la orientación homosexual no posee, respecto de la heterosexualidad, igual valor ni protección ante la Constitución.

Introducción

El año 2014 el Tribunal Constitucional dictó dos sentencias, las roles 2435 y 2681, conociendo recursos de inaplicabilidad en contra del artículo 54, N°

1 “Equal dignity in the eyes of the Law”, *Obergefell v Hodges*, Corte Suprema de los Estados Unidos, slip opinion, p. 28.

2 Abogado, LL.M. International Human Rights Law, Doctor en Derecho, investigador del Centro de Derechos Humanos UDP, profesor de Derecho Constitucional UDP.

3 Abogado, estudiante del Magister en Pensamiento Contemporáneo UDP, ayudante de investigación del Centro de Derechos Humanos UDP.

4, de la Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil, que establece la conducta homosexual como causal de divorcio por culpa. Ambos requerimientos fueron rechazados: una por mayoría (Rol 2435) y la segunda por falta de quórum (Rol 2681). En ambas sentencias, tanto la mayoría como la minoría de los miembros del Tribunal, argumentaron en torno a la orientación sexual homosexual como realidad social y bajo el derecho, en concreto respecto al derecho matrimonial. El presente comentario no sólo sintetiza esas argumentaciones sino que busca colocarlas en el contexto de anteriores sentencias del Tribunal en las que se pronunció sobre la orientación homosexual como categoría para efectos de analizar si se da una discriminación arbitraria: la relativa al matrimonio (Rol 1881) y otra referida a normas penales (Rol 1683). Del análisis conjunto de estos fallos se puede concluir que para una parte importante del Tribunal, que ha constituido mayoría en varios de estos pronunciamientos, las normas que establecen diferencias explícita o implícitamente en base a esta categoría no ameritan reproche constitucional. Este comentario objeta esos razonamientos, señalando que una correcta aplicación del test de discriminación lleva a otros resultados. Pero, además, que la falla en la aplicación correcta de ese test es explicable por una visión negativa de la homosexualidad como forma de orientación sexual y forma de vida digna.

El presente comentario, en la sección 1 y 2, sintetiza los principales considerandos de ambas sentencias, virtualmente idénticas. Luego, en la sección 3, desarrolla el concepto de *categoría sospechosa*, un concepto mencionado (aunque no necesariamente empleado) en ellas y otras sentencias anteriores del Tribunal Constitucional. La sección 4 critica los argumentos sobre el matrimonio dados tanto en las sentencias directamente en comento como en la Rol 1881. La sección 5 sintetiza la forma en que el test de discriminación ha sido empleado por el Tribunal cuando ha estado presente la homosexualidad, haciendo particular referencia a la sentencia Rol 1683, que se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 365 del Código Penal. Se finaliza con unas conclusiones.

1. La sentencia Rol 2435

La sentencia de inaplicabilidad Rol 2435, de fecha 10 de abril de 2014, fue producto de la interposición del recurso antes mencionado por parte del señor Sergio Larraín Sáez, respecto al artículo 54, N° 4, de la Ley 19.947 sobre

Matrimonio Civil. La gestión pendiente que habilitó esa acción fue la causa sobre divorcio culpable que conoció el Juzgado de Familia de Antofagasta bajo el RIT N° C-200-2013, en la cual el señor Larraín fue demandado por su cónyuge, Janinna Leyton Díaz, por divorcio culpable o divorcio sanción, por la causal de conducta homosexual, argumentando que el actor se habría alejado de ella a raíz de su orientación sexual, iniciando una relación con una persona de su mismo sexo mientras vivía en el hogar común.

El precepto legal impugnado dispone:

“El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común. Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

4°.- Conducta homosexual.”

La parte recurrente alegó, en lo medular, que la causal de divorcio impugnada constituía una discriminación arbitraria en contra de una categoría prohibida de discriminación, como lo es la orientación sexual.

1.1. El voto de mayoría

El voto de mayoría, compuesto por los ministros Marisol Peña, Raúl Bertelsen, Iván Aróstica, Francisco Fernández, Domingo Hernández y Juan José Romero, inició su análisis constitucional con varias consideraciones relativas a la naturaleza del matrimonio. Éstas serán discutidas más adelante en este trabajo en conjunto con los otros fallos del TC sobre la materia. Lo importante ahora es señalar que la mayoría concluyó que el matrimonio requiere la diferenciación sexual de los cónyuges (considerandos 4° a 7°).

A continuación, se pasó a analizar la regulación legal del divorcio, señalándose que “entre las faltas que representan una vulneración grave de los deberes y obligaciones que el matrimonio impone a los cónyuges, queda comprendido inequívocamente el adulterio, el cual, según el artículo 132, inciso segundo, del Código Civil, lo cometen ‘la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge’, conducta ésta –el adulterio– que es considerada por el inciso primero del mismo artículo como constitutiva de ‘una grave infracción al deber

de fidelidad que impone el matrimonio” (considerando 10°). Pero, se agregó, que el adulterio no es la única contravención al deber de fidelidad que implica el matrimonio “y constitutivo por tanto de la causal de divorcio por culpa establecida en el artículo 54, N° 2, de la Ley de Matrimonio Civil, sino que también lo son “otros hechos de infidelidad conyugal de gran significación que importen un severo atentado al vínculo matrimonial”, entre los cuales se comprende el trato reiterado de uno de los cónyuges con persona de otro sexo con la que tenga muestras de afecto y pasión impropias de exteriorizarse con quien no sea su marido o mujer (Sentencia de la Corte Suprema de 14 de marzo de 2011, en “Gaceta Jurídica” 369, pág. 176, considerandos séptimo y octavo)” (considerando 10°).

La mayoría afirmó que “el inciso segundo del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil ejemplifica, refiriéndose a la causal genérica de divorcio por culpa del inciso primero del mismo artículo, consistente en la violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, que [s]e incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos: N° 4.- Conducta homosexual” (considerando 11°).

En el considerando 12°, se efectuó una afirmación que será clave para nuestro análisis:

“Que, como puede apreciarse, el mismo tenor literal de la disposición legal impugnada muestra que los meros sentimientos de tendencia homosexual de una persona no son suficientes para incurrir en la causal de divorcio culpable que se cuestiona.

En efecto, el encabezado del inciso segundo del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil señala que se incurre en la causal de violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, “cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos”, que a continuación enumera y entre los que se encuentra el N° 4 “Conducta homosexual”.

La falta imputable, por consiguiente, es un hecho, esto es un acto o actividad constitutiva de conducta homosexual, un comportamiento de esta índole, y no una mera preferencia u orientación sexual”.

El Tribunal recordó que la historia de la norma claramente muestra que no se trató de sancionar la orientación sexual, pues en ella se expresó, en la Comisión de Constitución del Senado, que la causal exigía un “comportamiento externo objetivo y no la mera condición o inclinación sexual” (considerando

13°). Al pasar al análisis de constitucionalidad de la norma y al revisar el argumento de que ella contravenía el derecho a la igualdad y constituía una discriminación arbitraria, el Tribunal señaló que era equivocado, “pues, tal como se ha demostrado, la ley no considera como causal de divorcio culpable la mera inclinación o atractivo sexual hacia personas del mismo sexo, ni tampoco la que uno de los cónyuges tenga respecto de persona del otro sexo, sino, únicamente, las conductas, esto es actuaciones, que uno de los cónyuges tenga con persona que no sea su cónyuge y que suponga una infracción grave al deber de fidelidad, entre las cuales está, por cierto, el trato sexual, pero también las manifestaciones de afectos propias sólo entre cónyuges” (considerando 16°). El análisis de esta aseveración se hará más adelante en este trabajo, una vez contrastado con lo que argumentó el voto de minoría. Pero lo que el Tribunal afirmó en el considerando inmediatamente posterior parece pertinente hacerlo ahora.

El Tribunal, en su considerando 18°, dijo que “la legislación sobre matrimonio y divorcio existente en Chile no considera como causal de divorcio culpable la mera orientación afectiva hacia persona del otro o del mismo sexo, y únicamente considera transgresión grave al deber de fidelidad propio del matrimonio la conducta, o actos, de uno de los cónyuges con personas del otro o del mismo sexo, que implique contacto sexual o que, sin llegar a serlo, constituya la exteriorización de afectos propios del matrimonio, por lo que no existiendo una diferenciación arbitraria, como la que se reprocha en el requerimiento, éste debe ser rechazado”.

Si la legislación sancionara por igual a quienes, con una persona de un mismo sexo o de otro, la “exteriorización de afectos propios del matrimonio”, el juicio del Tribunal en este aspecto sería certero. Pero el problema es que no es así, pues no hay precepto equivalente a “conducta homosexual” cuando ella, la conducta, es efectuada con personas de distinto sexo del contrayente infractor. El Tribunal simplemente omite intentar explicar porqué se menciona aquélla. Es justamente ese punto el que da pie al voto de minoría para fundar su disidencia.

De acuerdo a los razonamientos anteriores es que la mayoría del Tribunal desechó el recurso interpuesto.

1.2. El voto de minoría

Los ministros Hernán Vodanovic, Carlos Carmona, Gonzalo García y María Luisa Brahm expusieron en un largo voto de minoría su disidencia.

Para ello siguieron diversos pasos. Se inició con un análisis de qué es el divorcio en la legislación chilena. Este análisis concluyó que “la condena por divorcio culpable, fundada en alguna de las causales del artículo 54 de la Ley N° 19.947, genera un estatus civil diferenciado, con efectos jurídicos adversos para el culpable, sostenido en el reconocimiento del cónyuge como víctima y con el menoscabo consiguiente de la igualdad de derechos civiles como producto del cese de la relación matrimonial” (considerando 6°).

En segundo lugar, la disidencia analizó la “conducta homosexual” como causal de divorcio culpable. Partió recordando que en la historia del divorcio en Chile nunca antes se había contemplado la homosexualidad como causal de divorcio y que ella sólo fue introducida por la Ley N° 19.947. Respecto al análisis de la historia de la norma, concluyeron, en forma similar a lo previsto por la mayoría, que el debate legislativo “primariamente, reemplazó el vocablo ‘conductas homosexuales’ por ‘conducta homosexual’. Seguidamente, se constató que dicha conducta debe estar fundada en comportamientos externos y objetivos, no pudiendo referirse a la mera inclinación homosexual. Tercero, se advirtieron los efectos del tratamiento subjetivo de las causales de divorcio culpable ejemplificadas esencialmente por los casos en donde las personas asumen o adquieren un patrón de conducta homosexual. Y, finalmente, se advirtieron, en la perspectiva del subjetivismo causal, las dificultades de prueba de esta causal de divorcio culpable” (considerando 10°).

Hecho lo anterior, se pasó a aplicar el test de discriminación a la causal bajo análisis. En primer término, los disidentes destacaron que en este caso se estuvo en presencia de la orientación sexual como categoría de diferenciación, y que en los casos en que esa categoría, o la relativa a cualquier grupo de personas, implica una “carga excesiva” el legislador “estaría compelido a explicar la racionalidad del interés protegido” que justifica la distinción en base a esa categoría. Luego de esto el voto disidente introdujo el criterio de la “categoría sospechosa”, como herramienta para analizar la validez de una diferencia. Como este es un aspecto relevante de este fallo, y otros, se discutirá más adelante. Ahora, lo pertinente es mencionar que se afirmó que en el caso de emplearse una categoría sospechosa, y la orientación sexual lo sería, se exige un escrutinio exigente. Sin embargo, no se explicó qué significaría ese tipo de escrutinio.

La minoría pasó luego a revisar la razonabilidad de la “conducta homosexual” como causal de divorcio culpable. Sobre esto señaló que la causal sólo

puede entenderse de una forma autónoma, es decir, como sancionando algo diferente, a la causal del N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil, que dispone como causal de divorcio culpable, la *“transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo y reiterado del hogar común es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio”*, pues “resulta difícil concebir una regla más amplia que proteja los deberes del matrimonio que la contemplada en esta causal. Por lo mismo, la “cuota de infidelidad” que importa alguna de las acciones que puedan ser calificadas como conducta homosexual dentro del matrimonio están cubiertas ampliamente por la causal del artículo 54, numeral 2°, de la Ley N°19.947” (considerando 19°).

Luego, los disidentes compararon esta causal con las demás previstas en el artículo 54. La apreciación general de estas causales arriba a una postura concluyente:

“Que estas causales están referidas a conductas contrarias al cónyuge, a los hijos o a todos ellos. Su gravedad se manifiesta por sí misma: hechos que conllevan un homicidio frustrado, el ejercicio de la violencia intrafamiliar, la drogodependencia o el alcoholismo como patología social contra la familia, y el proxenetismo. A ello hay que sumar la existencia de condenas penales ejecutoriadas por la comisión de delitos contra la familia. Y, en medio de ellas, “la conducta homosexual”. ¿Un delito, una patología psíquica o física, una hipótesis de abuso, un ilícito civil, un daño moral o social? Piénsese que esta comparación desconcierta por la valoración que el legislador tiene de la “conducta homosexual” a secas, sin calificativos ni exigencias adicionales. En los demás casos, no basta el ilícito ni el delito o la concurrencia de los hechos mismos. Normalmente vienen acompañados de malos tratamientos “graves”, excluyendo medianos o leves. Condenas ejecutoriadas por delitos penales “que involucre(n) una grave ruptura de la armonía conyugal”, en cuyo caso se toleran las desarmonías medianas o rupturas circunstanciales. Un alcoholismo o drogadicción “que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa”. El legislador sabe que las familias deben convivir con estos males hasta que se vuelvan completamente intolerables. Y, por el contrario, identifica la “conducta homosexual” como causal de divorcio culpable, sin atenuante ni tolerancia ninguna. ¿Basta un solo acto externo?” (considerando 22°).

Posteriormente, se trató de interpretar esa causal. Se citó que el legislador modificó el texto legal de “conductas” a “conducta”. Luego, se afirmó que, de acuerdo al diccionario, la conducta se refiere a la “manera con que los hombres se comportan en su vida y acciones” por lo que “si asumimos estas acepciones, ‘la conducta homosexual’ importaría señalar que hay ‘una manera homosexual de comportarse en la vida’ o que hay un ‘patrón homosexual para responder a situaciones’. Ninguna de las dos formas se refiere a actos sino que identifican una condición, un modo o pauta de comportamiento. En síntesis, una referencia estructural al propio sujeto. ¿Y cuál sería este patrón o manera?”. Para los disidentes “[la] expresión ‘conducta homosexual’ no denota claramente hechos externos indubitados. La ambigüedad descriptiva de acciones es de tal naturaleza que no es distinguible con independencia del sujeto que las realiza” (considerando 24°).

De lo anterior se concluyó que “esta causal de divorcio culpable asigna al cónyuge una responsabilidad por actos indistinguibles de su condición personal, reafirmando un estándar subjetivo no permitido por la Constitución. Que la determinación del legislador constituye una vulneración esencial del propio ámbito de los derechos fundamentales, puesto que la identificación de un límite debe estar basada irredargüiblemente en actos externos, de significación jurídica, que generen afectación a terceros. No es posible tolerar la constitución de un límite a un derecho fundamental a un trato igualitario, si la naturaleza de ese límite consiste en degradar la condición de la persona misma o imputarla con responsabilidad y sanciones por un patrón conductual que no puede modificar” (considerando 25°).

Considerando lo referido en el párrafo precedente, se pasó a desarrollar porqué se consideraría discriminatorio esto, señalando que la “razonabilidad de la imputación como causal de divorcio culpable a la conducta homosexual depende de dos condiciones: i) la base de la clasificación y ii) de la naturaleza del interés dañado por la clasificación, su fundamento y legitimidad constitucional” (considerando 26°).

Sobre la primera condición se dijo que “el legislador estaba consciente de que no podía culpabilizar la condición de ‘homosexual’ y que debía construir una causal de divorcio objetiva. Sin embargo, la forma indefinida y ambigua en que construyó la causal de ‘conducta homosexual’ constituye una discriminación. Es arbitraria tal calificación puesto que, comparativamente con las otras causales de divorcio culpable, es abiertamente desproporcionada ya que la mera conducta homosexual sin calificativo ninguno permite configurar la

causal de divorcio culpable. En cambio, todas las demás tienen un estándar exigente, sea resultado de un proceso criminal con sentencia judicial ejecutoriada, sea resultado de un abuso persistente en el tiempo, sea como resultado de actos que lesionan bienes jurídicos tangibles del cónyuge y sus hijos” (considerando 27°).

Respecto al interés jurídico, éste será de dos tipos, uno de naturaleza legal y otro propiamente constitucional. Respecto al primero, consiste en la comparación entre el fin y objeto de la norma, la protección de los deberes de fidelidad propio del matrimonio, con la conducta sancionada. Para los disidentes ella supera con creces ese objetivo, pues “la mera concurrencia de conductas homosexuales en el matrimonio no es constitutiva *per se* de una acción de infidelidad. La convivencia de patrones alterados de homosexualidad en contextos dominantes de heterosexualidad lleva a que estos hechos se manifiesten usualmente de manera esporádica y solapada” (considerando 28°). En cuanto al interés constitucional, se entenderá por éste el principio de no discriminación y la interdicción de la arbitrariedad por parte del legislador. Y al respecto, el voto de minoría consideró “[q]ue el estándar de igualdad se ve doblemente lesionado. Primero, por construir una causal de divorcio culpable que afecta discriminatoriamente a una categoría de personas juzgadas por su condición y no por sus actos. Segundo, porque de tal evento se deducen consecuencias civiles, procesales y económicas en su contra que vulneran la regla básica de igualdad que debe satisfacer el legislador en la identificación de causales de divorcio aplicables con isonomía a ambos” (considerando 30°).

De todo lo anterior se concluyó que la aplicación del artículo 54, numeral 4°, de la Ley 19.947, produce un efecto inconstitucional, ya que “[...] se trata de una norma que define una regla discriminatoria al ser fundada en un criterio no razonable, arbitrario y denigrante de la condición de personas históricamente segregadas y sostenidas en una clasificación basada en un estatus inmutable o en condiciones que la persona no puede controlar” (considerando 34°).

2. La sentencia Rol 2681

La cuestión del efecto inconstitucional de artículo 54, número 4°, de la Ley 19.947, volvió a ocupar al Tribunal Constitucional, pocos meses después, al emitir su sentencia Rol 2681, con fecha 30 de diciembre de 2014. En esta

ocasión la acción fue interpuesta por la Jueza Titular del Primer Juzgado de Familia de Santiago, Carolina Bustamante Sasmay, en el proceso sobre divorcio por culpa, RIT 2762-14, sustanciado ante el aludido juzgado. Este proceso se inició, de acuerdo al relato de la jueza requirente, por solicitud del señor Jaime Camán para que se decretara el término de su matrimonio con doña Cristina Eichele porque ésta habría incurrido en conductas lésbicas, según constaría en fotografías. La magistrada consideró que la causa alegada no podía homologarse a las otras causales de divorcio por culpa.

En este caso, el requerimiento fue rechazado por no haberse dado el quórum necesario para aprobarlo, al haber empate de votos entre los ministros del Tribunal Constitucional. Votaron por el rechazo, los ministros Raúl Bertelsen, Francisco Fernández, Iván Aróstica y Domingo Hernández. Por acogerla, los ministros Carlos Carmona, Hernán Vodanovic, Gonzalo García y María Luisa Brahm.

En comparación con la sentencia Rol 2435, analizada en el numeral anterior, los ministros que estuvieron por el rechazo que coinciden son Bertelsen, Aróstica y Hernández. Si a eso se le suma el ministro Fernandez, y los ministros que estuvieron por el rechazo en el Rol 2435, Marisol Peña y Juan José Romero, de la composición actual de Tribunal Constitucional habría cinco ministros que se habrían pronunciado en contra de una causa que afecte a derechos de las personas LGBTI (lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales). Por su parte, y comparando también con el Rol 2435, los ministros Carmona, Vodanovic, García y Brahm, habrían mantenido su voto de rechazo, siendo ministros vigentes del Tribunal. De acuerdo a esto, de la composición actual del Tribunal, sólo los nuevos ministros Letelier y Pozo no se han pronunciado sobre un asunto relativo a derechos de las personas LGBTI, por haber integrado sólo a partir de enero del 2015.

En cuanto a los argumentos dados, en el voto de rechazo se repiten, en forma literal, los emitidos en el 2435.

Parece interesante hacer notar el voto concurrente del ministro Aróstica, el que señala, en una parte que “[c]umple con prevenir, asimismo, que la ‘conducta homosexual’ constituye una tipificación tan amplia, que incluso podría abarcar situaciones que no determinan de suyo la imposibilidad de mantener la convivencia matrimonial. De modo que el divorcio consecuente, con carácter de sanción única e indefectible, aplicable por igual a injustos eventualmente desiguales, podría producir efectos desproporcionados y contrarios a la Constitución. Incumbe a los jueces del fondo evitarlo, sopesando

si los hechos invocados en cada caso efectivamente tornan intolerable la vida en común, dependiendo de las características o idiosincrasia de cada unión conyugal”.

En cuanto al voto por la acogida, repite también en forma literal los considerandos de la sentencia Rol 2435, con muy limitados agregados de redacción.

En este caso parece también interesante destacar la previsión de la ministra María Luisa Brahm, pues ella, concurriendo a la posición de acoger el requerimiento, expresamente excluyó todos los considerandos en los cuales se había equiparado las normas constitucionales con las normas de derechos humanos (los considerandos 23°, 37° y la frase final del 43°).

3. Las categorías sospechas como elemento del test de discriminación arbitraria

En la sentencia Rol 2435, la disidencia introdujo una definición de categoría sospechosa:

“Que, en esa línea, parece claro que los dilemas que utilizan como criterio de clasificación al sexo como un ejercicio de distinción superior a la mera diferenciación de género, *no pueden ser evaluados mediante un test básico de igualdad. Para ellos rige un escrutinio exigente*, puesto que se utiliza un criterio que impone un significativo peso sobre grupos protegidos, como es el caso de los homosexuales, sujetos de históricas discriminaciones.

Hay diferenciación sospechosa cuando se cierne sobre un grupo que históricamente ha tenido una penetrante discriminación en contra de su clase, cuando ha sido estigmatizado por efecto de la clasificación, cuando la clasificación está basada en un estatus inmutable o en condiciones que la persona no puede controlar o cuando la discriminación construye un efecto que aísla a los individuos sujetos de discriminación generando un debilitamiento de sus garantías en la protección de sus derechos civiles y fundamentales” (considerando 14°).

No es la primera vez que se emplea el término en la doctrina del Tribunal Constitucional, pues en la sentencia Rol 2273, de fecha 4 de julio de 2013, sobre derecho de los inmigrantes, se señaló en su considerando 30°:

“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. Sin embargo, se trata de una distinción que es sospechosa, en línea de principio, puesto que requiere de una habilitación constitucional previa para poder realizarla. 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 una fuerte argumentación contraria que demuestre la necesidad, justificación y finalidad en un objetivo constitucionalmente legítimo que apodere a la Administración del Estado a realizar una diferencia de trato entre ellos”.

Y también en la sentencia sobre matrimonio igualitario, Rol 1881, donde los ministros Fernández, Carmona, García y Viera-Gallo, expusieron:

“[D]ebe tenerse en consideración que las categorías “sexo” y “orientación sexual” corresponden a las denominadas categorías sospechosas de discriminación que inciden en el juicio de razonabilidad. Cuando se recurre a ellas, se invierte la presunción de constitucionalidad de que goza el legislador en virtud del principio de deferencia, ya que pueden afectar a personas integrantes de colectivos minoritarios más vulnerables en razón de una trayectoria de discriminación. Lo anterior exige realizar un examen más estricto de razonabilidad. Así se desprende de los artículos 1º y 19 N°2º de la Constitución, que señalan respectivamente que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que hombres y mujeres son iguales ante la ley. Por su parte, el mismo criterio es empleado por el Código Civil, al definir qué debe entenderse por persona (artículo 55), así como el Código del Trabajo (artículo 2º) y el Estatuto Administrativo (artículo 17), respecto del acceso igualitario al trabajo y a la función pública, respectivamente.

Además, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2.1, se sostiene que el Estado debe respetar y garantizar a los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en dicho Pacto, y señala enseguida: *“sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política*

o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, identificando así una serie de criterios sospechosos de discriminación, entre los que se encuentra el sexo y se comprende la orientación sexual. Lo mismo hace la Convención Americana, en su artículo 1.1, al señalar que el Estado se compromete a respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado sin discriminación, principio que se ve reforzado en el artículo 24 de dicha Convención, que consagra la igualdad ante la ley. Ello se ve reforzado por lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belén Do Pará, y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”.

Tanto el voto disidente en la sentencia Rol 2435 como el de mayoría en la sentencia Rol 2273 fueron redactados por el ministro Gonzalo García Pino.

En la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos se ha afirmado, por ejemplo por la profesora Anne Bayesfsky, que se considera que el emplear ciertas distinciones en base a algunas categorías, tales como raza o sexo, son *prima facie* injustas y por consiguiente exigen al Estado una especial y fuerte argumentación⁴. Para los profesores Claudio Nash y David Valezka, respecto a cuáles serían estas categorías, el mayor consenso se produce en torno a *mujer y raza*, pero señalan que “hasta la fecha no existe completa claridad en torno a si las categorías sospechosas son todas las mencionadas en las clausulas que prohíben la discriminación o sólo algunas de ellas, surgiendo entonces un problema, al tener que determinar cuándo estamos ante ellas y cuándo debe aplicarse un criterio estricto”⁵.

En la literatura constitucional nacional ha habido poco desarrollo sobre qué significan y cuáles son estas categorías y qué las justifica. El trabajo reciente del profesor José Manuel Díaz de Valdés, subsana en parte este vacío, al referirse a los diversos conceptos de igualdad⁶, señalando que uno de los

4 Bayesfsky, Anne, “El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional”, en 18 *Ensayos de Justicia Transicional. Estado de Derecho y Democracias* (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2005, p. 19.

5 Nash, Claudio y David Valeska, “Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Claudio Nash y Ignacio Mujica, eds. *Derechos Humanos y Juicio Justo*, (Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas, Organización Interamericana Universitaria) 2009, p. 171.

6 Díaz de Valdés, José Manuel, “La Igualdad Constitucional: Múltiple y Compleja” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, N° 1 (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2015, p. 166-167.

dilemas que presentan las cláusulas constitucionales de igualdad es si aquellas son generales o especiales, entendiendo por estas últimas aquellas que se refieren a las *categorías sospechosas*, “i.e., características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias o rasgos entre individuos, tales como raza, el sexo, la religión, la opinión política”⁷. Díaz de Valdés señala que este tipo de cláusulas se relacionan con un “escrutinio judicial más estricto”. El mismo autor propone que la prohibición de discriminación por pertenencia a un grupo es un tipo de igualdad (uno de tres para él) que se justifica por “la protección de grupos desventajados, impidiendo así la existencia de ‘castas’ o ciudadanos de ‘segunda clase’, habiendo una preocupación especial por el daño sufrido por aquellos que son estigmatizados por su pertenencia a ciertos grupos”⁸. El autor hará ver que en esta noción de igualdad una idea clave es la de grupo, la que es “altamente problemática”, por las siguientes razones. Primera, porque no existiría acuerdo en qué constituye un grupo. Segundo, porque la idea de grupo se asociaría a una especie de “esencialismo”, al “asumir que cada grupo tiene ‘esencias fijas’ y dadas de una vez y para siempre, con características que están distribuidas homogéneamente entre los miembros del grupo”⁹. Y en tercer lugar, el no menor “problema de identificar qué grupos [...] debieran gozar de una protección constitucional especial”, pues él señala que no todo grupo tiene las mismas razones o justificaciones para ser incluido. El autor sugiere varios factores, tales como “la penetración e intensidad de la discriminación; el daño sufrido por el grupo; la persistencia de la discriminación en el tiempo; la fluidez o rigidez de la pertenencia al grupo; la utilidad social general, entre otros”¹⁰.

Las cuestiones que presenta Díaz de Valdés son relevantes y ciertamente no han sido abordadas o precisadas por nuestra jurisprudencia constitucional. Lo que parece claro, tanto de lo afirmado por la mayoría del Tribunal en la sentencia Rol 2273, como por la minoría en las sentencias Roles 1881 y 2435, es lo siguiente:

(a) El empleo de distinciones basadas en alguna categoría personal, como la raza o el sexo, implicarían una “fuerte argumentación contraria”,

7 Ibid.

8 Ibid., p. 173-174.

9 Ibid., p. 175.

10 Ibid.

un “escrutinio exigente”¹¹ por parte del Tribunal. Ni la mayoría del Tribunal ni las disidencias, sin embargo, han precisado qué significa esto, vis a vis el estándar de razonabilidad que emplea, con mayor o menor consistencia, el mismo Tribunal. Una posibilidad, enunciada por la disidencia en la Rol 1881, es que la presencia de categorías sospechas impliquen una inversión de la carga de la prueba, alterando la presunción de constitucionalidad que posee la ley, lo cual sin duda que daría sentido a la presencia de esta categoría en el razonamiento constitucional vigente actualmente en nuestro Tribunal Constitucional.

(b) Las categorías sospechosas estarían asociadas a discriminaciones grupales, las que poseerían el carácter de graves e históricas. Pero este criterio no parece en principio fácilmente compatible con considerar a todas las categorías enumeradas en los tratados internacionales como categorías sospechosas, tal como lo afirma la disidencia en la Rol 1881.

4. La definición constitucional del matrimonio

Pese a que no era objeto de controversia sometida a resolución del Tribunal, la mayoría en la sentencia Rol 2435 y con reiteración de los argumentos en la Rol 2681, se pronunció sobre si acaso el matrimonio exige o no diferenciación sexual. En este sentido ambas sentencias son una continuación del debate que se inició con la sentencia Rol 1881, de 3 de noviembre de 2011, sobre inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil.

En las sentencias que se comentan la mayoría, luego de citar el artículo 102 del Código Civil (recalcando en negritas lo referente a “un hombre y una mujer”), pasó a señalar que, al respecto, “la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al ocuparse en el artículo 17 de la titularidad del derecho a contraer matrimonio, no ocupa la locución ‘toda persona’ que es la que utiliza para referirse a quienes son sujetos de los otros derechos que reconoce, sino que dice en su inciso segundo que ‘[s]e reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio’, por lo que la opción legal en Chile por el matrimonio heterosexual es consistente con lo establecido en la Convención” (considerando 5°). Luego se agregó que “[q]ue tal modelo de matrimonio resulta acorde con las bases de la institucionalidad contenidas en el Capítulo I

11 En ambos casos se puede asumir que la exigencia al legislador de razones para fundar el uso de esas categorías sería especialmente estricto.

de la Carta Fundamental, la que, en su artículo 1º, inciso segundo, señala que “[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, disposición que se reitera en el artículo 1º, inciso primero, de la Ley de Matrimonio Civil, que añade que “[e]l matrimonio es la base principal de la familia” (considerando 6º).

Esta definición del matrimonio, que *per se* excluye a las parejas del mismo sexo, no fue cuestionada por el voto de minoría en las dos sentencias sobre divorcio que hemos comentado; pero sí lo fue en la sentencia Rol 1881, donde los ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García, a pesar de concurrir al voto de mayoría que no cuestionó la constitucionalidad del matrimonio heterosexual dispuesto en el artículo 102 del Código Civil, establecieron nuevas relaciones entre los conceptos de matrimonio y familia, y si acaso la Constitución establece vínculos y limitaciones sobre ellos.

Al analizar el matrimonio en la Constitución, concluyeron que si el matrimonio es entre un hombre y una mujer, es porque la ley lo establece de ese modo y no la Carta Fundamental, ya que no puede estimarse que esta consagra una garantía institucional sobre el matrimonio, pues no otorga norma alguna sobre el contenido de éste (numerales 11 y 13). Por otra parte, la Constitución tampoco otorga un concepto de familia: *“No se establece una suerte de discriminación entre la familia fundada en un matrimonio legalmente celebrado y las diversas formas de familia de hecho. La constitución protege todos los tipos de familia”* (punto 15).

La línea lógica descrita hasta aquí, sufre un revés en el numeral 22, para cuya acertada inteligencia transcribiremos:

“[...] el Estado debe proteger no solo a la familia fundada en el matrimonio, sino que tal deber abarca a las familias de facto, sea que se constituyan por una pareja heterosexual o no.

Por ello, existiendo diversos modelos de familia protegidos por la Constitución y considerando que el matrimonio no es la única forma de conformar una familia, no hay, entonces, razones para sostener que se afecta el deber del Estado de proteger a la familia si la ley restringe el matrimonio solo a personas de sexos diferentes”.

El escollo lógico está en la conclusión, puesto que las premisas (i.e. a. que el Estado debe proteger a todas las familias y que b. el matrimonio no es el único modo de formar una familia) son acertadas, de modo tal, que debió afirmarse que el principio apodíctico de que el Estado debe propender a la

protección familiar se ve obstaculizado por la limitación que importa la actual redacción del artículo 102 del Código Civil.

4.1. Análisis de los argumentos contrarios al matrimonio igualitario contenidos en la sentencias del Tribunal Constitucional

Si tratamos de sintetizar los argumentos invocados por los ministros Bertelsen, Venegas, Navarro, Aróstica y Peña, en la sentencia Rol 1881, quienes estimaron en sus distintos votos de concurrencia que el artículo 102 del Código Civil es perfectamente compatible con el derecho fundamental de igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2 de la Constitución, llegaremos a tres núcleos fundamentales: (a.) que la naturaleza humana no es disponible y que, por lo mismo, funge como un canon de comportamiento; (b.) el matrimonio tiene una ontología, de modo tal que su configuración positiva debe conformarse a ella; y (c.) el matrimonio heterosexual garantiza una adecuada renovación social.

Estos tres axiomas, de acuerdo a la visión conjunta de esos sentenciadores, gozarían de la justificación suficiente para dar legitimidad a una desigualdad de trato, a la sazón que las parejas homosexuales no puedan acceder a la celebración del contrato matrimonial. En otras palabras, estos tres argumentos garantizan un estándar de razonabilidad suficiente para alejar al artículo 102 del reproche de arbitrariedad. Será necesario, entonces, analizar críticamente estos argumentos para determinar si su robustez es indiciaria de razonabilidad, pues, *a priori*, no parecen argumentos descabellados, sino que son atendibles.

4.1.1. La naturaleza humana como canon de comportamiento¹²

En el debate sobre el reconocimiento de derechos para las personas de sexualidad diversa, siempre está presente la idea de que la homosexualidad es contraria a las leyes de la naturaleza y, por lo tanto, es improcedente que el ordenamiento jurídico les brinde reconocimiento y protección; en el mejor de los casos, mera tolerancia, pero nada más. Un pensamiento de esta clase se funda en la idea de que la naturaleza humana está determinada extrínsecamente por un elenco de normas a las que el hombre puede llegar por el uso de su razón, mandatos naturales inscritos en la razón del hombre y que sólo en su observancia éste honra su propia calidad humana. En otros términos, esta naturaleza que nos es *dada* se constituye como un canon del comportamiento, pues el acto que sea contrario a ella debe ser calificado de inmoral y censurable.

¹² Esta idea puede seguirse en el punto 8° de la concurrencia de Bertelsen y en el 9° del voto de Venegas, Navarro y Aróstica. Todos referidos *ut supra*.

Siguiendo el pensamiento de la profesora Verónica Undurraga, la palabra naturaleza admite diversos usos connotativos. Así, esta voz puede ser usada para referir a lo que nos viene dado de nacimiento; a aquello que está profundamente arraigado en nuestros hábitos; o en el sentido de que si algo es natural no se puede cambiar; o, por último, si algo es determinado por la naturaleza es mejor no intervenir y dejarlo así, se refiere a la naturaleza de las cosas, una norma de comportamiento, un deber ser¹³.

Para la tradición iusnaturalista de orden dogmático, representada por la figura paradigmática de Tomás de Aquino, en el ámbito de la sexualidad humana lo natural es el impulso al *coito* heterosexual, pues de este modo se asegura la procreación. Esta aseveración se deduce de la observación del reino animal y de la anatomía de machos y hembras, la cual tiene funciones específicas. Entonces, cualquier otro acto sexual que no esté abierto a la procreación es antinatural, contrario a un plan divino e inmoral. Esta tradición filosófica, ha afirmado recurrentemente que la razón humana, aun sin la asistencia de los postulados de la fe, se dirige hacia los bienes básicos, pues el recto uso de la razón hace que el hombre apetezca lo que es bueno y deseable. Así, el matrimonio es un bien intrínseco que ordena los impulsos naturales de los cónyuges.

Pero, para la Iglesia –que apoya sus enseñanzas magisteriales en la filosofía dogmática-tomista– no siempre lo natural es moral, pues admitiendo que la homosexualidad puede tener una base biológica, sigue cuestionando su moralidad. La Iglesia afirma que la homosexualidad es una inclinación intrínsecamente desordenada, aunque se nazca homosexual. Esto equivale a dirigir un reproche hacia una persona en virtud de su raza, condición que tampoco pasa por una elección del sujeto, como es obvio.

Undurraga compara esta concepción clásica de la noción de naturaleza aplicada a la sexualidad con los planteamientos del filósofo contemporáneo Thomas Nagel. En su concepción, para descubrir lo que es distintivo de la sexualidad humana, en tanto descubrir qué es natural y qué es antinatural, no tenemos que fijarnos en qué tenemos en común con otras especies (como lo hizo Tomás de Aquino), sino en lo que nos diferencia de ellas¹⁴.

13 Undurraga Valdés, Verónica, “Cultura y diversidad de formas de vida: la homosexualidad”, en *Estudios Públicos*, N° 103, 2006, pp. 337-358. El resto de los argumentos dados en el presente literal corresponden a una síntesis de este ensayo.

14 Aunque las disquisiciones de Nagel son válidas para sostener la legitimidad de las relaciones homosexuales, pensamos que de suyo las ideas de lo que es natural o antinatural son inviables desde un doble punto de vista. El primero es epistemológico, ya que la aprehensión de este concepto importa

Nagel califica de antinaturales las relaciones que carecen de reconocimiento mutuo, cuando se suprime el carácter subjetivo de los individuos que se relacionan sexualmente. Por el contrario, serán naturales las relaciones que se enmarcan dentro del cuadro de la subjetividad, pues la interacción sexual humana parte de un deseo que crece en una persona al percibir y reconocer el deseo sexual de otra. Mientras una relación homosexual mantenga estos aspectos de reconocer al otro como un sujeto y no como un objeto, es natural. Esta pauta de Nagel sobre la sexualidad es mucho más luminosa que la tomista, pues la asociación afectiva será legítima mientras haya dación, respeto, reciprocidad e igualdad entre sus miembros, condiciones inherentes a las relaciones homosexuales, que carecen de la clásica distribución de roles de género. ¿Cómo son vividos estos estándares en el matrimonio heterosexual?

4.1.2. La ontología del matrimonio¹⁵

Normalmente, quienes niegan la procedencia del matrimonio a parejas homosexuales lo hacen sobre la base de que este matrimonio *es* entre un hombre y una mujer. Desde luego, la justificación de este argumento no puede reconducirse nuevamente al artículo 102 del Código Civil, pues tal ejercicio implicaría justificar la validez de una norma a través de la norma misma, importando, a fin de cuentas, una tautología.

En la búsqueda de una justificación más elevada, que el matrimonio *sea* entre un hombre y una mujer puede referir a dos aspectos de la misma idea fundante: el primero es de carácter ontológico, el segundo, histórico-institucional. El primer aspecto refiere que el matrimonio responde a una cierta naturaleza, posee una identidad que le viene dada por las *normas del mundo*, sin importar qué es lo que los hombres quieran, cuestión que en el ámbito del Derecho cristaliza en la máxima de que *las cosas son lo que son y no lo que queremos*. El segundo aspecto refiere aquello que los hombres construyen socialmente a través del devenir histórico.¹⁶ Son dos niveles que en cierto senti-

que el hombre se objetivice a sí mismo, salga de su campo de acción, y adquiera una elucidación no solo de sí mismo, sino de la humanidad entera. Tal tarea no podría corresponderle sino a un intelecto creador, jamás a uno circunscrito en la finitud. Por otra parte, la idea de que existe una naturaleza humana conlleva riesgos normativos, puesto que ella fácilmente puede servir, tal como ya ha sucedido en el devenir histórico, de sustrato para discursos y legislaciones que ensalcen una normalidad humana (lo que está acorde con lo que se conciba como natural) y persigan lo diverso (o lo espurio, pues no se adecúa al canon natural).

15 Esta noción está presente en el numeral 5° del voto de Bertelsen; en los puntos 10° y 13° de la concurrencia de Venegas, Navarro y Aróstica; y en el 5° razonamiento expresado por Peña.

16 Basaure, op. cit., p. 26.

do parecen excluyentes, pues si una determinada institución debe reflejar un orden que no es disponible para el ser humano, tal institución estaría fuera de la convención, lo que implica su inmutabilidad. No obstante, en el argumento conservador estos dos aspectos se conjugan y potencian entre sí a la hora de afirmar la exclusiva heterosexualidad del matrimonio.

Cuando hablamos de la ontología del matrimonio, lo hacemos en el sentido de que este debe conformarse a una cierta regla natural o del mundo que nos prescribe asegurar nuestra subsistencia. Por ello el matrimonio funge como un límite, pues contiene en sí mismo una estructura y consecuencias normativas.¹⁷ La consideración histórica-institucional del matrimonio alude a su realidad sociológica y jurídica sobre *qué* se entiende por matrimonio y *cuáles* son las consecuencias que se le asignan. Claramente, esta segunda variante puede coincidir o no con el matrimonio ontológico, con la regla de la naturaleza que es imperativa para el hombre y que resta a la configuración del contrato conyugal de la contingencia humana. Establecidos estos niveles de distinción –ontología o naturaleza del matrimonio y su condición como realidad histórica, social y jurídica– los esfuerzos argumentales de quienes se oponen al reconocimiento del matrimonio igualitario se concentran en atacar la *no coincidencia* entre matrimonio ontológico y matrimonio jurídico.¹⁸ Bajo esta lógica de la coincidencia, resulta necesario combatir la aceptación del matrimonio entre homosexuales, pues se aleja de la norma natural que define al matrimonio, pues de esta clase de relaciones no se sigue la procreación, es decir, carecen de toda relevancia desde el punto de vista del primer mandato de la ley natural: que la humanidad debe mantenerse en el ser.¹⁹

Esta argumentación comparte las mismas dificultades epistemológicas que realizamos a la idea de que existe una naturaleza humana con efectos normativos. Pues esta pretendida ontología del matrimonio que prescribe correspondencia en las instituciones, no tiene dónde aparecerse como un hecho para que sea cognoscible. Es un mero dogma que necesariamente nos reconduce a una justificación del mundo en realidades ultraterrenas. Por ello, a

17 *Ibíd.*, p. 27

18 *Ibíd.*, p. 28.

19 Esta idea de la coincidencia entre matrimonio ontológico e histórico-institucional puede leerse en toda su latitud en los siguientes artículos: Corral Talciani, Hernán, “Acuerdo de Vida en Pareja: ¿de la unión civil al matrimonio homosexual?”, pp. 103-114; y Silva Irrarrázaval, Luis, “La definición de matrimonio puesta en jaque: heterosexualidad, homosexualidad y constitucionalidad, en la sentencia Rol N° 1881 del Tribunal Constitucional”, pp. 245-266, en Gómez de la Torre, Maricruz y Lepin, Cristián (editores), “Parejas homosexuales: ¿unión civil o matrimonial?”, (Legal Publishing Chile) 2013.

pesar de ser una justificación robusta, no es razonable pues implica tratar de iluminar lo claro (la configuración del matrimonio) por lo oscuro (un sistema inmanente de normas dictadas por una razón creadora).

La ontología del matrimonio, que resguarda la función procreativa que se da entre los cónyuges, también se desvirtúa o, al menos, carece de toda relevancia en atención a las condiciones actuales de nuestro sistema conyugal, puesto que la procreación y la crianza de los hijos dejó de ser un fin esencial del matrimonio, pero esto lo abordaremos latamente en el apartado siguiente.

4.1.3. El matrimonio heterosexual garantiza una adecuada renovación social²⁰

Dado que existiría una regla del mundo que determina nuestra propia sexualidad y que el ejercicio de esta debe quedar circunscrito al matrimonio que, como institución socio-jurídica, debe ser reflejo de esa regla del mundo, solo así se asegura la producción de seres humanos sanos que garanticen una adecuada renovación social, ya que para un desarrollo apropiado necesitan de un padre y una madre²¹. Justamente, estos aspectos son los que configuran la relevancia pública del matrimonio, puesto que la sociedad en su conjunto guarda interés en mantenerse en el tiempo a través de ciudadanos más o menos valiosos. En definitiva, la familia fundada en el matrimonio heterosexual sería una incuestionable fuente de aporte al bien común.

Por el contrario, las parejas homosexuales al estar privadas de la posibilidad de generar prole, configuran un tipo de asociación afectiva completamente distinta a la de las parejas heterosexuales. Ya que la procreación está excluida entre sujetos del mismo sexo, nada justificaría que el Estado les otorgue la misma protección que a las parejas que sí aportan al bien común mediante la generación de nuevos ciudadanos. La convivencia de homosexuales se trataría, entonces, de un fenómeno privado, carente de cualquier significancia pública y, por eso, el Estado debe abstenerse otorgarles derecho al matrimonio, pues no cumplen los presupuestos necesarios para dar existencia a un vínculo conyugal²².

²⁰ Este argumento —que desde luego está encadenado a los otros dos— sirvió de base principal a los razonamientos que Bertelsen expresó en el numeral 6° de su voto particular concurrente; y al tercer numeral del voto de Peña.

²¹ Basaure, op. cit., p. 26.

²² Corral Talciani, Hernán, “Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia”, en “Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre, (Ediciones Universidad del Desarrollo) 2007, pp. 249-264.

La doctrina nacional contraria al matrimonio entre personas de sexualidad diversa, ha señalado que es la institución matrimonial misma la que está ordenada por su propia esencia a la procreación. El hecho de que esta ocurra es un mero accidente, que en nada afecta a la naturaleza del consorcio marital²³. Como lo señala Cornejo Aguilera, este mismo sector de la doctrina ha señalado una segunda interpretación en el sentido de que la carencia de complementariedad sexual imposibilita la formación de una comunidad de vida, puesto que las parejas homosexuales se encuentran naturalmente impedidas de realizar actos de tipo reproductivos, como es el *coito*, entendido como acto unitivo que a través de la conjunción de los sexos supone una entrega plena y mutua entre los cónyuges²⁴.

El vínculo necesario entre matrimonio y procreación se ha visto superado en el mundo occidental y Chile no se ha restado de esta evolución, pues es posible afirmar que “*en el Derecho nacional el matrimonio ha devenido una institución destinada a regular (casi) exclusivamente las consecuencias jurídicas de la relación de pareja, cuyas reglas funcionan en paralelo al estatuto paterno-filial*”²⁵. En efecto, nuestra regulación matrimonial no contempla como elementos estructuralmente relevantes ni la procreación ni la posibilidad de realizar el acto sexual, puesto que la *nueva* Ley de Matrimonio Civil eliminó la *impotencia perpetua e incurable* como impedimento para contraer matrimonio (artículo 4° N° 3 de la Ley de Matrimonio Civil de 1884). Este impedimento fue entendido por la jurisprudencia y la doctrina en sentido amplio, refiriendo tanto la incapacidad procreativa como la incapacidad de realizar el acto sexual mismo²⁶.

Si el matrimonio jurídico debe ser un reflejo del matrimonio ontológico (como hemos explicado latamente) y puesto que el coito ordenado a la reproducción configura la esencia de esta institución, habría que exigir con toda rigurosidad que se impidiera el matrimonio *in artículo mortis*, entre ancianos y cuando uno o ambos contrayentes padecen de alguna clase de impotencia. Tan temeraria exigencia pone de manifiesto el error argumental de quienes se oponen al matrimonio igualitario, ya que sobre las mismas razones se admite

23 Barrientos Grandón, Javier, “Derecho de las Personas. El Derecho matrimonial”, (Legal Publishing Chile) 2011, p. 258.

24 Cornejo Aguilera, Pablo, “El matrimonio igualitario frente a los bienes y fines del matrimonio: ¿permite la lógica de la actual regulación incorporar a las parejas del mismo sexo?”, en Gómez de la Torre, Maricruz y Lepin, Cristián (editores), “Parejas homosexuales: ¿unión civil o matrimonial?”, (Legal Publishing Chile) 2013, pp. 118 y 120.

25 *Ibid.*, p. 118 y 119.

26 *Ibid.*, p. 130-133.

al matrimonio a ciertas personas, a pesar de no poder cumplir con los fines procreativos, y solo una categoría es excluida: los homosexuales.

De nuestro análisis puede concluirse que el argumento utilizado para negar la licitud del matrimonio igualitario –que en términos analíticos hemos separado en tres axiomas: la existencia de una naturaleza humana que determina la moralidad de nuestras conductas, incluyendo la sexual; que el matrimonio también responde a una naturaleza, cuya regulación positiva debe reflejar; y que el matrimonio heterosexual garantiza una adecuada renovación social– es insuficiente y no alcanza un estándar que sustente que el artículo 102 del Código Civil no lesiona a la garantía de igualdad ante la ley. Ante esto solo puede seguirse dos alternativas: derogar el artículo 102 y reformular todo el estatuto matrimonial, de modo que las parejas homosexuales sean admitidas a su celebración; o eliminar el artículo 19 N° 2 de la Constitución, pues no todos somos iguales ante la ley²⁷. ¿Cuál preferirían los ministros que en sus concurrencias afirmaron plena armonía entre la Constitución y el actual Derecho matrimonial?

5. No discriminación y orientación sexual: la sentencia Rol 1683 y su progenie

En la sentencia de 24 de febrero de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo vs. Chile*²⁸, mujer lesbiana que había sido privada del cuidado personal de sus hijas en virtud de su orientación sexual, dejó sentado que:

“[L]a orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención [Americana sobre Derechos Humanos]. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”.

²⁷ Basaure, op. cit., p. 23.

²⁸ Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, párr. 91.

Por otra parte, hasta antes de que la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación entrara en vigencia –24 de julio de 2012– los conceptos fundantes de la diversidad sexual, orientación sexual e identidad de género²⁹, eran desconocidos para nuestra legislación interna como categorías de discriminación prohibida. Por tal razón, a pesar de que dicha ley necesita modificaciones urgentes en el sentido de ampliar su efectividad, representa un hito de vital importancia para la población LGBTI, puesto que por primera vez una norma tenía en consideración a las personas de sexualidad diversa para entregarles reconocimiento y no una sanción punitiva³⁰.

Recientemente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, en sus Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile³¹, ha manifestado su preocupación por la persistente discriminación en contra de la población LGBTI. Asimismo, se recomendó al Estado chileno tomar “todas las medidas necesarias para prevenir y combatir la persistente discriminación contra [...] personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero [...]”³².

Estos tres elementos son una muestra de que existe un elenco de normas, tanto de derecho internacional como nacional, destinado a proscribir la discriminación por orientación sexual. Aspecto que también está presente, aunque no de modo directo, en la Constitución, particularmente en el artículo 19 N° 2, al disponer que en nuestro país no hay personas ni grupos privilegiados y que hombres y mujeres son iguales ante la ley. De acuerdo a la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, la garantía de igualdad ante la ley “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente,

29 Para quienes seguimos y participamos en la tramitación de esta ley, cuestión que consta en la historia de su establecimiento, lo que demoró durante años su aprobación fue que se introdujera a la orientación sexual y la identidad de género como categorías de discriminación prohibida. Sólo la muerte del joven Daniel Zamudio, víctima de un crimen de odio por ser homosexual, catalizó el proceso de debate legislativo.

30 Como se vera más adelante, sólo hacia fines de la década de los 90 se despenalizó la homosexualidad. Sin embargo, persisten sanciones penales para personas de sexualidad diversa (por ejemplo, el artículo 365 del Código Penal).

31 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales examinó el cuarto informe periódico de Chile sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/C.12/CHL/4) en sus sesiones 34° y 35°, celebradas los días 9 y 10 de junio de 2015 (E/C.12/2015/SR.34 y 35), y aprobó en su 50° sesión, celebrada el 19 de junio de 2015, las observaciones finales.

32 ONU, Comité DESC, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile, (E/C.12/CHL/CO/4), párr. 12.

diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes”³³. De modo tal que el derecho fundamental del artículo 19 N° 2 de la Constitución no consiste en aplicar las reglas en estricta uniformidad sin prescindir de las circunstancias particulares que concurran en la especie, sino que “[l]a igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”³⁴.

Para evaluar si se producen lesiones a la igualdad ante la ley, primero se debe determinar si estamos ante una diferencia de trato o discriminación entre personas en similares condiciones; posteriormente, lo que debe determinarse es si tal diferencia importa una lesión a la garantía de igualdad y no discriminación. Para llegar a dicha determinación, se deben tomar en cuenta dos cuestiones: (a.) si la diferencia de trato encuentra algún fundamento razonable orientado a justificarla; y (b.) si tal diferencia de trato es idónea para alcanzar para alcanzar alguna finalidad que ha tenido en vista el legislador³⁵.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través del documento titulado Observación General N° 20 de 2009³⁶, también ha manifestado una doctrina análoga a la del Tribunal Constitucional:

“Todo trato diferencial por alguno de los motivos prohibidos se considerará discriminatorio a menos que exista una causa razonable y objetiva para dispensarlo. Ello entraña evaluar si el fin y los efectos de las medidas o las omisiones de que se trate son legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos por el Pacto, y si el único fin que se persigue es promover el bienestar general en una sociedad democrática. También debe existir una relación de proporcionalidad clara y razonable entre el fin buscado y las medidas u omisiones y sus efectos”.

En las tres sentencias del Tribunal Constitucional referidas en el desarrollo de este artículo –dos de ellas sobre la constitucionalidad de la homosexualidad como causa de divorcio por culpa y, la otra, sobre la exigencia de la diferencia

33 Navarro Beltrán, E. y Carmona Santander, C. (editores), Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015), Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 59, año 2015, pp. 98 y ss.

34 *Ibíd.*

35 *Ibíd.*

36 ONU, Comité DESC, Observación General N° 20 (E/C.12/GC/20), párr. 13.

genital para dar existencia al contrato matrimonial—, se ha tratado de justificar la diferencia de trato por orientación sexual sobre la base de que el legislador habría buscado proteger el orden de las familias. En esas tres sentencias, la argumentación podría sintetizarse de siguiente modo: no se trata de sancionar o imponer efectos gravosos a las personas en virtud de una consideración subjetiva, como lo es su orientación sexual, sino que se trata de proteger una institución humana fundamental, el matrimonio, resguardándola de la comisión de actividades por parte de los cónyuges que afecten el cumplimiento de los deberes a los que están obligados (la fidelidad, por ejemplo) y estableciendo requisitos para aquellos que están en condiciones de cumplirlos en miras a los fines propios del matrimonio (diferencia sexual para procrear prole).

Esta argumentación oblicua, si se quiere, en la presentación de sus consideraciones negativas sobre la homosexualidad, fue el resultado de una morigeración de los miembros del Tribunal Constitucional al momento de fallar materias relacionadas con la orientación sexual. En la sentencia Rol 1683-10, de 4 de enero de 2011, anterior a las otras tres sentencias que hemos comentado, pudo leerse en toda su extensión la concepción discriminatoria respecto de la homosexualidad por parte de algunos miembros del Tribunal Constitucional. Para mostrar eso es necesario sintetizar esa sentencia y sus principales considerandos.

En diciembre de 2005 Jorge Sepúlveda Álvarez habría accedido carnalmente por vía anal a un menor de sexo masculino de 18 años (a esa fecha). La Fiscalía dedujo acusación en contra de Sepúlveda Álvarez como autor del delito contemplado en el artículo 365 del Código Penal, cuyo tenor dispone que “El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimos a medio”.

El 13 de abril de 2010 el defensor público, Pablo Ardouin Bórquez, en representación de Sepúlveda Álvarez, interpuso ante el Tribunal Constitucional un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal. El requirente expuso que la aplicación de la disposición cuestionada genera efectos contrarios a la Constitución, puesto que vulnera la dignidad, el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria, la libertad, el derecho a la vida privada y a la intimidad; todas prerrogativas consagradas tanto en la Constitución misma como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Siguiendo en la

argumentación del requerimiento, se manifestó que la norma impugnada basa la diferencia en aspectos subjetivos del ser humano, cuestión proscrita en un Estado democrático de derecho. También se sostuvo que esta norma penal atenta contra la autodeterminación sexual, contenida en el artículo 19 N°s 4 y 7 de la CPR.

El artículo 365, en palabras del requirente, penaliza las relaciones libres y consentidas entre dos varones cuando quien es accedido carnalmente es mayor de 14 y menor de 18 años, y quien accede es mayor de edad. La norma es contraria al derecho de igualdad y no discriminación puesto que las relaciones de carácter heterosexual, en las mismas circunstancias de edad y voluntad descritas en ella y que forman parte del tipo penal, no son sancionadas; tampoco se establece una pena cuando se trata de dos mujeres o cuando es el menor quien accede carnalmente a un sujeto mayor de edad.

Esta disposición tiene su origen en la Ley 19.617, de 12 de julio de 1999, que modificó al Código Penal en materias relativas al delito de violación. La tramitación del proyecto que culminó con la ley referida se inició a través de mensaje enviado a la Cámara de Diputados en agosto de 1993 y fue despachado en junio de 1999. En el 9° considerando del voto de mayoría, se expresó que la protección del menor de edad comprometido en la sodomía fue una consideración transversal y permanente al momento de establecer el texto del artículo 365 del Código Penal. De acuerdo al considerando 14°, el bien jurídico protegido por la norma cuestionada es la indemnidad sexual del individuo que no ha llegado a la mayoría de edad.

Al desarrollar el examen de razonabilidad de la diferencia de trato que importa el artículo 365 del Código Penal, en el considerando 28° del voto de mayoría se estimó que el fin perseguido por el legislador fue la protección de la integridad física y psíquica y de la indemnidad sexual de los menores de edad, pues resultaba imperioso precaver daños o perjuicios en el desarrollo psicosocial de quien no es capaz de comprender los alcances de sus actos, sino hasta llegar a la edad adulta. El legislador estimó justificadamente, siguiendo los términos del voto de mayoría en el mismo considerando, que la penetración que “sufre [el menor] no puede ser un episodio inocuo o baladí, sino que, por el contrario, lo determina y condiciona, de alguna manera relevante, al momento de tener que definir, con plena libertad, su propia identidad sexual”. La supuesta razonabilidad de la norma queda expuesta con mayor claridad en el considerando 31° de la sentencia: “El legislador [...] ha obrado dentro de la órbita de sus potestades constitucionales al referir la protección del menor,

en materia de autodeterminación e indemnidad sexual, a las relaciones sodomíticas en que juega un papel pasivo, por entender, razonablemente, que se trata de un tipo de relación lesiva de su dignidad como persona, afincada en la inmadurez de su desarrollo psíquico y sexual”.

Expuso el sentenciador de mayoría, en el considerando 33° que “[...] la penalización del delito de sodomía no se debe a la inclinación sexual del agresor y de la víctima. Se debe al impacto que produce la penetración anal en el desarrollo psicosocial del menor varón, lo que no podría predicarse, en los mismos términos, de una relación de mujeres en las mismas condiciones”. Pevio a la crítica a este razonamiento desde la perspectiva del test de no discriminación que se hará más adelante, la aseveración anterior amerita una observación previa, esto es, ¿cuáles son los fundamentos provenientes de las ciencias sociales y la psicología que tienen a la vista los miembros del Tribunal para efectuar tal afirmación?

En virtud de lo expuesto anteriormente, los ministros Raúl Bertelsen, Mario Fernández, Marisol Peña, Enrique Navarro, Francisco Fernández e Iván Aróstica rechazaron el requerimiento de inaplicabilidad, declarando el total ajuste del artículo 365 del Código Penal a la Constitución.

Los ministros Hernán Vodanovic, Carlos Carmona y José Antonio Viera-Gallo estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad puesto que la aplicación del precepto genera consecuencias discriminatorias, se afectan los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad.

Para entender la inconsistencia de la argumentación sostenida por los ministros que acordaron la sentencia que declaró la constitucionalidad del artículo 365, es fundamental el considerando 4° de la disidencia:

“[...] Es importante considerar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los mayores de 14 años y menores de 18 el derecho a tener relaciones sexuales consentidas con personas de igual o mayor edad. La Ley N° 19.617 elevó la edad para ejercer responsablemente la libertad o autodeterminación sexual de 12 a 14 años, justamente para proteger a los menores, luego de algunos casos de pedofilia”.

Los disidentes, en el considerando 9° de su voto, articularon lo que constituye la base de la discriminación arbitraria contenida en la norma objetada:

“Que, como se observa, el precepto legal en análisis castiga un determinado comportamiento sexual que, practicado entre otros sujetos, o con un grado de intervención diferente, no es penado”.

El precepto impugnado fue una solución de compromiso a la que llegaron los parlamentarios que participaron en la tramitación de la Ley 19.617, a fin de lograr la despenalización de la realización de conductas homosexuales entre adultos y como una señal normativa para evitar la *expansión* de la homosexualidad (considerando 10°). El artículo 365 del Código Penal no pretende proteger a los adolescentes del abuso por parte de personas adultas, ya que para eso se encuentran tipificadas otras conductas como la violación, estupro o abuso sexual (considerando 11°). Por ello, sostener que la norma impugnada protegería a los púberes varones de ciertas actividades sexuales traumáticas –la penetración anal–, omite considerar que los supuestos de hecho de la norma no incluyen ningún tipo de coacción. Tampoco es plausible sostener que el bien jurídico protegido por el artículo 365 es la indemnidad sexual de los adolescentes, pues pueden sostener relaciones heterosexuales consentidas desde los catorce años; o relaciones homosexuales siempre que el impúber adopte el rol activo; o “mantener interacciones sexuales que impliquen penetración del ano o la boca utilizando objetos o adminículos similares a un pene, o realizando otras conductas de significación sexual no constitutivas de pornografía infantil” (considerando 12°).

Por lo tanto, de acuerdo a la parte final del considerando 12° de la disidencia, sólo queda concluir que la norma protege a los adolescentes simplemente de la “homosexualidad”, concebida como “una manifestación inherentemente lesiva, lo cual deja entrever un desconocimiento de este fenómeno y un razonamiento homofóbico”. Esta concepción puede leerse en toda su latitud en la historia fidedigna de la Ley 19.617. El entonces diputado Iván Moreira (UDI), sostuvo:

“[L]a despenalización [de la homosexualidad] puede ser el inicio de una serie de otras propuestas que indudablemente socavan los valores sociales y atentan contra la familia y el bien común”.

El ex diputado Andrés Chadwick, también ex vocero del gobierno de Sebastián Piñera que lideró la tramitación de la ley antidiscriminación, expresó lo siguiente:

[U]na conducta anormal desde el punto de vista de la naturaleza humana, se transforma en normal y se le da el carácter de lícita. [...] se genera una tendencia, pues quienes la apoyen después deberán defender también el otorgamiento de la igualdad y el otorgamiento de derechos a las personas homosexuales.

A partir del considerando 33°, los disidentes analizaron los vicios de inconstitucionalidad de la aplicación del precepto legal cuestionado.

En primer término, de acuerdo a la disidencia, la aplicación del precepto es discriminatoria y afecta la igualdad ante la ley. En el considerando 34° se citó la doctrina uniforme del propio Tribunal Constitucional en materias de igualdad y no discriminación, puesto que “no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas [...]”.

Como ya ha sido explicado *ut supra*, el artículo 365 penaliza una determinada actividad que en otras circunstancias no ha sido tipificada como delito. En tanto, “el único criterio utilizado por el legislador para efectuar el tratamiento diferenciado es el sexo y la orientación sexual de los intervinientes en el acto” (considerando 35°). Los disidentes expresaron que el sexo y la orientación sexual, utilizados en la norma cuestionada, son categorías sospechosas que invierten la presunción de constitucionalidad de todo precepto y exigen realizar un estricto test de proporcionalidad al analizar cómo se puede afectar la igualdad ante la ley (considerando 36°).

La extensión de la igualdad ante la ley, de acuerdo al considerando 41° de la disidencia, no abarca solamente la discriminación arbitraria de personas individualmente consideradas, sino que también proscribe la creación de grupos segregados forzados a vivir al margen de la sociedad, en situación de riesgo y considerados como inferiores. Siguiendo la opinión de la Corte Constitucional de Sudáfrica, se estableció que “la penalización de la sodomía implica definir que a los ojos del derecho los gay son criminales”; por lo tanto, sólo queda concluir que “al sancionarse una conducta exclusivamente en razón de la orientación sexual de los intervinientes, la norma se torna homofóbica y refleja un derecho penal de autor ilegítimo a la luz de la Constitución” (considerando 42°).

Las consideraciones expuestas por el voto de minoría, que estimamos fundamentalmente correctas, permiten pensar que el razonamiento de la mayoría

no sólo aplicó errónea y débilmente el test de la discriminación arbitraria, sino que, además, fundó el motivo de la diferenciación en apreciaciones puramente personales y subjetivas. En una materia de tal gravedad como la penal ello parece ciertamente inadmisibles. Pero también revela, o permite explicar, porqué esa mayoría, en los casos posteriores que hemos analizado latamente en los primeros numerales de este comentario, fallara considerando constitucional la discriminación en razón de la orientación sexual. Lo que se esconde en la argumentación de dichas sentencias posteriores está de manifiesto en el Rol 1683 sobre el artículo 365 del Código Penal: la concepción de la homosexualidad como una orientación indigna de respeto y, por consecuencia, la carencia de protección constitucional hacia las personas de sexualidad diversa.

6. Conclusiones

Este comentario sobre las sentencias roles 2435 y 2681, junto con sintetizar sus razonamientos principales, ha intentado colocar varios de ellos y las afirmaciones de la mayoría del Tribunal dentro del contexto de sus resoluciones previas en las cuales hubo que resolver diferencias de trato respecto a personas de orientación homosexual. Este análisis permite apreciar que en todos los casos hubo una mayoría por afirmar la constitucionalidad de esas diferencias. Sin embargo, como lo muestra, en nuestra opinión, los contundentes votos de la minoría en esos casos, el razonamiento constitucional respectivo fue débil. ¿Cómo se explica esa constancia de justificaciones en casos de personas homosexuales?

La explicación está, creemos, en lo que implicará el voto de mayoría del Tribunal en la sentencia Rol 1683, es decir, el disvalor de una relación homosexual. Para esa mayoría, sobre la base de su sola apreciación personal, esas relaciones son peligrosas, en el caso de menores de edad, y no merecedoras de igual valoración, en el caso de los mayores de edad.

Este enfoque, materializado en las cuatro sentencias revisadas en este comentario, desde el año 2011, año en que se dicta la Rol 1683, hasta el 2014, año en que se dictan las sentencias roles 2435 y 2681, es ciertamente distinto al de otras cortes constitucionales que han ido fallando a favor de los iguales derechos de las personas LGBTI, destacándose recientemente que la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su fallo de junio de 2015 –*Obergefell v. Hodges*– afirmó que el derecho fundamental al matrimonio no admitía la

exclusión de las personas del mismo sexo de aquél, pues ello “imponía un daño y estigma de un tipo no permitido en nuestra carta fundamental”³⁷. Es de esperar que nuestra jurisprudencia constitucional avance en esa línea.

³⁷ *Obergefell v. Hodges*, Corte Suprema de los Estados Unidos, slip opinion, p. 18.

SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

EL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO DE CHILE: UN LARGO CAMINO SIN HORIZONTE CLARO A LA VISTA

Juan Carlos Ferrada Bórquez¹

Resumen

El 7 de octubre de 2014, la Comisión Asesora Presidencial para la Descentralización y el Desarrollo Regional, creada por la Presidenta de la República, Sra. Michelle Bachelet Jeria, entregó el informe final con un conjunto de propuestas para avanzar en la descentralización del país. Este informe, que se tituló “Propuesta de Política de Estado y Agenda para la Descentralización y el Desarrollo Territorial de Chile”, contiene un diagnóstico crítico de la situación de concentración y centralismo territorial, que afecta a nuestro país, y propone algunas medidas que se consideran indispensables para alcanzar un desarrollo integral y equitativo de los territorios. Estas medidas han dado lugar, posteriormente, a algunas propuestas de reforma impulsadas por el propio Gobierno, las que pese a ir en la dirección correcta y ser consistentes, en general, con el informe de la comisión asesora, son sin embargo, limitadas y claramente insuficientes, dejando entrever el difícil camino que enfrentan este tipo de iniciativas en nuestro sistema político. Así, el análisis crítico de estas propuestas de reforma, su confrontación con las planteadas por el informe de la comisión asesora presidencial y algunos desafíos pendientes en esta materia, son los temas que se abordan en este artículo.

Introducción

El 7 de octubre de 2014, la Comisión Asesora Presidencial para el Desarrollo Regional (en adelante, “la Comisión”), creada por la propia Presidenta Bachelet

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valparaíso. Ex miembro de la Comisión Asesora Presidencial para el Desarrollo Regional. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Valparaíso.

en abril del mismo año, entregó el informe final que se tenía previsto. Este informe, denominado “Propuesta de Política de Estado y Agenda para la Descentralización y el Desarrollo Territorial de Chile. Hacia un país desarrollado y justo” (en adelante, “Informe de la Comisión”), se caracterizó por tratar de delinear, como su nombre lo indica, una política de Estado en esta materia, proponiendo un conjunto amplio de medidas legislativas y administrativas que deberían adoptarse en un horizonte de 7 años, comenzando en el mismo año 2014 con el envío de algunos proyectos de ley al Congreso Nacional en materia de democratización de los Gobiernos Regionales, transferencias de competencias y recursos y creación de un Fondo de Convergencia Regional.

En este marco, el Gobierno de la presidenta Bachelet ha propuesto ya algunas de estas iniciativas legislativas al Congreso Nacional, particularmente en materia de elección de Intendentes regionales², nuevas funciones y atribuciones a los Gobiernos Regionales y transferencias de competencias a éstos desde el gobierno central³, las que pese a estar orientadas en el camino correcto, parecen ser insuficientes para avanzar con la velocidad y profundidad de la reforma propuesta por la Comisión. Ello lleva a realizar un análisis crítico de estas medidas, dejando en evidencia las debilidades del proceso político impulsado hasta ahora y los aspectos que deberá necesariamente abordar el Gobierno si desea cumplir con la propuesta planteada por la Comisión Asesora Presidencial.

En este contexto, este trabajo analiza, en primer lugar, el informe elaborado por la Comisión; luego se realiza una revisión de los proyectos de ley en tramitación parlamentaria vinculados a las temáticas planteadas por el informe; finalmente se formulan algunas conclusiones generales en esta materia.

1. El informe de la Comisión

1.1 El contexto de la creación de la Comisión

La presidenta Bachelet se propuso desde su segunda llegada al Palacio de La Moneda un proceso de reforma institucional profunda en materia de

2 Mensaje N° 1053-362 de S.E. la Presidenta de la República, con el que inicia un proyecto de reforma constitucional que modifica la Constitución Política con el fin de disponer la elección popular del órgano ejecutivo del Gobierno Regional. Santiago, 30 de diciembre de 2014.

3 Formula indicación sustitutiva al proyecto de ley que introduce modificaciones a la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, profundizando la regionalización del país (Boletín N° 7963-06). Santiago, 16 de enero de 2015.

descentralización y regionalización, que avanzara decisivamente en esta materia. A estos efectos, y cumpliendo con lo planteado en su Programa de Gobierno⁴, que contemplaba precisamente la creación de un grupo de trabajo en esta materia dentro de los primeros 100 días de Gobierno, la Presidenta creó la Comisión⁵ que tenía por objetivo, en los propios términos del Decreto, asesorarla en la formulación de acciones, medidas y programas en materia de descentralización⁶. Esta Comisión tendría como tarea clave “elaborar y proponer un plan gradual de traspaso de atribuciones y competencias, que hoy están radicadas en la Administración central, a los órganos de Gobierno y Administración regional provincial o comunal, así como los contenidos específicos de éstas”⁷.

Desde luego el trabajo de la Comisión no partía de cero. Ya existía un conocimiento y experiencia acumulada a lo largo de varios años en esta materia, no solo de varios de los miembros de la misma Comisión, sino también de la propia Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, que actuaba precisamente como secretaría ejecutiva de esta instancia⁸. Así, un trabajo muy relevante en esta materia es el texto elaborado por esa Subsecretaría –a principios del Gobierno del Presidente Lagos, con la participación de actores políticos, sociales y académicos– denominado “El Chile descentralizado que queremos. Un proyecto de todos”⁹. El documento constituye un trabajo relevante con el propósito de formular una política de Estado en esta materia, con un horizonte a 10 años, y en el que se contiene una buena cantidad de las propuestas de cambio que aún hoy se siguen planteando en este ámbito.

Por otro lado, esta Comisión tampoco podía obviar, como marco de acción, las propuestas sustantivas que contenía el propio Programa de Gobierno de la Presidenta Bachelet en esta materia, el que destinaba, precisamente, un capítulo al tema de la “Descentralización, territorio y desarrollo” (páginas 110 a 147). En este sentido, en el acápite dedicado a la “Descentralización”, el

4 “Chile de todos. Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018”. Octubre 2013.

5 Decreto Supremo N° 926, de 7 de abril de 2014, del Ministerio de Interior y Seguridad Pública, en adelante DS N° 926/2014.

6 Artículo 1° del DS N° 926/2014.

7 Artículo 3° letra a) del DS N° 926/2014.

8 Artículo 5° del DS N° 926/2014.

9 “El Chile descentralizado que queremos. Un proyecto de todos”. Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, junio 2001.

Programa planteaba que se impulsaría desde el Gobierno “una Agenda de Descentralización con un cronograma de iniciativas coherentes, integrales y viables, que sin alterar la organización político-administrativa del país, transfiera a las regiones mayores grados de poder. Se trata –señalaba el texto– de avanzar en una descentralización efectiva que incluya la representación política, planes de desarrollo e inversiones, fortalecimiento del capital humano y mayor respaldo a las zonas extremas y los territorios con estatutos especiales” (página 114). Así, bajo estas ideas, el Programa proponía, entre otras medidas, la elección de las autoridades ejecutivas regionales; la dotación a los gobiernos regionales de autonomía política y administrativa; el traspaso de competencias a estos gobiernos en materia de desarrollo productivo e innovación; la creación de Programas Tecnológicos de Inversión, Consejos Regionales de Innovación y Competitividad y Centros de Desarrollo Empresarial; la formulación de planes regionales plurianuales de desarrollo económico, social y productivo; el incremento del gasto público regional y la generación de información presupuestaria regional; el asociativismo regional o comunal; la creación de un Fondo de Convergencia Regional; el mejoramiento de los mecanismos de participación, transparencia y control ciudadano regional; el establecimiento de incentivos para atraer y retener personas calificadas en las regiones; la extensión del Sistema de Alta Dirección Pública a los cargos regionales; la creación de dos universidades regionales, en las regiones de O’Higgins y Aysén, y de Centros de Formación Técnica públicos en cada una de las regionales del país; y la formulación de Planes Especiales de Desarrollo de Zonas Extremas y de Territorios Rezagados, por nombrar las más relevantes (páginas 114 a 117).

Es evidente que muchas de estas medidas fueron consideradas por la Comisión al momento de analizar propuestas para avanzar en el proceso de descentralización y regionalización del país, pero no por imposición o a instancias del Gobierno, sino porque ellas eran compartidas por amplios sectores de la población y valoradas positivamente por diversos actores políticos y sociales. Además, es probable que algunos miembros de la Comisión hayan participado en la elaboración de este Programa de Gobierno, lo que permitió el conocimiento directo de esas propuestas y su debate en el seno de la Comisión Presidencial.

En este sentido, es bien indicativo de esta vinculación la coincidencia entre los diagnósticos y propuestas contenidos en los dos documentos antes citados, sin perjuicio del mayor nivel de desarrollo de las señaladas en el Informe

de la Comisión, en el cual no solo se plantean propuestas generales en los diversos ámbitos que afectan la descentralización y el desarrollo regional, sino como se verá, se atreve a formular medidas concretas en el plano constitucional, legislativo y administrativo, sugiriendo incluso un cronograma de implementación que permita la viabilidad de la propuesta.

1.2 El trabajo de la Comisión

La Comisión se instaló el día de su creación, 7 de abril de 2014, comenzando a funcionar esa misma tarde para organizar el trabajo y asignar las tareas previstas. Atendido el volumen del trabajo encomendado, el breve tiempo previsto para la emisión del informe (seis meses) y el número de integrantes (treinta y tres), se estimó razonable organizar el trabajo en cinco subcomisiones temáticas, integradas cada una de ellas por seis o siete personas. Estas subcomisiones fueron las de Descentralización Política, Descentralización Administrativa, Descentralización Fiscal Económica, Fortalecimiento de Capacidades Locales y Regionales, y, finalmente, Participación Ciudadana y Control Democrático. Estas subcomisiones estructuraron los “ejes de acción” del trabajo y la propuesta, elaborándose el Informe con esa misma estructura.

Cada una de las subcomisiones trabajó en forma intensa, con reuniones semanales de discusión, sobre la base de propuestas elaboradas por los propios miembros de la subcomisión respectiva. Ello permitió ir avanzando rápidamente en el análisis de las principales temáticas asignadas a cada una de las subcomisiones, acordando propuestas para someterlas al plenario de la misma Comisión e ir trabajando paralelamente en la redacción del informe final.

A lo anterior debe añadirse la celebración de audiencias públicas en las diversas regiones del país, dando lugar a la necesaria participación ciudadana en la formulación de propuestas que se debatirían por la Comisión. Estas instancias, aunque tuvieron un dispar contenido y desarrollo, permitieron a la Comisión conocer las inquietudes y preocupaciones de las organizaciones sociales y los ciudadanos de cada región, enriqueciendo así el contenido de la propuesta final planteada a la Presidenta de la República.

Ahora bien, que el trabajo se planificó y desarrolló inicialmente en subcomisiones no implicó que las propuestas elaboradas por éstas hayan sido autónomas y contradictorias entre sí, ya que su sanción definitiva siempre estuvo radicada en el pleno de la Comisión Presidencial, disponiéndose reuniones periódicas de todos los miembros para la discusión y aprobación de cada una de las propuestas elaboradas por las subcomisiones. Lo anterior obligó

a realizar un arduo trabajo de discusión, con extensos debates y reflexiones conjuntas, lo que llevó finalmente, a la elaboración de un texto ampliamente compartido por todos, aunque en algunos puntos algo genérico, dejando entregado al Gobierno y al Congreso Nacional, en su caso, la definición más precisa de la fórmula jurídica y/o política a aplicar.

1.3 Algunas propuestas relevantes que contiene el informe final de la Comisión

Finalmente, el 7 de octubre de 2014, la Comisión presentó el informe final. Como lo indica su título, el informe contiene una “Política de Estado y Agenda para la Descentralización y el Desarrollo Territorial de Chile”, la que se expresa en “un conjunto de propuestas para descentralizar Chile, con el propósito fundamental de romper las inequidades territoriales, transferir poder y generar mejor democracia en las comunas y regiones, y poner a Chile en la senda de un desarrollo integral, impensable sin sus territorios”¹⁰.

En este contexto, probablemente lo más destacable de este informe, es que trata de definir con precisión un conjunto de propuestas concretas y consistentes para avanzar en el proceso de descentralización territorial del país. Así, el informe plantea reformas profundas en la institucionalidad pública territorial, proponiendo transferencias y asignaciones de competencias relevantes a los órganos de gobierno y administración regional y local, con el propósito de constituirlos como verdaderos conductores y articuladores de la política pública en materias relacionadas con el desarrollo territorial.

Como ya se adelantó, estas propuestas se estructuraban en los cinco ejes ya apuntados, conteniendo en cada uno de ellos un conjunto de medidas constitucionales, legislativas o administrativas que debería impulsar el Gobierno en un periodo de 6 años.

Así, en materia de descentralización política, el Informe plantea un nuevo modelo de Estado, desde la perspectiva territorial, reconfigurando además profundamente las funciones de gobierno y administración regional, redefiniendo las competencias de los órganos administrativos estatales, modificando las formas de financiamiento de las entidades territoriales y cambiando la forma de designación/elección de las autoridades ejecutivas regionales, entre otras materias especialmente relevantes.

El informe plantea pasar de un Estado unitario y esencialmente centralizado como el establecido hasta ahora, sobre la base del artículo 3° de la

¹⁰ “Informe de la Comisión”, p. 9.

Constitución Política de la República, a un Estado descentralizado, calificación que probablemente tiene su antecedente en la Constitución Colombiana de 1991¹¹. Esta modificación no supone, sin embargo, romper absolutamente con el modelo de Estado unitario que ha caracterizado nuestro sistema político-administrativo (pasando, por ejemplo, a un modelo de Estado federal), sino potenciar el carácter descentralizado territorialmente que debería tener en adelante, distribuyendo eficaz y eficientemente el poder político en las entidades territoriales existentes.

Esta flexibilización del Estado, desde la perspectiva territorial, habilitaría también al reconocimiento de regiones con carácter plurinacional y multicultural, lo que las habilitaría para proponer un estatuto jurídico distinto que recogiera las particularidades de esos territorios, y que, en todo caso, se aprobaría por el Congreso Nacional. Ello implicaría abrir la calificación de “territorio especial” que utiliza el actual artículo 126 bis de la Constitución, solo para la Isla de Pascua y el Archipiélago de Juan Fernández, apertura que podría beneficiar a la actual Región de la Araucanía y a otras zonas con particularidades culturales.

Con este cambio parcial de modelo de Estado, la propuesta de la Comisión avanza en la distinción clara entre las funciones de gobierno regional y gobierno interior. Como se sabe, estas dos funciones están actualmente monopolizadas por los intendentes regionales, los que, como agentes naturales e inmediatos del Presidente de la República y órgano ejecutivos de los gobiernos regionales, ostentan las prerrogativas más relevantes en este ámbito. Pues bien, la Comisión propone separar ambas funciones en dos órganos distintos, atribuyendo el gobierno interior a delegados provinciales del Gobierno central (figura que reemplazaría a los actuales Gobernadores) y el gobierno regional al órgano del mismo nombre, cuyas máximas autoridades (intendentes y consejeros regionales) serían íntegramente elegidos en forma directa por los ciudadanos.

Sin duda, la elección directa del Intendente es la medida que mayor impacto mediático tiene en la ciudadanía, ya que supone democratizar íntegramente el Gobierno Regional, rompiendo de paso un “dogma de fe” del modelo unitario y centralizado del Estado chileno. Este nuevo Intendente, ahora

11 La Constitución de Colombia de 1991 establece, en su artículo 1º, lo siguiente: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de *República unitaria, descentralizada*, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (la cursiva es mía).

elegido, seguirá siendo el órgano ejecutivo del Gobierno Regional, pero esta vez sujeto a mecanismos más potentes de control y fiscalización por parte del Consejo Regional.

Por otro lado, en materia de descentralización administrativa, el informe de la Comisión contempla dos medidas esenciales: un programa de transferencia de competencias, servicios y programas públicos a los gobiernos regionales y municipalidades y el establecimiento de un sistema de Administración de Áreas Metropolitanas.

Respecto de lo primero, el informe propone la creación de cuatro direcciones administrativas –dedicadas al fomento productivo, el desarrollo social, la infraestructura y el desarrollo urbano y la cultura, la ciencia y la tecnología– que asumirían las competencias, los programas y los recursos que actualmente poseen algunos servicios públicos de nivel nacional, pero con presencia regional a través de direcciones regionales. Ello permitirá la definición e implementación de políticas públicas territoriales en estos ámbitos, lo que se traducirá en una mayor pertinencia y conexión de esas políticas con los intereses locales.

Sin duda, esta reforma sería la más profunda en la configuración de la organización de la Administración del Estado, ya que supone el fortalecimiento de los gobiernos regionales como instancias de dirección política y ejecución administrativa en ámbitos relevantes de la política pública, impactando directamente en la vida de los ciudadanos. Ello exige un traspaso muy cuidadoso de las competencias y recursos involucrados, así como del diseño de gestión de los mismos en el ámbito regional, ya que su utilización marcará sensiblemente el desarrollo de ese territorio.

En relación a la descentralización fiscal y económica, el informe avanza sustantivamente en la construcción de un modelo sustentable de autonomía de ingresos y gastos públicos a nivel regional, superando el modelo actual de transferencia condicionada, que opera por regla general en ese terreno. El informe propone, entre otras medidas, la dictación de una Ley de Rentas Regionales que permita aumentar las fuentes de ingreso de los gobiernos regionales, con la finalidad de alcanzar un gasto subnacional autónomo de 35% para las regiones. Esto implica, por una parte, crear nuevos tributos a la actividad desarrollada en los territorios –como tasas portuarias o impuesto especial a la actividad forestal– y, por otro, autorizar la existencia de endeudamiento público de los gobiernos regionales, aunque limitado a un porcentaje del gasto total (7%).

Como complemento de lo anterior, el informe propone la creación de un Fondo de Convergencia Regional, que tendrá por objeto reducir las brechas del desarrollo entre las distintas zonas del país, llevando adelante una política de cohesión social y territorial. Esto permitirá establecer un estándar mínimo nacional de desarrollo que, sin perjuicio de las diferencias regionales, garantice a todos los chilenos un nivel mínimo de servicios y prestaciones públicas acorde con el desarrollo del país.

En materia de fortalecimiento de las capacidades locales y regionales, el informe propone algunas medidas relevantes, como la creación de un sistema regional de gestión de capital humano calificado y otro de gestión del conocimiento y el fortalecimiento de la institucionalidad pública regional. La primera de estas medidas es muy importante, ya que supone definir políticas, planes e instrumentos para formar, atraer y retener personas calificadas en las distintas regiones y comunas del país, generando para ello una serie de incentivos económicos, académicos y profesionales que hagan más atractiva la vida en esos territorios. A lo precedente se suma la creación de una institucionalidad regional descentralizada para el desarrollo de la ciencia, la tecnología y la innovación, que promueva eficazmente la investigación y el desarrollo territorial, en concordancia con las políticas y planes regionales y locales.

En cuanto al fortalecimiento de la institucionalidad pública regional, el informe de la comisión asesora presidencial propone la creación de contratos interadministrativos entre los gobiernos regionales, las municipalidades y los servicios públicos desconcentrados, con la finalidad de articular los planes de desarrollo y la inversión de los distintos órganos y niveles de la Administración del Estado. A esto se añade la institucionalización de los actuales sistemas de acreditación de la gestión de calidad en los gobiernos regionales y municipalidades, y la creación de sistemas regionales integrados de información territorial.

Por último, en el ámbito de la participación ciudadana y el control democrático de los órganos públicos, el informe propone democratizar la política regional y local, la participación directa de los ciudadanos en los asuntos de interés regional y local y el fortalecimiento de la sociedad civil regional. En este sentido, se plantea como propuesta inicial y básica, la generación de una nueva Constitución para nuestro país, que sea fruto de un proceso participativo de toda la ciudadanía, incluyendo los actores locales y regionales, y que permita la reconfiguración del poder estatal, adecuándolo a las necesidades y objetivos que demanda la sociedad actual.

Ahora bien, el informe, además, plantea algunas medidas concretas que pueden contribuir decididamente al mayor fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana, como son la flexibilización de los mecanismos previstos en la ley para la creación de partidos políticos regionales; garantizar la renovación de los cargos de representación popular, instaurar el voto programático, establecer plebiscitos y referéndum regionales y locales, crear asambleas de organizaciones de la sociedad civil regional y fortalecer los medios de comunicación locales y regionales, entre otras medidas.

Como se puede observar, la Comisión generó un conjunto muy amplio de propuestas, que exceden con mucho una simple exposición de medidas administrativas de reforma, y en las que se expresa una voluntad inequívoca de transformación profunda de la institucionalidad pública territorial. Ello implica una batería muy amplia de medidas legislativas, que modificarían en forma sustancial la organización del poder público, las funciones y atribuciones de los entes nacionales, regionales y locales, la definición e implementación de las políticas públicas y planes sectoriales, y el diseño y uso de los instrumentos de gestión de dichas políticas.

La transformación descrita, de profundo impacto institucional, requeriría de una voluntad política decidida a modificar la situación actual de organización y distribución territorial del poder en nuestro país, lo que exigiría un compromiso del Gobierno y del Congreso Nacional en este sentido, tanto en el corto como en el mediano plazo. De ahí que la comisión plantee de manera optimista un horizonte temporal de 6 años para llevar a cabo este proceso transformador, lo que exigiría un trabajo sostenido e intenso de discusión y aprobación legislativa y de implementación administrativa en este contexto.

2. Los proyectos de reforma constitucional y legal en trámite y su conexión con el informe de la comisión asesora presidencial

2.1 Antecedentes generales

En el marco propositivo antes expuesto, el Gobierno de la Presidenta Bachelet ha enviado ya al Congreso Nacional algunas propuestas que pretenden hacer efectivo el propósito fundamental planteado por la Comisión de descentralizar el país y transferir poder a las comunas y las regiones. Estas propuestas, como se verá a continuación, se expresan, fundamentalmente, en lograr la elección democrática de los intendentes regionales e implementar

un mecanismo expedito de transferencia de competencias desde el nivel central al regional.

Desde luego estos dos objetivos son valiosos para el proceso de descentralización, pero no satisfacen en absoluto las aspiraciones y metas planteadas por la Comisión. En efecto, si uno observa el calendario de aprobación e implementación de las medidas propuestas por la Comisión¹², es evidente que no existe sincronía entre los tiempos propuestos y la profundidad de aquellas y las iniciativas que ha llevado adelante el Gobierno en este plano, desde octubre del año pasado a la fecha. Aún más, es posible observar, con meridiana claridad, que la batería de medidas propuestas no tiene muchas posibilidades de concretarse en el tiempo previsto, más aún cuando el próximo año (2016) se celebrarán elecciones municipales y al año siguiente elecciones parlamentarias y presidenciales, lo que de seguro impactará decisivamente en el curso político y en las decisiones legislativas en este ámbito. Por esta razón es determinante el avance que pueda tener el Gobierno en este año legislativo, ya que es un periodo en el que la discusión y aprobación de reformas profundas no estará “contaminada” por los avatares de la contienda política electoral que se avecina.

2.2 El proyecto de reforma constitucional: la elección del Intendente regional

El primero de los proyectos de reforma impulsados por el Gobierno es, como ya se dijo, la elección directa de los intendentes regionales. El Gobierno envió al Congreso Nacional, el 30 de diciembre de 2014, un proyecto de reforma constitucional “que modifica la Constitución Política con el fin de disponer la elección popular del órgano ejecutivo del Gobierno Regional”¹³, modificando principalmente los artículos 111 y 112 de la actual Carta Fundamental. En este sentido, la nueva regulación constitucional establece, por un lado, la elección popular y directa de los intendentes regionales, con un sistema de *ballotage* que se acerca al modelo presidencial (sistema de dos vueltas, con mayoría absoluta) y se aleja del previsto para los alcaldes (una vuelta con mayoría relativa) y, por otro, la creación de la figura del Gobernador Regional, funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República, al que se le atribuyen las funciones de gobierno de la región que actualmente ostentan los intendentes.

¹² “Informe de la Comisión”, p. 24.

¹³ Mensaje N° 1053-362 de S.E. la Presidenta de la República, con el que inicia un proyecto de reforma constitucional que modifica la Constitución Política con el fin de disponer la elección popular del órgano ejecutivo del Gobierno Regional. Santiago, 30 de diciembre de 2014.

Probablemente este último elemento es el que ha generado mayor controversia en esta materia, ya que la propuesta del Gobierno insiste en el modelo actual de separar, en el ámbito regional, las funciones gobierno y administración de la región, radicando la primera (gobierno) en un funcionario de la exclusiva confianza del gobierno central, y atribuyendo la segunda (administración) al Gobierno Regional, integrado por el Consejo Regional e Intendente elegidos popularmente. Lo anterior pareciera explicarse por el contenido amplio que tiene hoy la función de gobierno en la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional (artículo 2°), identificándose con la representación presidencial, el gobierno interior (atribuciones desconcentradas del Ministerio del Interior en las regiones) y la supervisión, coordinación y supervigilancia de los servicios públicos nacionales, tareas que evidentemente no pueden ser trasladadas sin más a autoridades u órganos no vinculados jerárquicamente al gobierno central.

En esta línea, el propio mensaje del proyecto de reforma constitucional afirma que existirían solo dos funciones en el ámbito regional —el gobierno interior y la administración superior de la región—, debiendo asignarse la primera a una autoridad dependiente del Presidente de la República, como expresión propia y natural de un Estado unitario como el chileno. Así, según el proyecto, solo la función de administración superior de la región podría atribuirse al Gobierno Regional, ya que únicamente ella guarda relación directa con el desarrollo de ese territorio, no debiendo inmiscuirse en las tareas propias del Gobierno Nacional.

Sin embargo, este planteamiento no parece muy acertado. En primer lugar, porque la función de gobierno en el ámbito regional no se agota en el denominado “gobierno interior”, como lo indica el proyecto de reforma, sino que también se extiende a la dirección política de otras materias esenciales para el desarrollo regional, que exceden con creces el orden público y la supervisión, coordinación y supervigilancia de los servicios públicos nacionales. En segundo lugar, porque el concepto de Estado unitario no supone, necesariamente, una monopolización de la función gubernativa en el contexto nacional y una descentralización sólo administrativa en el plano regional, como bien lo ponen en evidencia los modelos de distribución de competencias existentes en Francia o Colombia, por nombrar dos ejemplos conocidos y de tradición jurídica similar.

Además, como se puede observar, esta propuesta de reforma constitucional mantiene la extraña dicotomía entre la función y el órgano que existe en

nuestro ordenamiento jurídico, asignándole al Gobierno Regional la labor de administración y no de gobierno, como indica su denominación. Si bien se trata de una incongruencia terminológica, que podría desecharse en principio, por referirse sólo a una cuestión formal, lleva, sin embargo, envuelto un aspecto más sustantivo de la materia, ya que supone excluir, como se dijo, al Gobierno Regional de la función gubernativa y directiva, reconduciéndolo a una labor de mera ejecución de políticas públicas nacionales, consistente con la identificación tradicional que se le ha dado a la función administrativa en nuestro medio¹⁴.

Pareciera más razonable que una reforma constitucional en esta materia separe con mayor claridad las funciones de gobierno interior y gobierno y administración regional, asignando la primera (gobierno interior), incluyendo la supervisión, coordinación y supervigilancia de los servicios públicos nacionales con presencia regional, a un representante del Presidente de la República, pero radicando la totalidad de la función gubernativa y administrativa territorial al Gobierno Regional, elegido por los propios ciudadanos de la región (Intendente y Consejo). Esto permitiría fortalecer política y administrativamente a este órgano y asignar claramente las responsabilidades de los distintos actores políticos que participan de la gestión pública, lo que siempre es favorable desde la perspectiva de la *accountability* requerida en estos casos.

Por otro lado, algunos también han planteado el exceso que implica la creación de esta nueva figura del “Gobernador Regional”, como titular de la función de gobierno interior a nivel regional, bastando para el cumplimiento de dichas tareas la actual estructura de gobernadores provinciales. De hecho, la propuesta de la Comisión señaló en este punto que el gobierno interior debería quedar radicado en “Delegados provinciales”, como representantes del Presidente de la República, correspondiéndole al “Delegado provincial”, de la capital regional correspondiente, la coordinación de los órganos y servicios públicos desconcentrados con presencia regional, sin necesidad de crear un nuevo agente o autoridad en ese ámbito territorial¹⁵.

Sobre esto, si bien podrían plantearse las insuficiencias de las denominadas “Delegaciones provinciales” para cumplir las tareas desconcentradas de los órganos y servicios públicos nacionales con presencia regional, ello no es

14 Ver, en este sentido, Ferrada, Juan Carlos, “Las funciones de Gobierno y Administración en el ámbito regional: sus problemas conceptuales”, en Actas de las XXX Jornadas de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso, Edeval, pp.217-243.

15 “Informe de la Comisión”, p. 37.

muy consistente con la realidad actual, en que los actuales gobernadores provinciales desarrollan esa tarea, asumiendo los intendentes un rol más clave en el impulso y seguimiento de los proyectos de desarrollo regional. Así, al asignar esta última tarea a los nuevos intendentes elegidos directamente por los ciudadanos, no existiría un espacio material de competencias para que operen estos nuevos delegados regionales del Presidente de la República (gobernadores Regionales), salvo la supervisión, coordinación y supervigilancia de los servicios públicos nacionales, lo que perfectamente puede ser asumido por los delegados provinciales de la capital regional, con un reforzamiento de su estructura administrativa.

Por último, en cuanto a la fecha de elección de los nuevos intendentes regionales, el proyecto de reforma constitucional propone una disposición vigesimoséptima transitoria de la Constitución Política, en la que reenvía al legislador orgánico constitucional la determinación de la fecha en que se producirá la primera elección. En todo caso, esta elección debería realizarse por primera vez en el año 2017, según se indica en el mensaje del proyecto, coincidiendo con la próxima elección presidencial y parlamentaria.

En el informe de la Comisión se fijaba como fecha de esta primera elección octubre de 2016, coincidiendo con las próximas elecciones municipales. Esto, además de hacer operativo efectivamente en este Gobierno el proyecto de descentralización política y administrativa actualmente impulsado, fortalecería a futuro las elecciones territoriales, separándolas temporalmente de las elecciones nacionales. Con ello se evitarían confusiones en el electorado entre ambas elecciones, haciendo más visibles los proyectos políticos en uno y otro ámbito, lo que permitiría además el perfilamiento de liderazgos regionales al margen de la política nacional.

Sin embargo, la cuestión ha sido controvertida en el mundo político, ya que muchos estiman que los plazos para llevar adelante esta reforma, permitiendo efectivamente la presentación de candidaturas fuertes a intendentes regionales, serían muy breves si se optara por realizarlas en el año 2016. No obstante, la opción por el año 2017 no pareciera ser una buena solución, ya que, más allá del retraso temporal en la implementación de la reforma, se generará una confusión en el electorado entre las elecciones regionales y nacionales, quitándole relevancia a las primeras y estableciendo una conexión innecesaria entre los candidatos a intendente, y los de diputado, senador y Presidente de la República.

Hay bastante literatura comparada que deja en evidencia los problemas que se generan con la vinculación entre elecciones territoriales y nacionales, no solo en cuanto a representatividad, sino también a liderazgo regional o local. Esta situación que no parece haber sido observada por el Gobierno, podría ser mucho más gravitante en el caso chileno, ya que la falta de experiencia en esta materia podría implicar la invisibilización de las futuras autoridades elegidas, cuestiones claves para el desarrollo territorial y la no confusión de tareas y proyectos entre una y otra esfera espacial.

2.3 La reforma legal en materia de funciones y atribuciones

Junto a la reforma anterior, el gobierno de la Presidenta Bachelet también ha propuesto algunas reformas legales sustantivas en materia de funciones y atribuciones de los gobiernos regionales y transferencia de éstas desde el gobierno central a aquellos, las que si bien estaban presentes en una reforma planteada por el gobierno del Presidente Piñera, han sido ampliadas y fortalecidas mediante una indicación sustitutiva ingresada en enero de 2015¹⁶ por el actual gobierno.

En relación a lo primero, la atribución de funciones y atribuciones para los gobiernos Regionales, la indicación sustitutiva planteada por el actual Poder Ejecutivo propone, dentro de un nuevo párrafo 1° del capítulo II de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, denominado “De las competencias”, un número más amplio de funciones y atribuciones para los gobiernos regionales, complementando el actual catálogo vigente, no solo en las materias involucradas, sino también en las acciones precisas que pueden desplegar en ese contexto. Así, el proyecto de ley incorpora nuevas funciones generales de los gobiernos regionales (artículo 16), lo que va acompañado de algunas funciones adicionales en materia de ordenamiento territorial, fomento de actividades productivas y desarrollo social y cultural (artículos 17, 18 y 19).

En este punto, si bien la propuesta de reforma es muy amplia, no va en la misma línea de la propuesta planteada por la Comisión, ya que ésta promueve el establecimiento de una demarcación constitucional más estricta de competencias, calificándolas de exclusivas, compartidas y delegadas. Esta propuesta, que va en la línea de la distribución competencial existente en el

¹⁶ Formula indicación sustitutiva al proyecto de ley que introduce modificaciones a la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, profundizando la regionalización del país (Boletín N° 7963-06). Santiago, 16 de enero de 2015.

modelo español e italiano de descentralización, permitiría otorgar una especie de “garantía institucional” de las funciones y atribuciones de los gobiernos regionales, no pudiendo el legislador afectar esa repartición, salvo en lo relativo a las competencias delegadas. Ello explica que la misma propuesta atribuya al Tribunal Constitucional la resolución de controversias que se produzcan entre los gobiernos regionales y el gobierno central en esta materia, ya que es finalmente, un asunto resuelto, al menos en sus aspectos esenciales, por la misma Constitución.

En cuanto a la transferencia de funciones y atribuciones, la reforma constitucional comentada en el punto anterior, también plantea una nueva disposición vigesimooctava transitoria de la Constitución Política, la que contiene una habilitación al Presidente de la República para el establecimiento de normas de transferencias de servicios públicos nacionales que operen en la región, ampliando el plazo constitucional para la dictación de Decretos con Fuerza de Ley respectivos, de 1 a 4 años, en los próximos 10 años.

Además, el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, a la cual se ha hecho referencia, establece, entre otras materias, normas específicas en asuntos de transferencia de competencias, haciendo así más operativo el mecanismo institucional previsto en la Constitución y en la misma Ley Orgánica Constitucional.

En este sentido, como se sabe, el artículo 114 de la Constitución Política de la República señala que la “ley orgánica constitucional respectiva determinará la forma y el modo en que el Presidente de la República podrá transferir a uno o más gobiernos regionales, en carácter temporal o definitivo, una o más competencias de los ministerios y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, en materias de ordenamiento territorial, fomento de las actividades productivas y desarrollo social y cultural”. Esta disposición, introducida por la Ley N° 20.390 de 2009, que reformó la vigente desde 1991 en que solo se contemplaba una mención genérica a esta materia, explicitó un poco más el mecanismo institucional para la transferencia de competencias a los gobiernos regionales, sin que ello, sin embargo, cerrara definitivamente las discusiones que ya se habían planteado en este plano. En efecto, a partir de los alcances limitados que tenía la habilitación constitucional dispuesta en el antiguo artículo 103 de la Constitución Política, sobre todo atendida la regulación complementaria contenida en el artículo 67 de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, se generó una gran discusión doctrinal sobre la forma específica cómo se produce la

transferencia de competencias, es decir por vía legal o reglamentaria¹⁷, lo que parece no zanjarse en esta nueva regulación constitucional, desde el momento en que reenvía al legislador la determinación de “la forma y el modo” en que se realizará este traspaso competencial.

En este punto, debe tomarse en cuenta que el texto del Ejecutivo que modificaba el artículo 103 de la Constitución Política, y que se aprobó finalmente por la Ley N° 20.390, establecía en forma expresa que dicha transferencia de competencias se produciría, según el texto propuesto, “dentro de las atribuciones del Presidente de la República, en su calidad de Jefe de Estado y *mediante decreto supremo*”¹⁸, referencia que se eliminó en la discusión parlamentaria, bajo el argumento, precisamente, de que ello implicaba un reforzamiento del poder presidencial y una exclusión del Congreso Nacional en la determinación de un procedimiento idóneo, racional y eficaz de transferencia de competencias¹⁹. De ahí que sea difícil dar por zanjada la controversia constitucional en este ámbito, siendo necesario que el legislador le de contenido a la norma fundamental, con los límites que en ella se expresan²⁰.

En este contexto, es evidente que el actual artículo 67 de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional no permite cumplir cabalmente con el mandato constitucional y determinar con precisión el procedimiento para hacer efectiva la transferencia de competencias del gobierno

17 Ver, en este sentido, el planteamiento de la cuestión y su opinión favorable a la vía reglamentaria, en Hernández, Luis, “Convenios administrativos de transferencia de competencias a los gobiernos regionales: antecedentes jurídicos y modalidades de ejecución”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, diciembre 1996, vol. N° 7, pp. 53-74. No obstante su planteamiento aparece contradicho por la jurisprudencia administrativa, particularmente en Dictamen N° 1013, de 12 de enero de 2000, de la Contraloría General de la República, en que este organismo sostuvo la plena reserva legal en este ámbito.

18 El texto original del proyecto de reforma constitucional planteado por el Ejecutivo el año 2003, y que es el antecedente de la Ley N° 20390 aprobada finalmente el año 2009, señalaba: “La ley deberá determinar las formas en que se descentralizará la administración del Estado. El Presidente de la República, de propia iniciativa y mediante decreto supremo, podrá transferir a uno o más gobiernos regionales, determinadas competencias del nivel central o de los servicios públicos que operen en la región, y los recursos y personal correspondientes al ejercicio de tales competencias, de conformidad al procedimiento establecido en la ley orgánica respectiva”. En “Mensaje N° 47-350 de S.E. el Presidente de la República por el cual inicia un proyecto de reforma constitucional en materia de Gobierno y Administración regional”. Santiago, 11 de diciembre de 2003.

19 Ver, “Historia de la Ley N° 20.390. Reforma Constitucional en materia de Gobierno y Administración Regional”, Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 108-109.

20 Es curiosa la referencia que hace el Mensaje de S.E. la Presidenta de la República en indicación sustitutiva ya citada, al proyecto de ley que introduce modificaciones a la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional (16 de enero de 2015), ya que en sus páginas 3 y 4 parece dar por zanjado el tema, señalando textualmente que “la reforma constitucional de 2009 dispuso modificaciones sustantivas al artículo 114 de la Constitución Política. Es así como esta norma contiene una excepción al principio de reserva legal contenido en el artículo 65 del mismo cuerpo normativo”.

central a los gobiernos regionales. Lo anterior parece confirmar la idea de la necesidad de exigir una ley especial que haga operativo el mecanismo establecido en la Constitución, satisfaciendo así la reserva legal que señala, con alcances generales, el artículo 65 N° 2 de la Carta Fundamental. Por eso es tan relevante la reforma legal impulsada en esta materia, en que se propone la introducción de un nuevo párrafo dentro del capítulo II de la Ley Orgánica Constitucional, relativo específicamente a la “transferencia de competencias”, que regularía en forma íntegra esta cuestión, estableciendo varias modalidades para hacer efectivo este mecanismo y hacer más eficaz la cláusula constitucional vigente.

Esta nueva regulación señala tres mecanismos distintos para hacer operativa la transferencia de competencias: a) convenio de transferencia; b) transferencia de programas; y c) creación o transferencia de dependencia de servicios públicos.

Los dos primeros mecanismos, suponen la celebración de un convenio entre el ministerio y servicio público correspondiente y el Gobierno Regional respectivo, en el que se determinan las competencias transferidas, los recursos comprometidos y las demás condiciones que permitan hacerlas operativas, todo lo cual quedará formalizado en un Decreto Supremo expedido por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y suscrito, además, por el ministro de Hacienda y los ministros sectoriales. Una cuestión fundamental es que la iniciativa para llevar adelante este convenio corresponde ahora al Presidente de la República o al gobierno regional respectivo (artículo 21 ter del proyecto de ley), disponiendo la ley de todo un procedimiento administrativo que regula la tramitación, estudio y decisión en esta materia (artículo 21 quinquies del proyecto de ley). Sin embargo e. procedimiento administrativo es complejo y avizora algunos problemas en su implementación.

Totalmente distinta es la regulación dispuesta en el proyecto de ley para la creación o transferencia de servicios públicos, en que se faculta al Presidente de la República para que, a través de uno o más decretos con fuerza de ley, se creen estos servicios o se transfieran otros de carácter nacional a los gobiernos regionales, lo que incluye modificaciones orgánicas de estos servicios y el personal asignado a esos organismos, sin que esto último pueda implicar un menoscabo o detrimento para los funcionarios públicos afectados (artículo 4° transitorio del proyecto de ley). Esta regulación es, desde luego, coherente con lo dispuesto en el artículo 65 N° 2 de la Constitución Política, en la medida que exige una ley para crear servicios públicos o empleos rentados

y determinar sus funciones y atribuciones, pero haciendo más operativo el mecanismo al permitir la habilitación legislativa al Presidente de la República para su realización. Ello debe entenderse, claro está, con las limitaciones que impone el artículo 64 de la Constitución Política en relación a las materias y los plazos establecidos, lo que obviamente se flexibiliza en este último punto si se aprobara previamente la reforma constitucional ya aludida, en cuanto a la ampliación del plazo dispuesto en la nueva disposición vigesimoctava transitoria de la Constitución.

Además, el proyecto de ley plantea, desde la perspectiva institucional, la creación de tres nuevas divisiones para los gobiernos regionales, en consonancia con las nuevas funciones y atribuciones que el mismo proyecto les asigna, cambiando a las actuales su denominación y competencia, con la finalidad de satisfacer efectivamente las competencias que se pretenden atribuir a aquellos. En consecuencia, el proyecto de ley contempla las divisiones de Planificación y Desarrollo Regional, Presupuesto e Inversión Regional, Administración y Finanzas, Fomento e Industria, Infraestructura y Transportes y Desarrollo Social y Humano (nuevo artículo 68 propuesto de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional).

Como se puede observar, en esta materia, el Gobierno de la Presidenta Bachelet está proponiendo una ampliación significativa de las funciones y atribuciones de los gobiernos regionales, pero sin llegar a una distribución constitucional de las mismas, lo que permitiría la satisfacción directa de necesidades públicas por parte de aquellos, ya sea a través de servicios y recursos propios o por la vía de transferencia de programas, recursos y servicios. Esto último, de paso, permitiría hacer operativo el mecanismo institucional previsto en la Constitución de 1991, que solo después de la reforma de 2009 pareciera tener un contenido concreto, pero cuyos alcances estarán determinados por la aprobación que se haga del proyecto de ley en comento, ya que la actual disposición constitucional (artículo 104) con la norma legal vigente (artículo 67 de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional) tienen escasa viabilidad.

Por último, en este último punto (transferencia de funciones y atribuciones), es preciso señalar que la iniciativa legal planteada por la indicación sustantiva aludida, va en la línea de lo sugerido en el informe de la Comisión, en cuanto a que dicha Comisión propuso un “programa de transferencia de competencias, servicios y programas públicos a los Gobiernos Regionales y Municipalidades”, aunque es más específico en materias, mecanismo y plazos que

el proyecto de ley aludido, sin perjuicio de lo ya señalado sobre la distribución constitucional de competencias.

3. A modo de conclusión: debilidades y desafíos pendientes

De lo expuesto en las páginas precedentes, es posible extraer algunas conclusiones, tanto sobre el informe de la Comisión, como de las propuestas legislativas que ha impulsado el Gobierno en los últimos 9 meses.

Así, en primer lugar, es claro que el informe de la Comisión fue mucho más ambicioso que las propuestas legislativas que ha podido impulsar el Gobierno en esta materia, abordando problemas estructurales del proceso de descentralización desarrollado en Chile hasta ahora y planteando cambios institucionales profundos en este ámbito. El informe va mucho más lejos que una mera propuesta que corrija algunas deficiencias del proceso, al plantear toda una política de Estado y agenda para la descentralización y el desarrollo regional, que toca aspectos relacionados con la reforma política, la descentralización administrativa, la descentralización fiscal y económica y el fortalecimiento de las capacidades locales y regionales.

Además, la Comisión, para hacer viable y eficaz la propuesta, propone a la Presidente de la República un cronograma para llevar adelante estas reformas, que va desde el periodo 2014 al 2020, debiendo las primeras medidas enviarse y aprobarse por el Congreso Nacional en el primer semestre de 2015.

Es evidente que las iniciativas legislativas planteadas por el Gobierno no han ido a la par con las propuestas de la Comisión, limitándose a un aspecto concreto de la reforma política –la elección popular de intendentes regionales– y a un terreno acotado de la distribución de competencias entre los gobiernos regionales y el gobierno central. Probablemente, esa distribución de competencias es lo que tiene mayor impacto en el proceso de descentralización, más incluso que la elección de intendentes, y cuya concretización puede ser vital para avanzar eficazmente en esta reforma institucional.

Si bien la propuesta del Gobierno es ambiciosa y plantea mecanismos interesantes de atribución de competencias, ya sea por la vía de la asignación directa o la transferencia de programas, recursos o servicios, no avanza en una distribución constitucional de competencias, lo que debilita el proceso de fortalecimiento de las regiones como instancias territoriales de gobierno y administración del aparato estatal. Además, la falta de acuerdos concretos

en esta materia entre las diferentes fuerzas políticas con representación parlamentaria, y el complejo procedimiento de implementación, hacen difícil su viabilidad.

No obstante lo anterior, las críticas mayores que se pueden hacer, atendida la extensión material del informe de la Comisión, es la falta de iniciativas legislativas o administrativas, según el caso, en los otros campos abordados por el informe, y cuya calendarización propuesta por la Comisión ya no se está cumpliendo. Así, las propuestas de reformas constitucionales planteadas en el informe, la dictación de una ley de rentas regionales y de fortalecimiento de las finanzas municipales, la creación de un fondo de convergencia territorial y la generación de reglas de transparencia y control en la democracia regional y local, entre otras cuestiones relevantes, son materias que la Comisión propuso al Gobierno materializar en proyectos de reforma a enviar al Congreso Nacional en el primer semestre de 2015 y su aprobación en el segundo, pero esos tiempos claramente no coinciden con el impulso gubernamental y la tramitación legislativa desplegada hasta ahora.

Esta situación ha motivado la reacción de los integrantes de la Comisión, promoviendo recientemente un texto que llama a la urgente necesidad de abordar a la brevedad una discusión constitucional de los puntos esenciales en esta materia²¹, más aun considerando que los próximos años 2016 y 2017 se celebraran elecciones municipales y parlamentarias y presidenciales, respectivamente, lo que hace inviable una discusión profunda de las reformas estructurales planteadas en este ámbito.

Queda aún por ver cuál será el resultado del conjunto más amplio de las propuestas elaboradas por la Comisión para la descentralización y el desarrollo regional, pero visto el contenido y la marcha de los proyectos de reforma constitucional y legal planteados hasta ahora, el camino no parece promisorio.

²¹ El texto citado se titula "Reforma Constitucional de Descentralización: Modificaciones imprescindibles para la viabilidad del proyecto" y está firmado por los ex integrantes de la Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional Esteban Valenzuela, Heinrich von Baer, Juan Andrés Varas, Alejandro Ferreiro, Juan Carlos Ferrada y Humberto Nogueira, el que fue enviado a la Presidenta de la República y a los parlamentarios, quedando registro de ello en la prensa nacional en el diario "El Mercurio", Cuerpo C, p. 4, de 11 de junio de 2015.

LA EJECUTORIEDAD DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS, A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO MACKENNA

Raúl Letelier Wartenberg¹

Introducción

La teoría de las sanciones administrativas ha comenzado una fase de decantamiento, desarrollo y perfeccionamiento. Después de años de predicarse sobre ellas una regulación que les era ajena, hoy podemos percibir un correcto retorno a las bases generales de un más desarrollado y sofisticado Derecho Administrativo sancionador. El retraso en este desarrollo, en comparación con otras instituciones del Derecho Administrativo, deriva de que el tópico de las sanciones administrativas –principalmente en su vertiente económica– se transforma en relevante (al menos para los grupos interesados en la limitación estatal), luego de consolidada la fiebre liberalizadora y comenzada su fase reguladora². Así, en tanto la sanción administrativa está íntimamente ligada al proceso jurídico de regulación, su problematización comparte esta misma tabla de tiempo.

Como sabemos, la fisonomía de buena parte de las instituciones del derecho administrativo se ha construido al alero de máximas normativas básicas y simplistas. Nulidades imprescriptibles, responsabilidad objetiva del Estado, imposibilidad de autotutela administrativa, justiciabilidad integral del actuar administrativo, son algunos de los principales axiomas que, con el correcto y necesario objetivo de producir control allí donde no existía, se fueron instalando con distintas velocidades en nuestro derecho³. No obstante, el contacto

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

² Vid. Cordero Vega, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, (Thomson Reuters), 2015, pp. 30 y ss.

³ La obra del profesor E. Soto Kloss es, en esta etapa, un aporte indiscutible a este simplismo. Vid, por todos, Soto Kloss, Eduardo, “La responsabilidad del Estado administrador, un principio general

sostenido de aquellos brocados con los casos concretos irá mostrando fatídicamente su precariedad. Las peticiones de nulidad de actos administrativos dictados 20 o 30 años antes, muestran, por ejemplo, lo absurdo de la imprescriptibilidad. Indemnizaciones solicitadas en materia de responsabilidad médica-pública ponen de relieve lo inconsistente de no considerar la culpa como principal título de imputación, o una teoría meridianamente sensible con la discrecionalidad administrativa hace ver lo insensato de un control judicial total. Pues bien, idéntica realidad se ha ido exhibiendo en el campo administrativo-sancionador.

Como una manera de generar ese control en materia de sanciones administrativas, se trató de construir un conjunto de garantías que permitiese una mayor limitación y, con ello, una fiscalización más intensa de la potestad sancionatoria. En este sentido, el escenario jurisprudencial nacional está profundamente marcado por la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 244 de 26 de agosto de 1996. En ella, el tribunal expresa, como regla general, que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República deben aplicarse al derecho administrativo sancionador, toda vez que “ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”⁴. En los hechos, esta doctrina implicaba que, en tanto el Derecho Penal contiene una exigencia constitucional de tipicidad de la conducta sancionada que obliga a que la sanción esté descrita en la ley y que esa descripción sea suficientemente densa desde el punto de vista normativo, estas mismas exigencias debían ser traspasadas a las sanciones administrativas, es decir, las conductas que ellas sancionan deben también estar descritas detalladamente en la ley.

La aplicación de este tipo de garantías penales puede ser explicada históricamente utilizando diversas fuentes, pero la más cercana es el influyente

del derecho público chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 73, 1976, p. 35-42; “Derecho Administrativo Penal -notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”, en *Boletín de Investigaciones*, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), 1980, pp. 95-103; “Estado de derecho y procedimiento administrativo”, en *Revista de Derecho*, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 4, 1980, pp. 211-237; “La nulidad de derecho público en el derecho chileno”, en *Gaceta Jurídica*, 125, 1990, p. 16-24; *Derecho Administrativo*, (Editorial Jurídica de Chile), 1996; “La potestad sancionadora de la Administración, ¿se adecua a la Constitución?”, en *Sanciones Administrativas y Derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*, (Universidad Santo Tomás), 2005, pp. 29-49; “Sanciones administrativas ¿camino de servidumbre?”, en *Gaceta Jurídica*, 296, 2005, pp. 76-88; “La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: el ‘Solve et Repete’ y el Estado de Derecho”, en *Revista de Derecho*, (Universidad Finnis Terrae), 10, 2006, pp. 193-234.

4 Tribunal Constitucional, Rol N° 244-96, sentencia de fecha 26 de agosto de 1996, considerando 9.

trabajo que Eduardo García de Enterría escribiera en 1976⁵. A pesar de no ser el primer texto que hacía referencia a la aplicación de garantías penales a las sanciones administrativas, tuvo una gran recepción a nivel doctrinal y pasaría luego, casi sin variaciones, al principal manual de Derecho Administrativo español, que se viene manejando en nuestro medio desde hace décadas⁶. En el manual, la referencia a la aplicación al ámbito administrativo de los principios jurídicos penales era bastante clara y, rápidamente, se consolidó como fuente inspiradora para gran parte de los tribunales españoles.

La doctrina de la indicada sentencia chilena Rol N° 244 era, sin embargo, excesiva. Y ello no solo porque el propio derecho penal tolera con cierta frecuencia que diversas figuras penales no estén descritas plenamente en la ley, sino también porque gran parte de las sanciones administrativas proceden, precisamente, por infracciones a normas infralegales. Seguir la doctrina de esta sentencia habría implicado declarar inconstitucionales un alto porcentaje de las sanciones administrativas actualmente vigentes.

La continua convivencia con esta contradicción origina un giro en la jurisprudencia, tomándose nuevamente la doctrina española como ejemplo. Ahora el Tribunal Constitucional indica que “aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, ‘con matices’, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”⁷. En

5 García de Enterría, Eduardo, “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, en Revista Española de Derecho Administrativo, 10, 1976, pp. 399-430. Tiene como antecedente tanto el seminal artículo de Parada Vázquez, José Ramón, “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, en Revista de Administración Pública, 69, 1972, como la sentencia de 9 de febrero de 1972 del Tribunal Supremo Español, decisión que luego sería calificada por la sentencia de 13 de octubre de 1989 (Ar. 8386) como “decisión histórica”, como “leading case” y como “el origen y partida de la equiparación de la potestad sancionadora de la Administración y el *ius puniendi* del Estado”. Vid. Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4° ed, (Tecnos), 2005, p. 126.

6 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, (Civitas), 2014. La tesis de García Enterría ha sido sostenida por buena parte de la doctrina española. Así, vid. Suay Rincon, José, *Sanciones administrativas*, (Real Colegio de España), 1989; Martín-Retortillo Baquer, L., “Multas administrativas”, en Revista de Administración Pública, 79, 1976; Bajo Fernández, Miguel, *El Derecho penal económico*, (Civitas), 1978. En el último tiempo, vid. Por todos, Rebollo Puig, Manuel, *Derecho Administrativo Sancionador*, (Lex Nova), 2010. Especialmente críticos a la tesis de la aplicación de garantías penales han sido, en España, Garrido Falla, Fernando, “Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas”, en Revista de Administración Pública, 28, 1959, pp. 11-50; Villar Palasí, J.L., “Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado”, en Revista de Administración Pública, 16, 1955, pp. 11-83; Nieto, Alejandro, “Los principios de tipicidad en las infracciones en materia de consumo”, en Estudios sobre consumo, 3, 1984, pp. 148-160; Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4° ed, (Tecnos), 2005; Montoro Puerto, M., *La infracción administrativa: características, manifestaciones y sanciones*, (Naútica), 1965.

7 Vid. Tribunal Constitucional, Rol N° 479-06, sentencia de fecha 8 de agosto de 2006.

ella, ya no hay una simple transposición de las garantías penales al ámbito administrativo. Según esta sentencia, la aplicación de las garantías debe realizarse con aquellos referidos “matices”⁸.

Es un lugar común criticar la idea de los “matices” por no entregar respuestas claras y sumirnos, nuevamente, en un estado de baja predictibilidad de las sentencias futuras, dado que aquellas matizaciones simplemente se entregan a la casuística judicial⁹. Al final –como sostiene Nieto–, no sabemos “si lo esencial es la aplicación o, más bien, las matizaciones con que hay que realizarla”¹⁰. Pero, con el correr del tiempo, la misma complejidad de los casos concretos ha ayudado a encauzar aquellas primitivas respuestas por una senda de mayor racionalidad y mejor y más eficiente aplicabilidad. Por otro lado, día a día vamos percibiendo con mayor claridad el simplismo del discurso unificador de sanciones. La “lógica” de las sanciones administrativas nos ha ido mostrando indefectiblemente la *ratio* de la existencia de normas sancionatorio-administrativas y el porqué de su permanencia en el tiempo, separadas y distantes de las sanciones penales.

Así planteadas las cosas, me parece que sólo es esperable un “retorno a lo administrativo”. Luego de aquella primera búsqueda principialista de garantías penales a aplicar, se ha continuado con la desfiguración de éstas para, finalmente, acercarse a la respuesta que el Derecho Administrativo podría haber ofrecido con un análisis más profundo, funcional y complejo. Si la respuesta *iuris* administrativa provendrá desde la retórica de la matización o directamente desde el redescubrimiento del Derecho Administrativo sancionador, es algo que no resulta fácil vislumbrar, pero que, según creo, llegará más temprano que tarde.

8 Esta referencia a los matices es también idéntica en los trabajos de García de Enterría y en diversas sentencias del TC español. *Ibidem*, pp. 168 y ss.

Diversas sentencias del TC chileno que se refieren a esos “matices” son analizadas por Boettiger Phillips, Camila, “El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Actualidad Jurídica*, 20, 2009, pp. 577-596. También por Cordero Quinzacara, Eduardo, *Derecho Administrativo Sancionador*, (Legal Publishing), 2014, pp. 343 y ss.

9 Es interesante observar esta actitud de los tribunales de afirmar principios generales – la aplicación de garantías penales a las sanciones administrativas o la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público, por ejemplo – para luego, en la fase de matizaciones, desdibujarlos. Desde una perspectiva competencial, este esquema contiene la autoasignación de una competencia limitadora general y de una competencia de modulación discrecional.

10 Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4° ed, (Tecnos), 2005, p. 171.

En el mismo sentido se pronuncia la prevención de Jorge Correa, cuando indica que la aplicación de garantías penales al ámbito administrativo busca la seguridad jurídica, dada la elaboración y precisión que esas garantías tienen. Sin embargo, al matizarse luego su aplicación se pierde la misma ventaja de la certeza que se trataba de alcanzar. “Esta incerteza está precisamente provocada por que las ‘matizaciones’ deben hacerse al margen de preceptos constitucionales claros”. Tribunal Constitucional, Rol N° 480-06, sentencia de fecha 27 de junio de 2006.

1. El retorno al derecho administrativo en materia de control y efectos de la decisión sancionatoria

No es este el momento de criticar el simplismo unificador de la doctrina de la identidad del *ius puniendi* ni tampoco la aplicación general o matizada de las garantías penales al ámbito administrativo. Dejaremos esta empresa para un trabajo posterior. En este artículo nos concentraremos en una de aquellas supuestas consecuencias que la aplicación de garantías penales generaría en el ámbito administrativo. Me refiero a los efectos que la reclamación contencioso-administrativa produce en el acto administrativo sancionatorio.

Buena parte de la doctrina y jurisprudencia sostenía hasta hace muy poco una teoría que –tal como mostraré– amenazaba fuertemente la posición que las sanciones administrativas ocupan en el mapa de las decisiones normativas de un sistema jurídico, socavando silenciosamente la ordenación constitucional de estas fuentes y la estructura, también constitucional, del control inter poderes. En este sentido, la errónea aplicación de garantías penales a las sanciones administrativas, había instalado una deficiente comprensión de la relación existente entre la decisión sancionatoria y su control contencioso-administrativo. La sentencia de la Corte Suprema, dictada en el caso *Mackenna*¹¹, sin embargo, ha venido a enmendar ese rumbo, retomando la senda correcta del Derecho Administrativo.

En efecto, sabemos que en el ámbito procesal penal la sanción criminal no se encuentra firme, sino hasta que se pronuncia la última instancia judicial y se resuelven todos los recursos que se hayan intentado. Pues bien, esa misma lógica se había querido trasladar al ámbito del control contencioso-administrativo. La sanción administrativa no estaría ni firme ni ejecutoriada –se esgrimía– mientras no transcurra el plazo o se resuelvan los recursos contencioso-administrativos intentados. La decisión administrativa de sanción sería, así, casi idéntica a una decisión judicial de primera instancia. De esa manera se había resuelto por la Corte Suprema en el caso *Zegers con Superintendencia de Valores y Seguros*, cuando se indicaba que:

“[...] teniendo en cuenta que el asunto no encuentra solución en una disposición legal expresa, resulta apropiado acudir a lo que se ha indica-

¹¹ Corte Suprema, Rol N° 1079-2014, *Fisco de Chile con Dörr y otros*, sentencia de fecha 30 de octubre de 2014.

do en torno a la finalidad y naturaleza de las sanciones administrativas, como acerca de los principios que inspiran el denominado Derecho Administrativo sancionador. Tal como se ha señalado por la justicia constitucional, si bien las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado –el llamado *ius puniendi* estatal– y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el N° 3° del artículo 19 de la Carta Política. Desde luego, en el aspecto analizado y *ante el vacío legal*, resulta posible aplicar los principios generales que informan el derecho penal al ámbito de las sanciones administrativas y es así que el artículo 93 del Código Penal estatuye que la *responsabilidad penal se extingue por la muerte del responsable*, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias cuando a su fallecimiento no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada. Por consiguiente, *no hay ninguna razón para no aplicar el principio en que se basa el citado precepto* en cuanto la muerte del infractor constituye una forma de extinción de la responsabilidad que se aplica a las infracciones y sanciones punitivas de orden administrativo. Por el contrario, *los principios de personalidad de la sanción y de la responsabilidad por el hecho propio* ratifican la conclusión del fallo impugnado, en orden a que *la pena o sanción no se transmite a los herederos*, puesto que de acuerdo a ellos el objetivo de la potestad sancionadora sólo es la persecución de una conducta personal a la cual el ordenamiento jurídico atribuye una sanción cuyo fin es represivo y no reparatorio ni compensatorio de algún daño producido”¹².

Como puede apreciarse, el razonamiento de la Corte, en este caso, fue claro y contundente. Tanto a las sanciones penales como a las administrativas se les aplicaría el principio de personalidad de la pena y ambas se entenderían “no ejecutoriadas” hasta que se falle el último recurso judicial interpuesto. A reglón seguido, la sentencia es aún más explícita cuando señala que se “contempló expresamente el derecho a reclamar judicialmente de la aplicación de

¹² Corte Suprema, Rol 1855-13, *Zegers con Superintendencia de Valores y Seguros*, sentencia de fecha 13 de junio de 2013. Dijo, en efecto esta sentencia que “aun considerando que las sanciones pecuniarias de orden administrativo tienen no solo un contenido represivo sino consecuencias esencialmente patrimoniales, la imposición de una pena, multa en este caso, sólo hace nacer un crédito a favor del Estado, pero únicamente cuando la resolución que así lo decide se encuentra firme o ejecutoriada, lo que no acontece”. “Dada la naturaleza represiva de la sanción administrativa –personalísima– el derecho de la autoridad a imponerla deja de tener sentido al morir el infractor por una causa sobreviniente, razón por la cual la responsabilidad de éste se encuentra extinguida”.

la multa, agregando que se suspenderá el plazo para el pago de la misma, por lo que *al no encontrarse ejecutoriada la sentencia* y ante la muerte del infractor se extinguió la responsabilidad administrativa”.

Pues bien, en el caso *Mackenna*, que comentamos en estas líneas, el supuesto fáctico era casi idéntico al anterior caso *Zegers*. Los hechos del caso *Mackenna* son de público conocimiento. Diversos ejecutivos habían sido sancionados por la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) por un grave conflicto de intereses en el desarrollo de las negociaciones del llamado “caso Chispas”¹³. La sanción administrativa que se impuso a todos los ejecutivos que participaron en aquella ilícita operación fue impugnada por éstos mediante el contencioso-administrativo especial previsto por la ley. La Corte Suprema rechazó todas esas reclamaciones afirmando la legalidad y razonabilidad del actuar administrativo. Sin embargo, uno de los multados (el señor Luis Mackenna Echaurren) falleció antes que la Corte Suprema se pronunciase respecto del recurso de casación interpuesto. Sus herederos, entonces, reclamaron que la millonaria sanción se había extinguido, pues, en verdad, la multa nunca había estado ni firme ni ejecutoriada y, por ende, se tendría que dar por extinguida con la muerte del sancionado. De imponérseles ahora esta sanción se vulneraría la garantía de la “personalidad de la pena”, principio que rige como garantía en el ámbito penal y que, también, se aplicaría en el ámbito administrativo por derivar ambos sistemas del mismo *ius puniendi* estatal.

Tal como explicaré, la aplicación de garantías penales propuesta tanto por la doctrina como por la sentencia *Zegers*, genera una interpretación completamente errada de las relaciones existentes entre la Administración Pública y el Poder Judicial.

En efecto, la decisión administrativa sancionatoria es ante todo un acto administrativo y, en tanto tal, participa de todas las características de ese acto. Es interesante que esta constatación –por obvia que parezca– fuera un aspecto importante en la sentencia *Mackenna*. Tan pronto la Corte comienza a razonar lo deja establecido: “Conviene dejar en claro [dice la sentencia] que la decisión a través de la cual se manifiesta la potestad sancionatoria de la Administración es, no cabe duda, un acto administrativo”.

En lo que respecta a los efectos de los actos administrativos, el artículo 51 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (en adelante,

¹³ Sobre el caso, vid. Núñez, David & Pardow, Diego, “¿Por qué no demandan los accionistas? El problema de las costas en la acción derivativa”, en *Estudios Públicos*, 118, 2010, pp. 251 y ss.

“LBPA”) dispone con total claridad que “los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo *causan inmediata ejecutoriedad*, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior”.

Este precepto no es novedoso ni creación del legislador chileno, sino que viene a consolidar una regla que desde los inicios del Derecho Administrativo se entiende como una de sus piedras angulares y que el Consejo de Estado francés ha considerado como “la regla fundamental del Derecho Público”¹⁴. Esto quiere decir que la Administración produce “decisiones ejecutorias”, lo que implica la no necesidad de acudir *a priori* a una autoridad judicial para generar la carga o derecho creado por el acto administrativo¹⁵. La idea detrás del concepto es diferenciar este tipo de decisiones de otras que no crean directamente derechos u obligaciones, como sucede, en general, con todos los actos procedimentales, preparatorios de una decisión final.

La indicada idea de “ejecutoriedad” permite, además, diferenciar los actos de la Administración de los actos privados (o el derecho administrativo respecto del derecho privado). El criterio contenido en este concepto desplaza un elemento propio de los actos privados, como es la obligación de recurrir al juez para obtener la constatación jurídica del derecho, lo cual no es exigido para los actos administrativos. La ejecutoriedad, vinculada a lo que en Francia se denomina *privilège du préalable*, no es sino una mera consecuencia del ejercicio de una potestad de “creación de normas” que el ordenamiento jurídico le ha asignado a la Administración en tanto poder público¹⁶, ya que el ordenamiento no ha planeado un mecanismo de coparticipación con otro

14 Vid. Chapus, René, *Droit administratif général*, 15 ed, T.I, (Monschrestien), 2001, p. 501.

15 La doctrina más autorizada es conteste en la existencia de esta característica. Vid. por todos, Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, (Editorial Jurídica de Chile), 1995, p. 119; Ferrada Bórquez, Juan Carlos, “Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno”, en *Revista de Derecho*, (Universidad Austral de Chile), 20, 2, 2007, pp. 82 y ss.

Algunos prefieren llamarle a esta misma característica “privilegio de imperio”. Así Boloña Kelly, Germán, *El acto administrativo*, (LexisNexis), 2005, pp. 42 y ss.

Otros, sintetizando estas dos ideas concluyen que “la ejecutoriedad esta relacionada con la imperatividad. La ejecutoriedad es la consecuencia de la imperatividad”. Caldera Delgado, Hugo, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, (Parlamento), 2001, p. 91.

16 Algunos, aludiendo a la misma realidad se refieren al “principio de autoridad” considerándolo como “la verdadera fuente de la llamada imperatividad del acto administrativo recaída en el administrado que se encuentra subordinado a la Administración”. Roffi, Rolando, *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, (Giuffrè) 1982, p. 144. Sobre este proceso de creación de normas vid. Letelier Wartenberg, Raúl, *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, (Civitas/ThomsonReuters) 2011, pp. 52 y ss.

poder del estado para crear el referido acto jurídico¹⁷. Sólo en este sentido puede entenderse la excepción del artículo 51 de la LBPA, cuando indica que los actos administrativos no serán ejecutorios en aquellos casos “en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior”, dando a entender que, en esos casos, el acto administrativo no se encuentra perfecto hasta que se dé esa aprobación o autorización superior. En aquellos casos, las obligaciones y cargas que ese acto impone nacen sólo una vez que se han recabado esas autorizaciones.

Tal como lo hace el Poder Legislativo (y, desde cierta perspectiva, también el poder judicial), la Administración genera normas jurídicas que se completan y se insertan en el ordenamiento jurídico con su sola intervención¹⁸. Así como el Poder Judicial no requiere ninguna permisión especial para sus decisiones, tampoco la Administración Pública requiere autorizaciones para que sus actos se incorporen en el ordenamiento jurídico¹⁹. En Francia este “privilegio” ha sido también denominado *décision exécutoire*²⁰ y, precisamente, el uso de esta denominación es lo que ha hecho que la doctrina española consolide un concepto como el de “privilegio de decisión ejecutoria” o de “privilegio de decisión ejecutiva”²¹ para la misma idea, a fin de enfatizar aquella capacidad de “crear coacción” por parte de la Administración²². Dicha creación de coacción es, como sabemos con claridad por la obra de Hans Kelsen, inherente a la idea de crear preceptos, que, en tanto jurídicos, son evidentemente coercibles.

Esta misma idea de decisión ejecutoria se vincula, además, con la también llamada “autotutela declarativa”, que, aunque enfatizando la independencia administrativa de otros órganos, destaca de mejor forma “la potestad de la Administración de emitir declaraciones o decisiones capaces por sí mismas

17 Esta coparticipación se da cuando el sistema jurídico constriñe a la Administración a tener que comportarse como “parte”, es decir, a tener que recurrir a una instancia judicial para que sea esta la que imponga la sanción. Esta circunstancia se da excepcionalmente en nuestro entorno en materias como acuicultura, aguas, bosques, entre otras, con altas dosis de ineficiencia en la custodia de los deberes públicos.

18 Salvo procesos de coparticipación como el que ejerce el Presidente en la creación de leyes.

19 “La multa –dice Garrido Falla– es una sanción de tipo pecuniario que afecta, por tanto, inmediatamente al patrimonio del transgresor de una norma administrativa”. Garrido Falla, Fernando, “Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, 28, 1959, p. 42.

20 Así, por ejemplo, Laubadère, André de, Venezia, Jean-Claude & Guademet, Ives, *Traité de droit administratif*, 15 ed, T.I, (LGDJ), 1999, p. 769.

21 González Navarro, Francisco, *Derecho Administrativo español*, T. 3, (EUNSA), 1997, p. 443.

22 Caldera Delgado, Hugo, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, (Parlamento), 2001, p. 91.

de modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas”²³. En palabras del propio Hauriou, la Administración tiene el poder de hacer que sus actos entren en vigor, lo que no es otra cosa que aquella capacidad de innovar en el ordenamiento jurídico²⁴.

Pues bien, lo indicado no implica de forma alguna descartar el control contencioso-administrativo, sino sólo posicionarlo en su correcto lugar. Las decisiones desarrolladas en este tipo de procesos no tienen por objeto validar o visar una decisión administrativa. Por el contrario, ellas se desenvuelven dentro de una lógica *ex-post* de control entre poderes del Estado.

Lo que propiamente hacen los jueces que conocen de los recursos de anulación (nulidad de derecho público, reclamaciones contencioso-administrativas especiales, recurso de protección) es extraer normas administrativas del sistema jurídico, porque dichas normas ya se encuentran implantadas en dicho sistema²⁵. Lo mismo, por otra parte, puede hacer la propia Administración Pública cuando invalida un acto administrativo en conformidad al artículo 53 de la LBPA.

En consecuencia, concluir que mientras no exista una sentencia ejecutoriada en un proceso de impugnación contencioso-administrativo, eso implique que el acto administrativo impugnado no se encuentra firme y ejecutoriado, es confundir los planos del control intrapoderes²⁶. Pensemos, por ejemplo, en la acción de nulidad de derecho público. Algunos sostienen que ella no prescribe²⁷, otros que lo hace en 10 años²⁸. Utilizando el primer criterio, ¿significa

23 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, T. I, (Centro de Estudios Ramón Areces), 1988, p. 213.

24 Vid. Hauriou, Maurice, *Précis de Droit administratif*, 4 ed, (Société du recueil général des lois & des arrêts), 1900, pp. 276 y ss.

25 Por todo ello es común encontrar la afirmación de que mientras no haya sido declarado nulo un acto, sus efectos no pueden ser desconocidos por autoridad alguna. Cordero Vega (2003) p. 176. Sobre el mismo razonamiento, pero en materia constitucional, vid. Letelier Wartenberg, Raúl, “Qual è l’efficacia della legge incostituzionale prima della dichiarazione d’incostituzionalità per opera delle Corti costituzionali?”, en *Tipologie ed effetti temporali dell’incostituzionalità*, (Edizioni Scientifiche Italiane), 2014, pp. 105 y ss.

26 En este sentido, bien vale lo expresado por Lorenzo Martín-Retortillo cuando indica que “la imposición de una multa administrativa implica la puesta en marcha de un acto administrativo. Es importante recalcar –continúa– el carácter de acto administrativo, de donde resulta, por el contrario, que no se trata de un acto jurisdiccional, aunque como tal acto administrativo, la multa –salvo supuestos excepcionales– tenga luego acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa”. Martín-Retortillo, Lorenzo, “Multas Administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, 76, 1976, p. 12.

27 Y la jurisprudencia dominante precisamente sostiene esto. Vid., por todos, Corte Suprema, Rol 852-2000, *Aedo con Fisco de Chile*, sentencia de fecha 27 de noviembre de 2000.

28 Vid. Bermúdez Soto, Jorge, “Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos: ¿qué queda de la nulidad de derecho público?”, en *Revista de Derecho*, (Universidad Austral de Chile), 23, I, 2010, pp. 103 y ss.

ello que nunca el acto sancionatorio está firme o ejecutoriado por proceder siempre aquella nulidad? Naturalmente que no. La ejecutoriedad – y esto es lo más relevante – se verifica en cada poder del Estado y se explica por la aptitud que cada uno de ellos tiene –precisamente por ser poder– de producir normas jurídicas²⁹. Las leyes, bien podríamos decir, son ejecutorias –esto es, imponen cargas u obligaciones– una vez que se cumple el procedimiento legislativo de creación, aun cuando dichas normas puedan ser susceptibles de ser eliminadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias judiciales son ejecutorias una vez que termina el procedimiento de su gestación y lo mismo sucede con los actos administrativos.

De esa manera, una vez terminado el procedimiento administrativo, y salvo que se haya establecido expresamente la coparticipación de otro órgano, el acto administrativo es ejecutorio, es decir, genera de manera directa e inmediata obligaciones o cargas en el patrimonio de los administrados a quienes afecte³⁰.

En paralelo a esta idea de ejecutoriedad –y esto es lo que muchas veces se confunde³¹– encontramos también el concepto de “ejecutividad”, que dice relación con la fecha en que los actos administrativos despliegan los efectos que le son propios. Mientras la ejecutoriedad se vincula con la capacidad de crear cargas, obligaciones o derechos, la ejecutividad dice relación con la eficacia de ellas. La regla jurídica que disciplina la ejecutividad se encuentra en el artículo 51 inciso segundo de la LBPA, cuando expresa que “los decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general”. En igual sentido, el capítulo III de la referida ley denominado “publicidad y ejecutividad de los actos administrativos”, se refiere expresamente a estas situaciones. Además de estos casos, pueden darse otros en que la ejecutividad del acto administrativo podría

29 En efecto, el procedimiento administrativo consiste en que la administración pública produzca una decisión y no que ella sea sólo una parte (como lo sería una instancia) de una decisión judicial. En este sentido el artículo 8 de la LBPA establece que “todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto *decisorio* que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese *su voluntad*.” La ejecutoriedad, así, se da en el acto terminal. En esta misma línea de pensamiento, Cordero Vega, Luis, “El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador. Comentarios a las sentencias de la Corte Suprema del año 2010”, en Anuario de Derecho Público UDP, 2011, p. 250.

30 En el mismo sentido, Bermúdez Soto, Jorge, “Elementos para definir las sanciones administrativas”, en Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998, pp. 326-327.

31 Así, por ejemplo, Cordero Quinzacara, Eduardo, “La eficacia, extinción y ejecución de los actos administrativos en la Ley N° 19.880”, en *Acto y procedimiento administrativo*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2006, p. 117.

suspenderse. Ello sucede, por ejemplo, cuando las obligaciones creadas por el acto administrativo están sujetas a un plazo o cuando el acto demora su propia eficacia. Acontece igual cosa, cuando la propia ley suspende –como medida de cautela– los efectos del acto administrativo hasta que, por ejemplo, se resuelvan los recursos contencioso-administrativos que pudiesen haberse interpuesto. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso del artículo 30 de la Ley de Orgánica de la SVS cuando se indica que “deducida oportunamente la reclamación, se suspenderá el plazo establecido para el pago de la multa”. Esta suspensión del cobro afecta la eficacia del acto (o su ejecutividad), más no su ejecutoriedad, dado que la obligación creada por ese acto ya ha nacido a la vida jurídica. Esta conclusión, como podrá verse, es bastante obvia, porque solo puede suspenderse una obligación ya nacida, que en el caso referido es la de pagar la cantidad de dinero que implica la multa. El hecho de que la obligación de pago de la multa ya ha sido creada, es claro en el ejemplo referido. Resulta inexplicable que no se exija al menos su pago parcial para efectos de la reclamación como expresamente lo dispone el artículo 30 inciso 2° de la Ley orgánica de la SVS. Así también sería inexplicable que, de conformidad al inciso 3° de la misma norma, aún deducida la reclamación, la multa generará intereses a contar “del undécimo día de notificada *la resolución de la Superintendencia que aplicó la multa*”.

Si en algo se diferencian las sanciones administrativas de las penales es que precisamente las primeras son impuestas por un órgano administrativo causando ejecutoria una vez que ha terminado la vía administrativa, mientras que la sanción penal la imponen los tribunales, causando ejecutoria sólo una vez que concluye la vía judicial³². Por ello es que cuando la sentencia penal firme y ejecutoriada impone una pena (pecuniaria, por ejemplo), sólo desde ese momento la obligación se encuentra creada en el patrimonio del deudor y desde ahí resulta exigible. Pues bien, lo mismo pasa en sede administrativa, ya que desde que la sanción emerge de la vía administrativa comienzan a deberse, por ejemplo, los intereses por la mora.

32 “Es injusto penal –sostiene Bajo Fernández– el castigado por los jueces, mediante penas criminales entendidas así por las leyes penales y en aplicación de un procedimiento criminal. Es administrativo aquel injusto que es castigado por órganos administrativos, con sanciones administrativas, aunque fueran punitivas o retributivas, y mediante un procedimiento administrativo”. Bajo Fernández, Miguel, “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal”, en *InDret*, 3, 2008, p. 2. Sobre las diferencias entre la *iurisdictio* y la actividad administrativa de adjudicación vid. Bordalí Salamanca, Andrés y Ferrada Bórquez, Juan Carlos, “Las facultades juzgadoras de la Administración: una involución en relación al principio clásico de la división de poderes”, en *Revista de Derecho*, (Universidad Austral de Chile), 13, 2002, pp. 187 y ss. También, Cordero Quinzacara, Eduardo, *Derecho Administrativo Sancionador*, (Legal Publishing), 2014, pp. III y ss.

Este es el error que comete alguna doctrina cuando sostiene que la fase administrativa esta indisolublemente ligada a la judicial, de forma tal que las obligaciones sólo nacen una vez que se han resuelto los recursos contencioso-administrativos³³. Con ello, en verdad, solo se pretende quitarle al acto administrativo la capacidad de generar obligaciones para así sujetarlo a una autorización posterior del órgano judicial; un requisito totalmente ajeno al sistema constitucional chileno. Algún autor ha sostenido que la Contraloría General de la República habría exigido esa autorización para entender ejecutivo un acto administrativo. Sin embargo, un análisis atento de los principales dictámenes al respecto lleva precisamente a la conclusión contraria³⁴.

33 Vid., por todos, Mendoza Zúñiga, Ramiro, “Acerca del principio general de intransmisibilidad de las multas y en particular cuando ellas no se encuentran ejecutoriadas”, en *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo*, (Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás), 2005, pp. 127 y ss. En el mismo error incurre Alcalde Rodríguez, Enrique, “Algunas consideraciones en torno a la identidad sustancial entre la sanción penal y la pena administrativa”, en *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, (Legal Publishing), 2009, p. 806.

34 En cuanto a lo sostenido por Mendoza Zúñiga, Ramiro, op. cit., La CGR no apoyaba su posición, a lo menos, en relación a las fuentes que este autor cita. En efecto, si vemos con atención el texto de los dictámenes referidos, nos daremos cuenta de lo que ellos realmente sostienen. Así, en respaldo de su tesis de que los actos sancionatorios no estarían completos, sino hasta el término de la fase judicial, se cita el Dictamen 25.205 de 1985 (*Ibidem*, p. 151). Este parecer indica, en lo que es su cita completa, que “los decretos y resoluciones solo pueden surtir efectos una vez cumplida su total tramitación [hasta aquí la cita de Mendoza], salvo texto legal expreso en contrario, *entendiéndose en este caso como tramitación total el hecho de la publicación*, al tratarse de un decreto que modifica plazo de pago de impuesto municipal, lo que afecta a un número indeterminado de personas y cuya transcripción fue expresamente ordenada por el Presidente de la República circunstancia de tratarse de un decreto modificatorio de otro referido a la misma materia no altera principio de vigencia analizado” (destacado añadido). Como se puede apreciar, la completa tramitación no incluye el proceso contencioso-administrativo, sino que solo la finalización del procedimiento administrativo que, en este caso, concluye con la publicación del decreto. Lo mismo sucede con su otra cita, la del Dictamen 43.187 de 2003 (*Ibidem*, p. 151), en donde se afirma que “el pago de la indemnización procede *inmediatamente de notificado el funcionario* del cese en el cargo por aplicación de la causal de ley 18.883[...]”. Nuevamente se indica que el acto es perfecto cuando termina el *procedimiento administrativo*, que en este caso particular requiere, para su finalización, la notificación al afectado del contenido del acto administrativo. Otro de los dictámenes citados para fundar sus conclusiones es el 32.934 (*Ibidem*, p. 151). En efecto, se hace referencia a este dictamen, indicando que “las multas sólo quedan a firme cuando han transcurrido los plazos para el ejercicio de los recursos”, dándose a entender con ello que el dictamen se referiría a los recursos jurisdiccionales. Sin embargo, lo que indica ese dictamen es otra cosa. Así, este pronunciamiento establece que “acorde los artículos 34 y 35 del decreto citado, contra las resoluciones del Secretario Regional Ministerial se puede apelar *ante el subsecretario de Educación*, dentro de 15 días hábiles contados desde la notificación al interesado, *transcurrido el cual el acto administrativo sancionatorio queda a firme*”. Los recursos de los que habla el Dictamen, entonces, son los administrativos y no los jurisdiccionales. Es decir, indica el referido parecer, que para que un acto administrativo sancionatorio quede ejecutivo, lo que se debe agotar es el procedimiento administrativo y no el proceso jurisdiccional contencioso-administrativo. En este sentido, este dictamen es bastante claro cuando estima que pasado el plazo del específico recurso administrativo “se entiende a firme el acto administrativo que impuso la sanción”. Finalmente, lo mismo sucede con el Dictamen 27.244 de 1982, también citado por Mendoza (*Ibidem*). Se trae a colación para justificar “que sólo respecto de los *condenados definitivamente* al pago de una multa por infringir la legislación que le corresponde fiscalizar a un servicio pueden ejercerse medidas de apremio”. La lectura pareciera inducirnos a creer que esa condena definitiva es la que se produce con una sentencia jurisdiccional. Sin embargo, aquella condena definitiva a que se refiere el dictamen dice relación con la condena final en sede administrativa: si la ley da un plazo de 5 días para que se pague la

Volviendo a nuestro ejemplo, la obligación de pago contenida en la sanción administrativa emerge finalizado el procedimiento administrativo sancionatorio, por lo que la muerte del sancionado no debiese impedir que la deuda se transmita a sus herederos. Y esto sólo por razones sistémicas. No es este el momento de abordar un tópico como el de la aplicación de la garantía de personalidad de la pena al ámbito administrativo (aplicable ahora al procedimiento administrativo sancionatorio), sobre todo cuando lo que se aplica son sanciones que tienen como efecto la neutralización de los daños ocasionados con la infracción. Sólo cabe indicar que autores incluso favorables a la aplicación de garantías penales a las sanciones administrativas son conscientes que aquel principio de personalidad de la pena debiese tener una fuerte atenuación en el ámbito administrativo, precisamente por la inexistencia en estas últimas de una función de retribución moral que pretenda una suerte de “aflicción (o mortificación) de la personalidad de alguno”. Dicen textualmente los autores referidos: “Su personalidad ético social, su status civil y social, no sufre ninguna *deminutio*”. “La consecuencia negativa de la pena no va más allá de la esfera patrimonial, o, a lo más, no incide más allá de su esfera jurídica”³⁵.

Por otra parte, sólo de la manera en que se viene justificando es posible cumplir con los fines disuasorios de la sanción. Este efecto opera cuando el precio de la sanción se internaliza en los costos de operación de las acciones infractoras que la motivan. Así, si puedo ilícitamente obtener ganancias por un determinado monto y producto de ese delito tendré una sanción mínima, el castigo monetario no logrará sus fines disuasorios, sino que incluso generará incentivos para cometer los ilícitos. En el ejemplo referido, el monto de la sanción (UF 400.000) es una muestra patente que ella persigue el fin disuasorio mediante la eliminación de los incentivos que la conducta ilícita genera, o dicho de otro modo, pretende enervar el fraudulento acrecimiento del patrimonio del infractor. Esta eliminación se desarrolla mediante la generación de una obligación jurídica de pago de la cantidad señalada, la que provoca una disminución de aquellas ganancias ilícitamente conseguidas. La justificación de estas multas tan elevadas no es otra –como bien explica Huergo– que la

multa no pueden aplicarse medidas de apremio antes de ese plazo. Como se ve, todo esto se desarrolla dentro del procedimiento administrativo y no en la sede jurisdiccional.

35 Sandulli, María Alessandra, *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedurali*, (Jovene), 1983, p. 97. Por ello, la Corte Costituzionale italiana ha resuelto de forma sostenida que “il principio di personalità della pena opera esclusivamente nei confronti delle pene vere e proprie e non ha alcuna attinenza con le sanzioni di altra natura” (Corte Cos. ord. 10 de diciembre de 1987, n. 502).

necesidad de generar una fuerte disuasión para que estas conductas no puedan repetirse en el futuro y que los beneficios que por ellas se consigan sean enervados por estas multas³⁶.

Por lo demás, esta idea de transmisibilidad de la obligación pecuniaria impuesta por la multa es la regla general también en el derecho penal. Una vez que la multa ha sido impuesta –en ese caso por el Poder Judicial– ella genera una obligación de pago que se inserta en el patrimonio del afectado y que es claramente transmisible a sus herederos. Así lo establece expresamente el artículo 93 n° 1 de nuestro Código Penal. Lo mismo es refrendado por nuestra doctrina, cuando el penalista Luis Alfredo Etcheberry, por ejemplo, expresa que “si al momento de fallecer el reo existía ya sentencia ejecutoriada que imponía las penas de multa o comiso, ellas se llevan a efecto sobre los bienes del fallecido o los instrumentos y efectos del delito, respectivamente”³⁷.

La sentencia en el caso Mackenna vino a corregir fuertemente la errada doctrina del caso Zegers y de paso vino a alzarse como el *leading case* en materia sancionatoria.

En efecto, si antes se predicaba la aplicación “con matices” de las garantías penales al ámbito administrativo, ahora se enfatiza la total subordinación de cualquier norma que establezca garantías procedimentales a los específicos fines del Derecho Administrativo. “[T]al aplicación –dice la sentencia– debe efectuarse dentro de los márgenes del procedimiento administrativo en general y del sancionatorio en particular, sin perder de vista el contexto que tuvo en vista el legislador para optar por una u otra sanción”. “[E]l recurso a los principios del derecho penal no debe llevar a la desnaturalización de la potestad administrativa sancionatoria, de tal manera que con ello se desconozca la intención y fines que el legislador tuvo en consideración al momento de recurrir a ella para dotar de eficacia a las instituciones jurídicas que establece con ocasión de la regulación de las distintas materias”³⁸.

Y, además, en lo que a nuestro tema respecta, la decisión de la Corte Suprema es certera, sin ambivalencias y tremendamente sólida³⁹. En cuanto a

36 Vid. Huergo Lora, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, (Iustel), 2007, p. 156 y ss.

37 Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal*, 3 ed, T. 2 (Editorial Jurídica de Chile), 1998, p. 247; o Labatut, Gustavo, *Derecho Penal*, 9 ed, T. I, (Editorial Jurídica de Chile), 2007, p. 297.

38 “[N]o corresponde aplicar, de manera categórica y automática, el estatuto jurídico de las sanciones penales, sino que cuando se pretenda hacer aplicación de dicho estatuto, se debe tener en cuenta aquellos aspectos del derecho administrativo sancionador que le confieren a esta rama una fisonomía propia y que justifican su regulación autónoma en relación con el derecho penal”.

39 Y lo es, también porque en ella se hace mención expresa –conducta lamentablemente no habitual en

la sanción administrativa, indica el máximo tribunal que ella “se materializa con el acto administrativo dictado por aquel órgano administrativo al que el ordenamiento jurídico reconoce y autoriza para ejercer un poder punitivo y coercitivo de modo directo, como un instrumento concreto y eficaz para la satisfacción del interés general y la protección de ciertos bienes jurídicos que en determinados casos deben prevalecer sobre intereses particulares o privados, lo que en ningún caso es óbice para el control que de su ejercicio puedan hacer los tribunales de justicia [...]”.

Corolario de todo esto es la conclusión final de la Corte Suprema. Luego de referirse a la distinción entre ejecutoriedad y ejecutividad, en la misma línea que hemos comentado, concluye que “todos los actos administrativos –incluidos los sancionatorios, por cierto– producen sus efectos de manera inmediata, sus consecuencias jurídicas y materiales se radican en el patrimonio del administrado desde el momento mismo de su notificación...”.

Y agrega la Corte:

“[...] y, una vez notificado, la Administración puede exigir su cumplimiento, incluso antes de que la persona sancionada reclame de la legalidad del acto, salvo que la ley o el juez suspendan dicha exigibilidad –es decir, su eficacia, en términos de ejecutividad– pero tal suspensión no dice relación con que los efectos del acto no se producen –esto es, no afecta su ejecutoriedad–, sino que, por el contrario, ellos se encuentran plenamente incorporados en el patrimonio del deudor desde su notificación y permanecen en tanto el juez que conozca de la reclamación no declare la ilegalidad del acto respectivo”.

Y concluye la Corte:

“Que de esta manera el acto administrativo que aplicó la multa al Sr. Mackenna produjo sus efectos de manera inmediata, esto es, en el acto de su notificación aquél pasó a ser deudor de la multa y tal obligación se incorporó a su patrimonio, de lo que se sigue que el cumplimiento de la obligación allí contenida podía –y aún puede– serle exigido a contar del día de su notificación, a menos que la ley disponga la suspensión de la exigibilidad de aquella”.

La difundida, pero a la vez errónea aplicación de garantías penales a las sanciones administrativas, pretendía privar a los actos administrativos de su contenido normativo, colocando a la justicia contencioso-administrativa no como una instancia de revisión de normas ya existentes, sino como una instancia de cogeneración normativa. Ello, a todas luces, desvirtuaba el sistema

nuestra jurisprudencia– del cambio de criterio en relación al anterior caso Zegers.

de reparto de poderes creado por nuestro sistema jurídico. La Corte Suprema lo ha evitado, realizando un gran aporte a lo que ya puede ir llamándose *un nuevo Derecho Administrativo sancionador*.

CRITERIOS DE REVISIÓN DE LA CORTE SUPREMA ANTE LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES QUE SON OBJETO DE CASACIÓN

*Tomás Darricades S.*¹

*Dominique Hervé E.*²

*Emanuel Ibarra S.*³

Introducción

A más de dos años de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.600 de 2012, que crea los Tribunales Ambientales, es posible ya realizar un análisis de los distintos fallos emitidos por la Corte Suprema, en conocimiento de los diversos recursos de casación interpuestos en contra de las sentencias definitivas dictadas por el Segundo y el Tercer Tribunal Ambiental. Sin perjuicio de lo anterior, hasta la fecha de esta publicación⁴, solo cinco sentencias de casación han sido dictadas por la Excm. Corte Suprema⁵, y dos de ellas en los días previos al cierre de este trabajo. Lo anterior, sin duda, impide establecer criterios asentados de revisión por parte del máximo tribunal. Sin embargo, sí resulta posible analizar similitudes y diferencias de los criterios aplicados entre las sentencias de casación ya emitidas. Tal es el propósito de estos comentarios: exponer el contenido de las sentencias dictadas por la Corte Suprema y elaborar algunas conclusiones en torno a los criterios utilizados por dicho tribunal. Se exponen a continuación, en orden cronológico, las sentencias que son objeto de este análisis.

1 Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile.

2 Abogada, Universidad de Chile. Profesora de derecho ambiental, Universidad Diego Portales.

3 Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile.

4 Este artículo consideró las sentencias de casación emitidas hasta el 30 de abril de 2015.

5 En estricto rigor, son 6 sentencias, sin embargo dos se pronuncian sobre los mismos temas por lo que fueron tratadas en este artículo como una sola sentencia (ver caso SQM).

1. Sentencia de la Excma. Corte Suprema dictada en la causa Rol N° 7451-2013: Caso “Concesión Ruta 68-Camino De La Fruta”

1.1. Resumen del caso⁶

Sergio Reiss Greenwood, en el marco del proceso de evaluación ambiental del proyecto “Concesión Ruta 66-Camino la fruta” –cuyo titular es el Ministerio de Obras Públicas (en adelante, “MOP”)–, interpone reclamación ante el Segundo Tribunal Ambiental (en adelante, “Segundo TA”) en contra de la Resolución Exenta, N° 254 de 2013, de la dirección ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, “SEA”), que rechazó la solicitud de invalidación presentada en contra de los ICSARAS⁷ N° 1 y 2, y contra la Resolución N° 894 de 2011, a través de la cual se declaró reserva de información a petición del MOP.

El reclamante sostiene que se evaluó un proyecto que carece de información relevante o esencial, procediendo el Servicio de Evaluación Ambiental a dictar los ICSARAS N° 1 y 2, en circunstancias que lo procedente, jurídicamente, era la dictación de una resolución de término anticipado. La información relevante y ausente en este caso, dice relación con diversas obras accesorias a la autopista, como son las áreas generales de servicios o las plazas de peaje. A juicio del reclamante, la ausencia de esta información impediría identificar en forma correcta y adecuada la línea de base del proyecto, evaluar sus impactos, determinar las medidas de mitigación, reparación o compensación necesarias y acreditar el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable.

Agrega, también, que la Dirección Ejecutiva del SEA accedió de manera ilegal a una solicitud de reserva de información, infringiendo lo dispuesto en el artículo 56 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, “SEIA”). Dicha reserva afectó antecedentes que se refieren a las emisiones atmosféricas y de ruido generadas por el proyecto, que están directamente relacionados con los efectos, características o circunstancias, establecidos en el artículo 11 de la Ley N° 19.300, cuya presencia o generación originó, precisamente, la obligación al MOP de presentar un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, “EIA”).

6 Parte de la información que aquí se expone se obtiene del trabajo previo titulado “Identificación, Sistematización y Análisis de causas ante el Segundo Tribunal Ambiental”, año 2013, elaborado por el Programa de Derecho y Política Ambiental de la Universidad Diego Portales.

7 Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones

La reserva fue solicitada por el Director General de Obras Públicas, y recayó sobre los antecedentes técnicos correspondientes a las proyecciones de los flujos vehiculares para la etapa de operación del Proyecto, para lo cual se debía sustraer del conocimiento público los Anexos del EIA relativos a los estudios de calidad de aire y ruido y vibraciones. Dicha solicitud se acogió mediante RE N° 894 de 2011, invocando el artículo 27 de la Ley N° 19.300, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, “LBGMA”).

El Segundo Tribunal Ambiental señala, en su sentencia de 16 de agosto de 2013⁸, que debe desecharse la alegación del recurrido (Director Ejecutivo del SEA), en cuanto a que la reclamación interpuesta se refiere a cuestiones diversas a las alegadas en sede administrativa mediante la solicitud de invalidación, al comprender la reclamación ante el Tribunal Ambiental la petición de que se deje sin efecto la Resolución de Calificación Ambiental (en adelante, “RCA”), cuestión no comprendida en la invalidación ante el SEA. Frente a esta alegación el Segundo TA dice que no podía la solicitud de invalidación ante el SEA comprender dicha petición, pues a la fecha de su interposición no se había dictado la RCA.

Por otra parte, el director ejecutivo del SEA alega que la buena fe es un límite frente a la potestad invalidatoria de la Administración, haciendo valer la buena fe de la Sociedad Concesionaria La Fruta (actual titular de la RCA). El Segundo TA señala al respecto que la buena fe, como límite a la invalidación, encuentra su fundamento en los principios de certeza y seguridad jurídica, y que esto se verifica solo ante situaciones jurídicas consolidadas que se han generado sobre la base de la confianza en el actuar de la Administración. En seguida, el tribunal añade que esto último no ocurre en el presente caso, pues el proceso de evaluación ambiental aún no concluye, por encontrarse pendientes la resolución de la presente reclamación judicial y el pronunciamiento del Comité de Ministros, respecto de otras dos reclamaciones administrativas contra la RCA.

El Segundo TA se refiere a la relevancia que tiene la Resolución Exenta N° 894, de 22 de noviembre de 2011, que acoge la solicitud de reserva por parte del MOP, la cual recayó sobre las proyecciones de los flujos vehiculares para la fase de operación del proyecto, contenidas en los anexos C y D relativos a los estudios de calidad de aire y ruido del EIA, respectivamente. En relación a los fundamentos del acto que acoge la reserva, señala el Segundo TA que el director ejecutivo del SEA se limita a afirmar que la solicitud de reserva “tiene por

8 Segundo Tribunal Ambiental, Rol N° 05-2013, sentencia de fecha 16 de agosto de 2013.

objeto sustraer del conocimiento público la precitada información, con el fin de evitar posibles indemnizaciones económicas a la Sociedad Concesionaria, en caso que esta perciba menores ingresos a los determinados en los estudios de demanda realizados por el Estado”, y que “la información cuya reserva solicita el proponente es susceptible de ser mantenida en reserva, conforme a lo señalado en la norma recién citada (art. 27 LBMA), por constituir información comercial estratégica para aquel”.

Concluye el Tribunal que los motivos expuestos para justificar la reserva no permiten explicar el supuesto riesgo de posibles indemnizaciones económicas, y que no tenía sentido alguno mantener tal información fuera del conocimiento público. Sostiene, incluso, que en el caso de que el riesgo de eventuales indemnizaciones estuviera suficientemente justificado y explicado, igualmente la Resolución Exenta N° 894 no da cuenta de la relación existente entre dicho riesgo y la causal del artículo 27 de la Ley N° 19.300 relativa al resguardo de los intereses comerciales, pues “para ello, hubiera sido necesario que la Dirección Ejecutiva del SEA ponderara la reserva en relación a la participación ciudadana informada, obligación que deriva de lo prescrito en los arts. 26 y 27 de la Ley 19.300, y 55 y 56 del RSEIA”.

Enfatiza el Segundo TA la necesidad de ponderar la finalidad de la reserva y el resguardo del interés público que existe tras una participación ciudadana informada. Al efecto sostiene: “Por un lado, es posible entender que la reserva solicitada por el MOP buscaba alcanzar su objetivo –la construcción y operación de una obra pública de infraestructura– al menor costo posible, pues eventuales indemnizaciones harían más costosa la autopista. Sin embargo, la reserva debe entenderse como una excepción y como una norma de derecho estricto, por cuanto lo que se sacrifica a su favor es la participación ciudadana informada, y por consiguiente exige un esfuerzo adicional de justificación para dar lugar a la misma”.

El Segundo TA analiza, en especial, la relevancia que actualmente tiene la participación ciudadana informada en el SEIA, concluyendo que ésta constituye “no sólo un principio general sino un requerimiento sustantivo e insustituible cuya facilitación es elevada, a mayor abundamiento en el art. 4° de la Ley 19.300, a ‘deber del Estado’”. Se refiere el Segundo TA a que existe una relación entre participación, información y reserva, la cual debe ser adecuadamente ponderada y protegida. Señala, asimismo, el Segundo TA que, además de ser un derecho, “la participación ciudadana informada es una cuestión necesaria, aunque no suficiente, para alcanzar lo que el marco analítico

conocido como justicia ambiental denomina justicia distributiva. Para que la distribución de cargas y beneficios ambientales sea equitativa y proporcional, es, en efecto, previo y necesario que exista justicia participativa, la que está dirigida a garantizar que las consecuencias de una determinada actividad sean el resultado de la participación deliberativa de todos los afectados por ella”.

Sostiene, entonces, que la información acerca de los flujos vehiculares es imprescindible para que la ciudadanía pueda consultar y conocer adecuadamente, entre otros impactos negativos, el nivel de ruido y de repercusión en la calidad de aire, que podría generar el proyecto. Explica, también, la forma en que en este caso en concreto se manifiesta la relevancia de dicha información, en lo que se refiere a la participación ciudadana y como la decisión administrativa del director ejecutivo de decretar la reserva, no está correcta ni suficientemente fundada, en particular por ausencia de ponderación de sus efectos, en especial en relación al artículo 56 del Reglamento del SEIA.

Señala, además, que con la falta de fundamento de la Resolución N° 894, al no ponderarse de manera adecuada la finalidad de la participación ciudadana y la reserva, se incurrió en ocultamiento de información de manera ilegal, lo que lleva a analizar si el acto debe o no sobrevivir a su ilegalidad. Sostiene que procede su invalidación, ya que aun tratándose de un acto trámite “sí produjo indefensión del Titular del Proyecto así como indefensión de la comunidad afectada por la construcción de la autopista”. Finalmente, señala que si bien la invalidación de un acto trámite podría evitar la nulidad de los actos posteriores, en este caso “alcanza a todo el procedimiento de evaluación ambiental seguido con posterioridad”.

Por último, estima que no es necesario pronunciarse sobre el resto de las alegaciones de forma sustantiva, porque la consecuencia necesaria de la invalidación de la RE N° 894 es la nulidad de todo el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto. Adicionalmente, señala que los ICSARAS N° 1 y 2 son actos trámites que no dejan en la indefensión, porque todavía era posible enfrentarlos mediante el cuestionamiento de la RCA, lo cual consta de la reclamación pendiente ante el Comité de Ministros.

Por lo tanto, el Segundo TA acoge la reclamación en contra de la RE N° 254, de 22 de marzo de 2013, y deja sin efecto la RE N° 894, de 22 de noviembre de 2011, del director ejecutivo del SEA, y todo el procedimiento administrativo posterior, ordenando, en consecuencia, que se retrotraiga al momento inmediatamente anterior al de la dictación de la RE N° 894, que accedió a la petición de reserva solicitada por la Dirección General de Obras Públicas.

1.2. Sentencia de la Excma. Corte Suprema⁹

La Corte Suprema en su sentencia de 26 de junio de 2014, al pronunciarse sobre el recurso de casación en la forma y en el fondo, interpuesto por el director ejecutivo del SEA contra la sentencia del Segundo TA, sostiene que existe contradicción en la sentencia impugnada en relación al concepto de indefensión como requisito legal para establecer la impugnabilidad de un acto trámite. En efecto, la contradicción se plantea al afirmar que la RE N° 894 produjo indefensión tanto al titular del proyecto como a la comunidad afectada, en razón de su inexistente –defectuosa o no informada– participación, y al mismo tiempo sostener que los ICSARAS N° 1 y 2 son actos trámites que no producen indefensión al estar impugnados ante el Comité de Ministros del SEA. La contradicción surge dado que tanto la RE N° 894 como los ICSARAS N° 1 y 2, se incluyen como fundamentos del recurso de reclamación administrativo presentado por Sergio Reiss en contra de la RCA N° 255/2013, sometido al conocimiento del Comité de Ministros, y que se encuentra pendiente. Por otra parte, al pronunciarse el Segundo TA respecto de la buena fe como límite de la potestad invalidatoria y señalar que no procede acogerla, en razón de no existir una situación consolidada (debido a que se encuentra pendiente el pronunciamiento del Comité de Ministros, respecto de dos reclamaciones administrativas contra la RCA), la Corte estima que incurre también en contradicción al declarar la nulidad de la RE N° 894 sobre la cual no existía situación jurídica consolidada.

Sostiene que si el fallo contiene razonamientos incompatibles entre sí, se produce una anulación de antecedentes y de raciocinio, lo que implica que la sentencia carece de motivaciones y fundamentos, configurándose el vicio de nulidad formal contemplado en el artículo 26, inciso 4 de la Ley N° 20.600. De esta manera acoge el recurso de casación y dicta sentencia de reemplazo.

Dicha sentencia de reemplazo establece que el reclamante solicita, con fecha 15 de marzo de 2013, al Segundo TA, la invalidación, por un lado, de los actos administrativos cuya anulación le fue denegada por la resolución reclamada (RE N° 254/2013) y, por el otro, de la RCA favorable al proyecto (RE N° 255/2013). A su vez, el 4 de junio de 2013, el mismo reclamante deduce recurso de reclamación ante el Comité de Ministros en contra de la RE N° 255/2013, en cuyos fundamentos incluye, entre otros, la reserva de información a que se accedió en la RE N° 894/2011. El Comité de Ministros suspendió

9 Corte Suprema, Rol N° 7451-2013, sentencia de fecha 26 de junio de 2014.

el conocimiento de la reclamación hasta que se resolviera esta causa ante el Segundo TA.

Razona la Corte, que el legislador ha establecido una acción de reclamación administrativa especial en contra de la RCA ante el Comité de Ministros, tanto para el titular del proyecto como para cualquier persona que hubiere formulado observaciones durante el proceso de evaluación ambiental.

Señala, además, que el principio procedimental de orden consecutivo legal, recogido por el legislador al establecer la competencia del Tribunal Ambiental, exige que el conocimiento de las reclamaciones interpuestas ante el Comité de Ministros y las que se interpongan ante el TA, debe realizarse conforme a un ordenamiento que permita concluir la tramitación del asunto ante la judicatura, esto es, que la decisión definitiva de la cuestión se entregue al órgano jurisdiccional y no a una autoridad administrativa, como acontecería en este caso si se resuelve la reclamación ante el Comité de Ministros, una vez fallados los recursos de casación sometidos al conocimiento de la Corte Suprema. Esta concatenación de hechos es inadmisibles, sostiene la Corte¹⁰, ya que el contencioso administrativo establecido por las leyes N° 19.300 y N° 20.600 tiene por fin sujetar la actividad de la administración del Estado al control del órgano jurisdiccional y no a la inversa.

Por lo tanto, la Corte afirma que el Segundo TA no tiene competencia para pronunciarse sobre la reclamación de Sergio Reiss en la que se solicita la invalidación de la RCA, sin que antes se resuelva la que formuló el mismo reclamante ante el Comité de Ministros, “pues exigencias de racionalidad, eficiencia, economía procesal y la naturaleza del contencioso-administrativo de que se trata así lo requieren”¹¹.

Concluye, entonces la Corte, que por existir una acción administrativa especial pendiente, es dicha vía la que se ha debido seguir para solucionar el conflicto. El Comité de Ministros representa, necesariamente, la última y definitiva etapa del procedimiento administrativo, de modo que solo una vez conocida su decisión sobre el particular (la que supone una revisión de mérito y de la legalidad de la decisión reclamada) tendrá cabida la intervención jurisdiccional. De lo contrario, podría darse la existencia de decisiones contradictorias emanadas de dos poderes del Estado, escenario que debe ser evitado. De esta manera, no ha lugar a la reclamación deducida por el señor Sergio Reiss.

¹⁰ *Ibíd.*, sentencia de reemplazo, considerando 5°.

¹¹ *Ibíd.*, sentencia de reemplazo, considerando 7°.

1.3. Análisis de lo resuelto

En este caso, la Corte Suprema no se pronuncia sobre el fondo del asunto resuelto por el Segundo TA, o sea, en relación a la procedencia de la reserva de información frente al acceso a la información y la participación ciudadana. En efecto, la sentencia del Segundo TA discurre fundamentalmente en torno a la ponderación entre dos instituciones jurídicas, la de la reserva de información y la del acceso a la misma y la participación ciudadana. Pero, el razonamiento de la Corte se centra en la diferenciación entre el procedimiento administrativo creado por la ley en materia de evaluación de impacto ambiental y el jurisdiccional seguido ante los Tribunales Ambientales, los que concluyen con el pronunciamiento de la Corte Suprema en caso que se interponga la casación.

En este sentido, la Corte Suprema es clara y sostiene que la última palabra la debe tener la sede jurisdiccional, de manera que todo el proceso seguido ante el Segundo TA no es válido, puesto que no se había concluido previamente con el procedimiento administrativo de evaluación ambiental, al encontrarse pendientes los recursos de reclamación administrativos en contra de la RCA del proyecto en cuestión. La Corte Suprema entonces, llama a agotar la vía administrativa.

Como se verá más adelante –al analizar la sentencia del Caso Pascua Lama–, la Corte también se pronuncia sobre la relación entre el procedimiento administrativo que se conoce por la Administración y el contencioso-administrativo, llevado adelante ante los Tribunales Ambientales. Sin embargo, en el caso Pascua Lama considerará que ambos procedimientos se encuentran indisolublemente unidos, en cambio, en el caso analizado, los separa y resalta su diferencia e independencia.

2.Sentencia de la Excm. Corte Suprema dictada en la causa Rol N° 16.706-2014: Caso Tres Bocas, Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter

2.1. Resumen del caso

Con fecha 14 de febrero de 2014, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “SMA”) dictó la RE N° 98, en virtud de la cual requirió –bajo apercibimiento de sanción– el ingreso al SEIA del proyecto “Loteo Riberas de La Dehesa”, de propiedad de Carlos Montoya Villarroel, ubicado en el predio Tres Bocas, dentro del Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter, en la Región de Los Ríos. El proyecto consistía en la subdivisión y loteo de un predio

para su posterior urbanización, con el objeto de vender parcelas de agrado que contarían con un entorno natural privilegiado. A juicio de la SMA, el proyecto debía ingresar al SEIA antes de que se comenzara a ejecutar, pues se llevaría a cabo en un Santuario de la Naturaleza¹².

El predio Tres Bocas, corresponde a una isla rodeada por los ríos Cruces y Chorocamayo dentro del Santuario Carlos Anwandter que, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo N° 2734, de 1981, del Ministerio de Educación, es declarado como Santuario de la Naturaleza tanto “el lecho, islas y zonas de inundación del Río Cruces y Chorocamayo, entre el extremo norte de la Isla Teja por el sur y dos kilómetros al norte del castillo San Luis de Alba por el norte”. El Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter, además, es el primer humedal protegido en Chile bajo la Convención Ramsar, suscrita en 1981, y en esa calidad se encuentra en la lista de humedales de importancia mundial.

El 7 de marzo de 2014, Carlos Montoya Villarroel presentó un reclamo de ilegalidad ante el Tercer Tribunal Ambiental, con asiento en la ciudad de Valdivia, en contra de la RE N° 98. Como principal fundamento de su recurso, señaló que el proyecto no debía ingresar al SEIA, pues no le resultaba aplicable la letra p) del artículo 10 de la Ley N° 19.300 sobre bases generales del Medio Ambiente. Para sustentarlo, señaló que el predio se encuentra fuera del Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter; y que no existe ejecución de obra o actividad alguna susceptible de causar impacto ambiental.

Para resolver la controversia planteada, sin embargo, la sentencia del Tercer TA recorrió un camino improbable, pues desarrolló sus argumentos dejando asentado dos cosas que, ya a primera vista, debieron bastar para desestimar el recurso tal y como fue planteado: por un lado, sostiene que el predio se encuentra situado dentro del Santuario (considerando 87°) y, por otro, que el loteo tiene como finalidad última su urbanización (considerando 92°), por lo que califica como un “proyecto o actividad” para efectos de su evaluación ambiental. Es decir, de acuerdo al Tribunal, se verificaban los dos supuestos legales sobre los que se sustentó el requerimiento de ingreso al SEIA efectuado al proyecto “Loteo Riberas de La Dehesa”, esto es, que se ejecutaba un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental y ese proyecto o actividad se desarrollaba al interior de un Santuario de la Naturaleza.

12 La letra p) del artículo 10 de la Ley N° 19.300, se refiere, dentro de los proyectos o actividades que obligatoriamente deberán evaluarse en el SEIA, a aquellos que se ejecuten “en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita”.

Sin embargo, la sentencia estimó que correspondía de todas formas anular la resolución recurrida, así como las actuaciones del proceso de fiscalización que le precedieron. Para hacerlo, tuvo que considerar que en la tramitación del requerimiento de ingreso del proyecto al SEIA se había omitido un trámite esencial, consistente en oficiar al Ministerio del Medio Ambiente sobre los límites del santuario y la ubicación del predio Tres Bocas en su interior, pues a esa secretaría, en consulta con el Consejo de Monumentos Nacionales, le correspondería, actualmente, ejercer la competencia sobre la determinación de los límites de los santuarios de la naturaleza.

En efecto, el Tercer TA señaló que:

“[H]oy en día es el Ministerio del Medio Ambiente, en acuerdo con el Consejo de Monumentos Nacionales –el primero en su calidad de custodio, y el segundo como tutor y protector de los Santuarios de la Naturaleza-, el organismo del Estado competente para definir y modificar, [...] los límites de los Santuarios de la Naturaleza. Por consiguiente, la SMA, durante el procedimiento de fiscalización, que terminó en la Resolución Recurrída, debió consultar al Ministerio del Medio Ambiente –el que debe contar con el acuerdo del Consejo de Monumentos Nacionales –sobre los límites del Santuario, cosa que no ocurrió. La ausencia de este trámite vicia la Resolución Recurrída, por lo que este Tribunal la anulará, por haber sido pasada sin consulta de rigor a la autoridad competente, única autorizada para definir si el predio se encontraba o no dentro del Santuario. En tales circunstancias, malamente las respuestas entregadas a la SMA pudieron, en su esencia, servir de fundamento y motivación fáctica suficiente para la dictación del acto administrativo impugnado, al existir una clara distinción entre la legalidad formal y la sustancial, debiendo un acto administrativo, para producir válidamente sus efectos, estar formal y sustancialmente fundado, lo que no se verifica en el caso de la resolución impugnada”¹³.

Como se señaló, el Tribunal alcanza esta conclusión a pesar de declarar enseguida que “en la controversia ambiental de autos, ha quedado establecido que el Loteo se encuentra dentro del Santuario, por lo que corresponderá al

¹³ Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-2-2014, sentencia de fecha 30 de mayo de 2014, considerando 64°.

SEA determinar el impacto que él tenga sobre el mismo”¹⁴. Agrega que la RE N° 98:

“[No se detiene en más a profundizar sobre las premisas que le llevan a concluir que el predio se encuentra emplazado en una isla [y, por tanto, dentro de los límites descritos para el Santuario en el Decreto Supremo N° 2734, previamente transcrito]. Por cierto que la acción fiscalizadora ha sido iniciada por un privado –y no por los organismos del Estado a cargo de controlar–. Pero huelga que sus dichos deben sean [sic] probados en el procedimiento administrativo, por lo que no basta con aquella mera afirmación del denunciante para hacer prueba de tal hecho. De esta forma, nos encontramos frente a lo que la lógica proposicional denomina *non sequitur*, esto es, que la conclusión no se sigue de las premisas. [...] Esto último se debe considerar una falta al principio de razonabilidad que consagra el inciso segundo del artículo 11 de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado”¹⁵.

Sin embargo, el Tercer TA afirma que:

“Independientemente de si el Predio se ubica en una isla o península, el Ministerio del Medio Ambiente ha zanjado la controversia, en estrado y con posterioridad a la dictación de la Resolución Recurrída, al esclarecer la ubicación del Predio en relación con el Santuario, mediante su Resolución Exenta N° 120, de 20 de febrero de 2014 [...]. En consecuencia, a contar del 20 de febrero de 2014, puede aseverarse con propiedad que el Predio se encuentra situado dentro del Santuario”¹⁶.

A pesar de lo anterior, en la parte resolutive de la sentencia, el Tercer TA decidió:

“1) Acoger la reclamación de don Carlos Javier Montoya Villarroel, de 7 de marzo de 2014, en contra de la Resolución Exenta N° 98, de 14 de

14 Ibid., considerando 92°.

15 Ibid., considerandos 75° y 76°.

16 Ibid., considerando 87°.

febrero de 2014, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, por no ajustarse ésta a la normativa vigente. 2) Anular, en consecuencia, la Resolución Exenta N° 98, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, y anular el proceso de fiscalización ambiental que le sirvió de base con excepción de la denuncia, debiéndose en consecuencia continuar el proceso de fiscalización a partir de esta etapa. 3) En cuanto a la solicitud del Reclamante relativa a que este Tribunal declare que el proyecto ‘Loteo Riberas de la Dehesa’ no debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el Reclamante deberá estarse a la resolución que emane del nuevo proceso de fiscalización que por este acto se instruye”.

El 18 de junio de 2014, la SMA presentó un recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia del Tercer TA, por haber incurrido en un error de derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al infringir lo establecido en el artículo 13 de la Ley N° 19.880 sobre Bases Generales de los Procedimientos Administrativos¹⁷.

En efecto, el Tercer TA constató todos los requisitos necesarios para que el proyecto se encuentre eludiendo el SEIA, alcanzando las mismas conclusiones de la SMA sobre la ubicación del proyecto dentro del Santuario Carlos Anwandter y sobre la configuración de la tipología del artículo 10, letra p), de la Ley N° 19.300. Aun así, anuló la resolución y todo el proceso de fiscalización que le precedió, pues la SMA no habría solicitado pronunciamiento al Ministerio del Medio Ambiente sobre los límites del Santuario y no justificó adecuadamente cómo llegó a concluir que el predio Tres Bocas se encuentra en una isla. Todo lo anterior, a pesar de declarar en la propia sentencia que “la discusión sobre la naturaleza geográfica del terreno donde se emplaza el Predio es inconducente a la resolución de la presente causa”, pues hoy “puede asegurarse con propiedad que el Predio se encuentra situado dentro del Santuario”¹⁸.

¹⁷ Dicho artículo dispone lo siguiente:

“Artículo 13.- Principio de la no formalización. El procedimiento administrativo debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

La administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros”.

¹⁸ Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-2-2014, op.cit., considerando 87°.

2.2. Sentencia de la Excma. Corte Suprema

La Corte Suprema rechaza, en primer lugar, la idea de que sea el Ministerio del Medio Ambiente el organismo que deba definir si el predio se encuentra dentro de los límites del Santuario, pues la pregunta que se intentaba responder en el procedimiento administrativo no era, en rigor, sobre cuáles son esos límites (que ya han quedado fijados por el Decreto Supremo N° 2734, de 1981, del Ministerio de Educación), sino sobre su aplicación a un caso concreto, para establecer si un punto determinado queda comprendido en ellos.

El trámite que el Tercer TA reprochó como omitido, no tiene que ver, en opinión del Máximo Tribunal, con la creación o modificación de los límites del Santuario, “sino con la definición de si un predio se encuentra o no dentro de los límites contenidos en el Decreto Supremo citado, en otros términos, radicaba en la interpretación práctica en relación a un lugar geográfico determinado de los límites fijados en el Decreto Supremo”. Mientras no se cree el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas a que se refiere el artículo 34 de la Ley N° 19.300¹⁹, existiendo el pronunciamiento del Consejo de Monumentos en el procedimiento administrativo, no se verifica el vicio que reclama la sentencia recurrida²⁰.

En segundo lugar, sobre la supuesta falta de fundamentación por parte de la SMA respecto al carácter insular del lugar en que se encuentra el predio, la Corte constata que el fallo del Tercer TA concluye en forma categórica que “la discusión sobre la naturaleza geográfica del terreno donde se emplaza el Predio es inconducente a la resolución de la presente causa”²¹. Enseguida, la sentencia de casación, citando el inciso segundo del artículo 13 de la Ley N° 19.880, se refiere al principio de conservación del acto administrativo para destacar que, de acuerdo a la jurisprudencia constante del máximo Tribunal, la nulidad es un remedio excepcional ante la ilegalidad de un acto administrativo, pues “ella sólo será procedente si el vicio es grave y esencial”²².

Enseguida, y en lo que respecta a la esencialidad del vicio, la Corte se refiere al “principio de trascendencia”, que ha desarrollado la doctrina del derecho

19 Tal interpretación corresponde al Consejo de Monumentos Nacionales, lo que la Corte obtiene al analizar las modificaciones al artículo 31 de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales, que introdujo el artículo 4, letras a) y b), de la Ley N° 20.417. Corte Suprema, Rol N° 16.706-2014, sentencia de fecha 10 de diciembre de 2014, considerandos 7°, 8° y 9°.

20 *Ibíd.*, considerandos 11° y 12.°

21 *Ibíd.*, considerando 14°.

22 *Ibíd.*, considerando 16°.

procesal sobre los vicios por los que procede una declaración de nulidad. Citando a Eduardo Couture, el razonamiento del fallo señala que “las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes”²³.

Por eso, la sentencia considera improcedente que se anule un procedimiento de fiscalización ambiental y la resolución que le puso término, si el vicio de procedimiento (la falta de fundamentación sobre el carácter insular del predio) no produjo efectos graves y esenciales²⁴, pues el propio fallo recurrido ha dicho que “la discusión sobre la naturaleza geográfica del terreno donde se emplaza el Predio es inconducente a la resolución de la presente causa”. Se señala, por lo tanto, en la sentencia de casación que “en efecto, en estos autos no se ha demostrado que el antedicho vicio haya causado un perjuicio concreto relativo al interés jurídico del reclamante de autos que haya producido una afectación de su derecho a defensa respecto de la Resolución N° 98 de la Superintendencia del Medio Ambiente”²⁵.

Como conclusión, el fallo señala que:

“los sentenciadores, al fallar como lo hicieron incurrieron en errores de derecho al disponer la nulidad del procedimiento de fiscalización ambiental y de la Resolución N° 98, toda vez, que por una parte infringieron el artículo 13 de la Ley N° 19.880 al establecer que constituye un vicio la omisión de informe del Ministerio del Medio Ambiente sobre los límites del Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter, en circunstancias que ello no es así y, por otra parte, la falta de fundamentación del carácter insular del predio no tuvo la entidad para causar la nulidad de la aludida resolución, sin que se probara que su ocurrencia, de existir, hubiera causado un perjuicio al interesado”²⁶.

Al haber influido estos errores en lo dispositivo del fallo (“*pues indujeron a anular la Resolución N° 98*”) la Corte lo invalidó, acogiendo el recurso de

23 Ibid., considerando 17°.

24 Ibid., considerando 18°.

25 Ibid., considerando 19°.

26 Ibid., considerando 21°

casación en el fondo interpuesto por la SMA en su contra, y dictando sentencia de reemplazo que rechaza el reclamo de ilegalidad presentado, el 7 de marzo de 2014, por Carlos Montoya Villarroel, con costas.

2.3. Análisis de lo resuelto

La sentencia de la Corte Suprema confirma la vigencia del *principio de conservación del acto administrativo*, a que se refiere el inciso segundo del artículo 13 de la Ley N° 19.880, pues declara que los vicios de forma producen la nulidad de esos actos sólo en la medida que presenten un vicio de la entidad suficiente (*grave y esencial*²⁷).

No tiene la entidad suficiente (es decir, no es grave ni esencial), un vicio que, según los términos del debate fijados por la propia sentencia y de acuerdo a los motivos que haya enunciado para decidir de un cierto modo, no pudo contribuir a alterar lo resuelto en ella. Esto es así aunque el vicio incida en una motivación defectuosa del acto. El déficit de motivación de los actos administrativos, de esta forma, también debe examinarse desde su *principio de conservación*.

3. Sentencia de la Excma. Corte Suprema dictada en la causa rol N° 11.600-2014: Caso Pascua Lama

3.1. Resumen del caso

Con fecha 24 de mayo de 2013, la SMA dictó la RE N° 477, en virtud de la cual se finalizó el procedimiento sancionatorio rol A-002-2013, seguido contra Compañía Minera Nevada SpA, por el proyecto Pascua Lama. Dicha resolución tenía la importancia de ser el primer pronunciamiento de la SMA, aplicando la nueva lógica sancionatoria dispuesta en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, establecida en el artículo segundo de la Ley N° 20.417 (en adelante, “LOSMA”).

Con fecha 11 de junio de 2013, agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen presentaron la primera reclamación en contra de dicha resolución, caratulada por el Segundo Tribunal Ambiental con el Rol R-6-2013. Con fecha 17 de junio de 2013, las Comunidades Indígenas Diaguitas, interpusieron en el mismo tribunal la segunda reclamación en contra de la misma

²⁷ *Ibíd.*, considerando 18°.

resolución de la SMA, caratulada bajo el Rol R-7-2013. Finalmente, con fecha 18 de junio de 2013, las sociedades Agrícola Santa Mónica y Dos Hermanos Ltda., interpusieron la tercera reclamación, caratulada con el Rol R-8-2013. Todas las reclamaciones, en términos generales, iban orientadas a dejar sin efecto lo resuelto por la SMA, con el fin de que se aplicara una sanción más gravosa a la empresa por los incumplimientos verificados. El referido tribunal, a su vez, aceptó la intervención de Compañía Minera Nevada SpA como tercero coadyuvante de la SMA, quien era el reclamado en dichos autos. Con fecha 3 de marzo de 2014, el Segundo TA dictó sentencia²⁸, acogiendo parcialmente las reclamaciones y ordenando en definitiva, anular la RE N° 477, atendido el hecho de que se habían constatado ilegalidades que llevaban consigo un vicio transversal a toda la resolución anulada, consistente en la falta de fundamentación. Específicamente, la sentencia se pronunció, entre otros, sobre los siguientes temas donde se habría constatado un vicio o ilegalidad: (i) el estándar de motivación de las resoluciones finales; (ii) la legitimación activa; (iii) la improcedencia de la aplicación del denominado “concurso infraccional”; (iv) el insuficiente análisis de la afectación a la calidad de las aguas superficiales y subterráneas; (v) la inadecuada ponderación de la conducta anterior del infractor; (vi) la falta de autorización previa del Tribunal para las medidas urgentes y transitorias impuestas por la SMA; y, (vii) la legalidad de medidas urgentes y transitorias ordenadas por la SMA.

El 20 de marzo de 2014, Compañía Minera Nevada SpA presentó un recurso de casación en el fondo y en la forma en contra de la sentencia del Segundo TA. El recurso de casación en la forma, se estructuró sobre la base de alegar los siguientes vicios: (i) el haber sido dada *ultra petita*, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal –artículo 768 N°4 del Código de Procedimiento Civil–; y (ii) el haber sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica –artículo 26 de la Ley N° 20.600–. Por su parte, el recurso de casación en el fondo se estructuró sobre la base de infracción del artículo 30 de la Ley N° 20.600, y el artículo 60 de la LOSMA.

3.2. Sentencia de la Excma. Corte Suprema

El máximo tribunal resolvió, con fecha 30 de diciembre de 2014, que Compañía Minera Nevada Spa no pudo comparecer en los autos rol R-6-2013, en

²⁸ Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-6-2013, sentencia de fecha 3 de marzo de 2014. Acumuladas causas R-7-2013 y R-8-2013.

calidad de tercero coadyuvante de la SMA y, en concordancia con ello, tampoco pudo deducir los recursos de casación en la forma y en el fondo. Por lo tanto, se resolvió anular la resolución del Segundo TA que dio lugar a la comparecencia de la empresa como tercero coadyuvante y también las resoluciones que resolvieron las presentaciones de la compañía en tal calidad. Por lo tanto, la Corte Suprema omitió su pronunciamiento en relación a los recursos de casación interpuestos.

3.3. Análisis de lo resuelto

Para los interesados en la puesta en marcha de la nueva institucionalidad ambiental, el referido fallo era trascendental, dado que se esperaba que determinara la forma precisa en que la SMA debía ejercer su potestad sancionadora y, a su vez, resolviera temas tan importantes como el grado de discrecionalidad con el que cuenta el mencionado Servicio, la forma de sancionar (por hecho o aplicando el denominado “concurso infraccional”), y cómo debían ser ponderadas las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. Sin embargo, el fallo del máximo tribunal estuvo muy lejos de aclarar esas inquietudes. Por el contrario, terminó por resolver el caso con una decisión que evita pronunciarse sobre el fondo del asunto, limitándose a realizar un análisis formal de la calidad con la que participó la empresa en sede jurisdiccional, análisis que, por lo demás, trajo consigo, a nuestro juicio, argumentaciones erróneas.

Tal como se mencionó anteriormente, la referida Corte señaló como un error que el Segundo TA haya considerado a Compañía Minera Nevada SpA como tercero coadyuvante de la SMA, en los reclamos de ilegalidad interpuestos por los denunciados interesados en el procedimiento administrativo sancionatorio.

Para llegar a esa conclusión, la Corte Suprema parte haciendo presente la “estrecha relación que existe entre el procedimiento administrativo de generación del acto y el proceso jurisdiccional previsto para controlar su legalidad”²⁹. Sin embargo, el razonamiento que se recoge en los siguientes considerandos de la sentencia, ya no sólo “vincula estrechamente” dicho procedimiento y el proceso jurisdiccional de revisión del acto administrativo, sino que los identifica completamente, negando de esa forma la naturaleza completamente diferente de los mismos, diferencias que, por lo demás, son elementales y que se expresan en la función del poder que se ejerce (por un lado, el poder

²⁹ Corte Suprema, Rol N° 11.600-2014, sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014, considerando 6°.

ejecutivo y, por otro, el poder judicial); el asunto que resuelven (problema administración-administrado frente a un asunto contencioso) y la calidad del acto decisorio final (acto administrativo y acto jurisdiccional).

En este sentido, la Corte Suprema concluyó expresamente que “la referida compañía tuvo la calidad de parte en el procedimiento administrativo, sin que pueda, en el proceso incoado para la revisión de tal procedimiento, abstraerse de tal circunstancia, por lo que no es posible que pretenda intervenir como un tercero ajeno, que coadyuva a la Administración”³⁰. Para llegar a esta conclusión, la Corte entrega los siguientes argumentos: (i) Compañía Minera Nevada Spa no podía apersonarse como tercero coadyuvante de la SMA, “toda vez que en el procedimiento cuya legalidad se revisa –y del que nace el acto administrativo impugnado– tuvo la calidad de sujeto pasivo, parte directa que soportó el ejercicio de la acción fiscalizadora e investigadora del organismo citado”³¹; y (ii) que “[r]esulta del todo insostenible que en el actual procedimiento Compañía Minera Nevada Spa actúe como tercero ajeno, menos aún en calidad de coadyuvante de un órgano del Estado que representa los intereses públicos, calidad en la que dirigió su accionar en contra de quien se pretende coadyuvante”³².

Analizando el orden de las ideas del máximo tribunal, resulta claro que su argumentación no es deductiva. En primer lugar, exige que la calidad de sujeto pasivo (parte) que detentó la empresa en el procedimiento administrativo sancionatorio, se traspase sin más al procedimiento jurisdiccional de revisión del acto administrativo terminal (contencioso administrativo). Lo anterior, sin dar ningún argumento, sino solo realizando una escueta presentación sobre la regulación de la intervención de terceros en procesos judiciales. Pero en ningún momento respondió la gran pregunta: ¿por qué la calidad de parte que tiene un sujeto en el procedimiento administrativo se traspasa de forma necesaria al proceso judicial? En segundo lugar, la Corte Suprema hace un verdadero análisis de conveniencia de que un sujeto sancionado por la SMA llegue, posteriormente, a ser un tercero coadyuvante en un reclamo de ilegalidad ventilado ante el respectivo Tribunal Ambiental. Sin embargo, desconoce que, de una simple revisión de los preceptos legales, se concluye que esa posibilidad existe y está expresamente reconocida.

30 Ibid.

31 Ibid., considerando 7°.

32 Ibid.

El fallo en comentario, en este sentido, adolece de varios errores jurídicos que llevan a que su decisión sea prácticamente de “equidad” y no de “derecho”. Dentro de los errores jurídicos se pueden mencionar los siguientes:

(a) La sentencia desconoce que es la propia LOSMA (que regula el procedimiento administrativo sancionatorio seguido ante la SMA) y la Ley N° 20.600 (que regula el procedimiento jurisdiccional relativo al control de los actos de la SMA) las que permiten la intervención de la empresa como tercero coadyuvante.

En este sentido, de acuerdo al artículo 21 de la LOSMA, cualquier persona podrá denunciar ante la SMA el incumplimiento de instrumentos de gestión ambiental y normas ambientales. El artículo agrega que en el evento de que producto de tales denuncias se iniciara un procedimiento administrativo sancionador, el denunciante tendrá, para todos los efectos legales, la calidad de interesado en dicho procedimiento. Por su parte, el artículo 18 N° 3, de la Ley N° 20.600, dispone que podrán intervenir como “partes” en los asuntos de competencia de los tribunales ambientales, específicamente en las reclamaciones en contra de las resoluciones de la SMA, las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la SMA. Adicionalmente, el mismo artículo 18 señala que en “los procedimientos que se regulan en esta ley será aplicable lo dispuesto en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil”. Este último artículo dispone que “los que, sin ser partes directas en el juicio, tengan interés actual en sus resultados, podrán en cualquier estado de él intervenir como coadyuvantes, y tendrán en tal caso los mismos derechos que concede el artículo 16 a cada una de las partes representadas por un procurador común, continuando el juicio en el estado en que se encuentre. Se entenderá que hay interés actual siempre que exista comprometido un derecho y no una mera expectativa, salvo que la ley autorice especialmente la intervención fuera de estos casos”.

De acuerdo a lo anterior, Compañía Minera Nevada SpA no impugnó judicialmente la RE N° 477, por el contrario, estuvo de acuerdo con lo resuelto por la SMA y pagó la multa aplicada. En consecuencia, al no considerarse “directamente afectada” por la mencionada resolución, y al no interponer el respectivo reclamo de ilegalidad, la empresa claramente no tuvo la calidad de “parte” en el proceso judicial respectivo. En este sentido, al ser los denunciantes los que interpusieron el reclamo de ilegalidad, fueron éstos quienes, de acuerdo al artículo 18 N° 3 de la Ley N° 20.600, detentaban la calidad de “parte” en el proceso judicial, siendo la SMA el sujeto pasivo o reclamado en dichos autos.

Por lo tanto, la empresa al ver que producto del referido reclamo, el Segundo TA podía anular la resolución sancionatoria acogiendo las peticiones de los reclamantes (quienes buscaban una sanción mayor de acuerdo a sus petitorios), evidentemente vio en riesgo sus intereses e hizo uso de su derecho a intervenir en el proceso como tercero coadyuvante, de acuerdo al citado artículo 18 de la Ley N° 20.600, solicitando el rechazo de los reclamos interpuestos y solicitando la confirmación de la RE N° 477, la cual ya había confirmado con el pago de la multa aplicada. Los hechos determinaron, entonces, que la empresa cumplía cabalmente con la definición doctrinaria de tercero coadyuvante³³, que, por lo demás, fue citada por el máximo tribunal.

(b) El Segundo TA reconoció de forma correcta a Compañía Minera Nevada SpA como tercero coadyuvante. No hay norma, ni fundamento jurídico alguno que obligue a que las personas naturales y jurídicas a las cuales se les instruyó un procedimiento sancionatorio por parte de la SMA, sólo puedan intervenir como “partes” en el proceso judicial de reclamación de la resolución final de dicho procedimiento.

La realidad de los hechos revela que en muchos casos los sujetos, a quienes se les instruye un procedimiento sancionatorio, resultan ser declarados absueltos, con sanciones que están dispuestos a pagar o que, a pesar de no favorecerles la sanción aplicada, están de acuerdo con la legalidad de la resolución final respectiva. En dichos casos, evidentemente no reclamarán judicialmente de la resolución que finalice el procedimiento, pero ello no impide que otros sujetos lo hagan, en calidad de interesados de acuerdo al mencionado artículo 21. En ese caso, ¿es lógico el razonamiento usado por el máximo tribunal, al impedir que la empresa actúe como tercero coadyuvante de la SMA, siendo que la propia ley le reconoce, en el inciso final del artículo 18, comparecer en tal calidad?; ¿es lógico que en dicho caso, la empresa actúe como “parte” si no han promovido el reclamo? Desde un punto de vista jurídico, claramente no. El voto en contra dado por la ministra Egmen, es preciso en este sentido al señalar que “sólo son partes de un proceso aquellas personas respecto de las cuales se traba la relación jurídico procesal, calidad que en los presentes

33 Se entiende por tercero coadyuvante a aquél que tiene interés jurídico propio en un conflicto ajeno; pero en condiciones tales que la defensa de un interés propio le conduce al litigio para defender el interés ajeno. Couture, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil*, (Ediar Soc. Anón Editores), T.III, 1951, p. 220.

autos revisten las reclamantes y la reclamada Superintendencia del Medio Ambiente”³⁴.

En conclusión, (i) de acuerdo a los antecedentes del caso, la empresa claramente tenía un interés actual en dicho proceso, dado que los resultados del mismo le afectarían directamente, toda vez que fue considerada responsable de los cargos formulados por la SMA, por lo que cualquier cambio en la resolución sancionatoria que se haga a propósito de los reclamos interpuestos, incidiría directamente en la compañía; (ii) al no haber interpuesto el reclamo de ilegalidad, la empresa no es jurídicamente “parte”; y (iii) al tener un interés actual en los resultados del juicio, su intervención que se verificó una vez *trabada la litis*, es en calidad de tercero coadyuvante, lo que además está expresamente reconocido en el inciso final del artículo 18 de la Ley N° 20.600.

La doctrina es concordante con las conclusiones citadas, al señalar que “la ley faculta la intervención de terceros en forma amplia: su intervención tiene lugar tanto en los juicios ordinarios como en los juicios especiales. Sólo se requiere para admitirla interés actual en los resultados del juicio”.³⁵

(c) La Corte Suprema, en su afán de atribuirle a la empresa la calidad de “parte”, hace una unificación impropia entre el procedimiento administrativo sancionador y el proceso jurisdiccional, al intentar “traspasar” la calidad de sujeto pasivo que tenía la empresa en el procedimiento sancionatorio instruido al proceso judicial, argumentando para tal efecto solo que “la referida compañía tuvo la calidad de parte en el procedimiento administrativo, sin que pueda, en el proceso incoado para la revisión de tal procedimiento, abstraerse de tal circunstancia, por lo que no es posible que pretenda intervenir como un tercero ajeno, que coadyuva a la Administración”³⁶.

Sobre este tema, corresponde señalar que, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución Política de República, así como todas las normas jurídicas dictadas conforme a ella, es imposible hacer el ejercicio que hizo el máximo tribunal para sustentar su decisión, vale decir, unificar dos procesos que son totalmente distintos. En este sentido, la doctrina ha sido clara en precisar que “[t]odas las funciones del Estado tienen su procedimiento especial. La ley es elaborada con arreglo a un procedimiento, el legislativo [...] La sentencia del

34 Corte Suprema, Rol N° 11.600-2014, op. cit., Voto en contra Ministra Egnem, considerando 1°.

35 Rodríguez Garcés, Sergio. “Tratado de Tercerías”, (Ediciones Vitacura), T.I, Tercera Edición, 1987, p. 56.

36 Corte Suprema, Rol N° 11.600-2014, op. cit., considerando 6°.

juez es dictada asimismo conforme a un procedimiento, el judicial. Por último, también los actos administrativos han de seguir antes de su nacimiento un camino o vía previamente determinado por el derecho, esto es, un procedimiento, el administrativo”³⁷. A la luz de ese razonamiento, es evidente que los procedimientos administrativos y los procesos judiciales tienen una naturaleza distinta, dado que, por una parte, en el proceso judicial se presenta un asunto contencioso ante un tercero independiente e imparcial que está por encima de las partes y que termina con una sentencia y, por otra parte, el procedimiento administrativo corresponde a una serie de actos que finalizan con un acto administrativo terminal, donde se expresa la decisión de una autoridad administrativa. La diferencia es tan evidente que en ambos procedimientos se ejercen funciones de diferentes poderes, a saber, el poder judicial y el poder ejecutivo. Es claro, en consecuencia, que el fallo de la Corte Suprema comete un error al unificar dos procedimientos de distinta naturaleza y, en este sentido, es incomprensible que la referida Corte, luego de adoptar la postura expuesta, tenga presente consideraciones como las expresadas en la parte final del considerando séptimo, donde señala que “las normas generales que regulan la intervención de los terceros en juicio deben siempre aplicarse atendiendo a la especial naturaleza de los procedimientos”³⁸.

(d) El fallo termina por hacer una crítica de conveniencia en relación a que un sancionado por parte de la SMA sea luego un tercero coadyuvante de la misma autoridad administrativa en sede judicial. Tal como se señaló, el fallo establece que “resulta del todo insostenible que en el actual procedimiento Compañía Minera Nevada Spa actúe como tercero ajeno, menos aún en calidad de coadyuvante de un órgano del Estado que representa los intereses públicos, calidad en la que dirigió su accionar en contra de quien se pretende coadyuvante”³⁹.

Sobre el fallo analizado, corresponde hacer los siguientes comentarios: (i) la Corte Suprema no puede fundamentar un fallo, que viene a ser el control jurisdiccional final de una sentencia dictada en una sede de contencioso administrativo especial, con un argumento relativo a la “conveniencia o inconveniencia” de que una empresa sea tercero coadyuvante de un órgano del

37 Cita de Rollo Villanova, contenida en texto de Hector Escola, “Procedimiento administrativo y recurso jerárquico”, (Abeledo-Perrot), 1971, p.13

38 Corte Suprema, Rol N° 11.600-2014, op. cit., considerando 7°.

39 Ibid.

Estado; y (ii) la Corte Suprema no es un tribunal de equidad, por lo que su misión es aplicar la ley (expresión de la voluntad soberana), y si en el resultado de dicha aplicación se producen consecuencias erróneas o inconvenientes, estas serán la única señal que tendrá el legislador para desarrollar su labor de manera correcta.

4. Sentencias de la Excma. Corte Suprema dictadas en las causas Rol N° 21.993-14 y Rol N° 21.547-14: Caso SQM

4.1. Resumen del caso

El 14 de agosto de 2013, la Sociedad Química y Minera de Chile S.A. (en adelante, "SQM"), presentó ante el Segundo Tribunal Ambiental dos reclamos de ilegalidad, cada uno de ellos en contra de dos resoluciones de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá.

El primer recurso se relaciona con la solicitud de invalidación presentada en sede administrativa por SQM, en contra de la Resolución de Calificación Ambiental N° 1, del 2 de enero de 2013, que calificó favorablemente el proyecto "Ampliación Planta Productora de Yodo Soledad", del titular SCM Corporación de Desarrollo del Norte. En particular, el reclamo se dirigió en contra de la RE N° 73 de la Comisión, del 21 de junio de 2013, que rechazó el recurso de reposición presentado por SQM en contra de la RE N° 45, la cual no admitió a trámite la solicitud de invalidación presentada por SQM en contra de la RCA N° 1, ya citada. Al mismo tiempo, el recurso se dirige en contra de la RE N° 78, del 8 de julio de 2013, que se pronunció rechazando un procedimiento de invalidación iniciado de oficio por la Comisión, en contra de la misma RCA.

El segundo recurso también se relaciona con una solicitud de invalidación impetrada en sede administrativa por SQM, pero en contra de la RCA N° 154, del 13 de diciembre de 2012, que calificó favorablemente el proyecto "Trazado de Agua a Chiquiquiray". En particular, este recurso impugnó la RE N° 74, del 21 de junio de 2013 y la RE N° 79, del 8 de julio de 2013. A través de la primera, la Comisión rechazó el recurso de reposición presentado por SQM en contra de la RE N° 44, que no admitió a trámite su solicitud de invalidación en contra de la RCA N° 154. Con la segunda, la Comisión se pronuncia sobre un procedimiento de invalidación iniciado de oficio en contra de la misma RCA, rechazándolo por improcedente.

Los dos reclamos fueron rechazados en todas sus partes por el Segundo TA con fecha 19⁴⁰ y 26 de junio de 2014⁴¹, respectivamente. En ambos casos, el Tribunal razonó del mismo modo, señalando que SQM no pudo ser considerado solicitante en un proceso de invalidación en contra de una RCA, si no demostró tener un interés ambiental que pudiera resultar afectado por ella. Por el mismo motivo, carecía de legitimación activa para recurrir al TA en contra de la resolución que rechazó la invalidación tramitada de oficio por la Comisión.

Con fecha 9 y 15 de julio de 2014, SQM presentó sendos recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de las sentencias del Segundo TA, señalando para ambos casos, respecto del fondo, (i) que el fallo habría omitido los requisitos de las sentencias establecidos en el artículo 25 de la Ley N° 20.600, especialmente, las razones técnico-ambientales en las cuales fundó su decisión; y (ii) que la sentencia contendría decisiones contradictorias, pues existen considerandos que se contradicen entre sí. En relación a la casación en la forma, SQM señaló (i) que el Segundo TA incurrió en una errónea interpretación del artículo 21 N° 3 de la Ley N° 19.880, pues habría exigido para la calidad de interesado un requisito que no está en la ley (que el interés sea *ambiental*); (ii) en el mismo sentido, que habría vulnerado el artículo 4 de la Ley N° 19.300, pues la interpretación restrictiva de la calidad de interesado lesiona el deber del Estado de facilitar la participación ciudadana; y (iii) que en la sentencia se habrían vulnerado las leyes reguladoras de la prueba, pues el Tribunal habría alterado el *onus probandi* al exigir que el interesado acredite un interés ambiental.

El 6 de abril de 2015, la Tercera Sala de la Corte Suprema dictó sentencia en ambos recursos, rechazándolos en todas sus partes. En la medida que los argumentos se reproducen en ambas sentencias, serán comentadas conjuntamente.

4.2. Sentencia de la Excma. Corte Suprema

En relación al primer capítulo de casación en la forma, la Corte consigna que el vicio invocado –la omisión de las consideraciones con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo– sólo se configura si éste carece de los fundamentos de hecho y de derecho que sirven de sustento a lo decidido, es decir, “cuando

40 Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-10-2013, sentencia de fecha 19 de junio de 2014.

41 Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-11-2013, sentencia de fecha 26 de junio de 2014.

no se desarrollan los razonamientos fácticos o jurídicos que determinan la resolución adoptada”⁴². En ese sentido, la impugnación formulada por SQM carece de asidero, pues “en el motivo primero del fallo en revisión los jueces determinaron como prioritario y previo a cualquier otra consideración dilucidar si las Resoluciones N° 74 y 79, objeto de la acción entablada, son o no reclamables por la vía intentada; delimitar además la competencia del Tribunal Ambiental en el marco de esta acción, y resolver sobre la legitimación activa de la reclamante, en relación a ambas Resoluciones ya aludidas, todo ello al tenor de lo dispuesto por los artículos 17 N° 8 y 18 N° 7 de la Ley N° 20.600”⁴³.

A partir de lo anterior, la sentencia agrega que el resto de sus fundamentos “contienen el análisis de cada uno de los aspectos especificados en lo que precede, desarrollándose de modo circunstanciado los argumentos expuestos por los interesados en cada caso, y asentándose los aspectos y conclusiones del orden fáctico y jurídico que han permitido al tribunal alcanzar las conclusiones en relación a cada punto objeto del estudio, para expedir en definitiva la decisión de que da cuenta lo resolutivo”⁴⁴. En ese sentido, la Corte considera que “no ha podido configurarse el vicio alegado relativo a la falta de consideraciones, en relación al aspecto de fondo de la petición invalidatoria por la vía administrativa, si en concepto del tribunal y por las razones explicitadas, falta a la reclamante la capacidad para llevar a esa sede el tema de fondo de la invalidación administrativa”⁴⁵. Así, señala la Corte, “la sola lectura de la sentencia permite descartar la configuración del defecto alegado toda vez que la misma contiene todas las consideraciones y reflexiones necesarias para fundar las conclusiones que sucesivamente va asentando en relación a cada uno de los aspectos mencionados en su motivo primero, las que en definitiva sirven de sustento a la decisión alcanzada”⁴⁶. Concluye el máximo Tribunal, señalando que “la obligación de consignar

42 Corte Suprema, Rol N° 21.993-2014, sentencia de fecha 6 de abril de 2015, considerando 3°; y Rol N° 21.547-2014, sentencia de fecha 6 de abril de 2015, considerando 3°.

43 Corte Suprema, Rol N° 21.993-2014, op.cit., considerando 4°; y Rol N° 21.547-2014, op.cit., considerando 4°.

44 Corte Suprema, Rol N° 21.993-2014, op.cit., considerando 5°; y Rol N° 21.547-2014, op.cit., considerando 5°.

45 Corte Suprema, Rol N° 21.993-2014, op.cit., considerando 6°; y Rol N° 21.547-2014, op.cit., considerando 6°.

46 Corte Suprema, Rol N° 21.993-2014, op.cit., considerando 7°; y Rol N° 21.547-2014, op.cit., considerando 7°.

las consideraciones de hecho y de derecho no puede exceder el marco de la pertinencia de lo realmente debatido y que deba resolverse en el fallo, esto es, de aquello que ha servido de fundamento a lo sentenciado, pero no cubre otros ámbitos que han quedado fuera del espectro decisorio, entre otras razones, por resultar incompatibles con lo resuelto”⁴⁷. Por esa razón, desestima la causal de casación en la forma invocada.

En relación a la segunda causal de casación en la forma, consistente en contener la sentencia decisiones contradictorias, la Corte señala que se configura “cuando el fallo contiene más de una decisión y resultan ser ellas incompatibles, esto es, que no pueden cumplirse simultáneamente en tanto interfieren unas con otras, cuyo no es el caso de autos en que lo resolutorio consigna una sola decisión consistente en desestimar la reclamación intentada por SQM”⁴⁸. Así, en la medida que las supuestas contradicciones denunciadas por SQM se producían entre distintos considerandos de la sentencia y no entre decisiones expresamente consignadas en su parte resolutoria, el vicio invocado no podía configurarse.

En cuanto a la casación en el fondo, la Corte en relación con la posibilidad de recurrir en contra de la denegación de una solicitud de invalidación concluye:

“que si bien la reclamante SQM tiene legitimación activa procesal para haber impetrado la acción de reclamación prevista por el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, por cumplir el presupuesto de haber solicitado la invalidación de la RCA en sede administrativa⁴⁹ [...] la entidad recurrente carecía del interés que la habilitaba como legitimada activa para impetrar la invalidación en esa sede, con la variante que, en concepto del tribunal, el interés requerido para el ejercicio de esa facultad no está previsto en la Ley N° 19.300 sino que corresponde al regulado por el artículo 21 N° 3 de la ley 19.880, que procede aplicar supletoriamente en la especie, interés que, según lo expresa la sentencia atacada, ha de

47 Corte Suprema, Rol N° 21.993-2014, op.cit., considerando 8°; y Rol N° 21.547-2014, op.cit., considerando 8°.

48 Corte Suprema, Rol N° 21.993-2014, op.cit., considerando 11°; y Rol N° 21.547-2014, op.cit., considerando 11°.

49 El artículo 18 N° 7 de la ley 20.600, señala que tratándose de un reclamo de ilegalidad presentado en contra de una resolución que resuelva un procedimiento de invalidación, tiene la calidad de parte “quien hubiese solicitado la invalidación administrativa o el directamente afectado por la resolución que resuelva el procedimiento administrativo de invalidación”.

ser de naturaleza ambiental y no meramente económico como lo desprende de las alegaciones de la reclamante”⁵⁰.

En cambio, en lo atinente a la posibilidad de recurrir en contra de la resolución que desestima una invalidación iniciada de oficio, la Corte consigna que:

“el fallo impugnado decidió que SQM carece de legitimación activa para deducir procesalmente la acción de reclamación del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 que ha intentado, toda vez que no puede estimársele solicitante en un procedimiento de esta naturaleza, y porque además no procede entenderla incorporada en el concepto de tercero directamente afectado a que se refiere la norma del artículo 18 N° 7 de la citada ley, añadiendo que carece de un interés o derecho ligado a los de naturaleza ambiental protegidos por la normativa que regula la materia”⁵¹.

Enseguida, la Corte consigna que el razonamiento medular de la casación en el fondo (relacionados con la exigencia de contar con un interés ambiental al promover la invalidación de una RCA), “consistió en adicionar los jueces, al texto del artículo 21 N° 3 de la Ley N° 19.880, una calificación del concepto de interesado que la norma no contempla, esto es, la exigencia de que se trate de un interés de naturaleza ambiental, en circunstancias que el único elemento que la disposición citada enuncia es que el tercero sea titular de un interés y que éste se vea afectado por el acto administrativo”⁵².

Sobre este punto, la Corte hace presente, en primer lugar, que de la lectura atenta del recurso se deduce que:

“el error de derecho que ha influido en lo dispositivo del fallo consiste en haber sido vulnerado particularmente el artículo 1698 del Código Civil, al pretender el fallo que correspondía a su parte acreditar un interés de carácter ambiental, ello, a pesar de que los artículos 31 y 35 de la Ley N° 19.880 imponen a la propia autoridad administrativa la carga de requerir los antecedentes que considere ausentes de la petición formula-

50 Corte Suprema, Rol N° 21.993-2014, op.cit., considerando 17°; y Rol N° 21.547-2014, op.cit., considerando 17°.

51 *Ibíd.*

52 Corte Suprema, Rol N° 21.993-2014, op.cit., considerando 19°; y Rol N° 21.547-2014, op.cit., considerando 19°.

da y, si correspondiere, adoptar las medidas conducentes a la aportación de la prueba necesaria. A lo anterior agrega que en todo caso el interés legítimo, – ambiental – económico y procedimental– sí fue sostenido y respaldado en su solicitud de invalidación, lo que debió advertir el tribunal al analizar los antecedentes”⁵³.

El máximo Tribunal agrega que, dada la naturaleza de derecho estricto del recurso de casación, el planteamiento de causales subsidiarias o alternativas “resultaría suficiente para desestimarlos en su integridad”, pues es indispensable identificar con claridad y precisión si el fallo se considera viciado por la vulneración del artículo 21 N° 3 de la Ley N° 19.880, al incorporar los sentenciadores un elemento que la norma no contempla, o bien que el fallo es nulo porque la sentencia puso de cargo del reclamante el acreditar un interés legítimo que, por lo demás, obraba en los antecedentes aportados a la solicitud de invalidación.

Asimismo, la Corte destaca que “en los tres grupos de infracciones que se ordenan como capítulos de nulidad no se formula una distinción clara de los yerros que afectaron el espectro de cada Resolución materia de la reclamación, como lo requería la formalidad de un arbitrio de esta naturaleza, en que no se pretende ni espera que el juzgador interprete y concluya a partir de premisas que figuran planteadas conjuntamente, para situaciones diversas”⁵⁴. En ese sentido, hace presente que la norma decisoria que resultaba relevante en relación con la posibilidad de recurrir ante el Segundo TA en contra de las resoluciones de la Comisión que se pronuncian sobre un procedimiento de invalidación (RE N° 78 y N° 79), era la del artículo 18 N° 7 de la Ley N° 20.600, que identifica como parte en este tipo de procedimiento a “quien hubiese solicitado la invalidación administrativa” o al “directamente afectado por la resolución que resuelva el procedimiento administrativo de invalidación”. Esta norma, “no fue sin embargo denunciada como infraccionada, ni fue desarrollado motivo alguno de nulidad sustancial que justificara suponer que los argumentos expresados en el recurso para lograr la ineficacia del fallo, podrían alcanzar a la mencionada Resolución N° 79, razones todas por lo que sólo cabe concluir que, a este respecto, el recurso debe ser desestimado”⁵⁵.

53 Ibid.

54 Corte Suprema, Rol N° 21.993-2014, op.cit., considerando 21°; y Rol N° 21.547-2014, op.cit., considerando 21°.

55 Corte Suprema, Rol N° 21.993-2014, op.cit., considerando 23°; y Rol N° 21.547-2014, op.cit., considerando 23°.

Por su parte, en relación con las resoluciones de la Comisión que denegaron la solicitud de invalidación de SQM (RE N° 73 y 74), la Corte señala que el núcleo central de la impugnación, tal y como fue planteada por SQM, se relaciona con el término *acreditar* que emplea el Segundo TA para concluir que el reclamante carece de legitimación activa para solicitar la invalidación de la RCA en sede administrativa, en la medida que no se había *acreditado* un interés de naturaleza ambiental. Sin embargo, sostiene que:

“para descartar y desestimar este rubro del recurso basta consignar que no obstante que el término utilizado en la sentencia realmente no resulta ajustado a la naturaleza de la conclusión alcanzada por la autoridad administrativa en la sede de un estudio de admisibilidad de la solicitud –como efectivamente aconteció–, lo cierto es que al margen de lo que más adelante se expresa en relación a la calidad o entidad del interés requerido, el examen de admisibilidad tendiente a evaluar la adecuada fundamentación de la pretensión, ha de exigir, a lo menos, la descripción del interés que mueve a la parte y el contenido que hace posible definir su entidad, presupuesto básico del todo ausente en la solicitud de invalidación en la que sólo se hizo referencia a la norma que se estimó aplicable, misma situación evidenciada en el recurso de reposición. El presupuesto recién aludido –de dotar de contenido y fundar adecuadamente el interés hecho valer–, resultaba indispensable como quiera que la solicitud invalidatoria persigue poner en movimiento un procedimiento tendiente a desvirtuar la presunción de legalidad, validez y legitimidad de que está dotado per se un acto administrativo. En las condiciones recién expuestas fue que la autoridad administrativa decidió desestimar la pretensión por falta de legitimación de SQM, de modo que el conflicto en análisis no dice relación con un problema de “acreditar” hechos, o con la determinación de la carga de la prueba, como se sostiene en el recurso, sino de haber carecido la pretensión del fundamento básico que justificara reconocer legitimidad al solicitante para dar curso al procedimiento administrativo”⁵⁶.

Por otro lado, al analizar el tipo de interés a que se refiere el número 3 del artículo 21 de la Ley N° 19.880, que es justamente aquél en que pretende

⁵⁶ Corte Suprema, Rol N° 21.993-2014, op.cit., considerando 24°; y Rol N° 21.547-2014, op.cit., considerando 24°.

ubicarse el propio recurrente, la Corte consigna que “es contundente la opinión en la doctrina en orden a que no se trata del mero y simple interés, como el de un ciudadano por el interés en la observancia de la legalidad; ha de tratarse de un interés protegido por el ordenamiento jurídico y que haya de afectarle, sea individualmente o, en su caso, cuando se trate de una afectación colectiva”⁵⁷. Finaliza la parte considerativa del fallo, concluyendo:

“Que, en consecuencia, si bien es posible constatar que el fallo atacado, en alusión conjunta a los derechos subjetivos e intereses, cuya titularidad es necesario esgrimir para la consideración de ser legitimado activo en la solicitud de invalidación de la RCA, concluyó –también sin distinguir si el interés invocado habría de ser entendido en su dimensión de individual o colectivo–, que el mismo debía ser de naturaleza ambiental, lo que desborda efectivamente los términos y marco en el que corresponde situar el contenido del numeral 3° del artículo 21 de la Ley N° 19.880 para evaluar su aplicación a la situación del reclamante. Sin embargo, es lo cierto que tal yerro denunciado carece de influencia en lo dispositivo del fallo. En efecto, con arreglo a lo hasta aquí razonado, y ante la evidencia que la reclamante, ni en la solicitud de invalidación ni en el recurso de reposición deducido ante la autoridad administrativa, y, a mayor abundamiento, tampoco en la reclamación judicial, más allá de citar la norma analizada e indicar que le asiste un interés ‘individual o colectivo’ –términos que no especificó–, no dotó de contenido alguno el concepto de interés reclamado, de modo que la autoridad administrativa no estuvo en condiciones de distinguir si se esgrimía un mero o simple interés no protegido jurídicamente, o si, por el contrario, era necesario analizar las variables de un eventual interés individual. En estas condiciones, aun cuando se prescindiera de la exigencia planteada en el fallo que se impugna, relativo al carácter de ambiental que debía definir el interés alegado, tal circunstancia no conduciría a variar la decisión en el sentido que interesa al recurrente por no haberse fundado la pretensión invalidatoria en interés alguno protegido por el ordenamiento jurídico, razones todas por las que cabe desestimar la razón medular y básica que sirvió de sustento para fundar los capítulos de nulidad primero y segundo del recurso”⁵⁸.

57 Corte Suprema, Rol N° 21.993-2014, op.cit., considerando 27°; y Rol N° 21.547-2014, op.cit., considerando 27°.

58 Corte Suprema, Rol N° 21.993-2014, op.cit., considerando 28°; y Rol N° 21.547-2014, op.cit., conside-

4.3. Análisis de lo resuelto.

La sentencia de la Corte Suprema tiene interés limitado desde el punto de vista ambiental: aunque se trataba de una oportunidad propicia para que se precisara el vínculo que debe existir entre el interés jurídicamente tutelado y el procedimiento en que se pretende hacer valer, la Corte dio por hecho, de modo sucinto, que exigir carácter ambiental al interés que se enuncia al invalidar una Resolución de Calificación Ambiental, *desborda* el marco del artículo 21 N° 3 de la Ley N° 19.880. Sin embargo, desestima que el error baste para producir la nulidad de la sentencia, pues aún sin él, la pretensión del reclamante no tuvo la precisión necesaria para producirla.

5. Sentencia de la Excma. Corte Suprema dictada en la causa Rol N° 23.000-2014: Caso Piscicultura río Calcurrupe

5.1. Resumen del caso

Con fecha 14 de junio de 2011, Agrícola Sichahue Ltda. presentó a la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Ríos, por medio de una Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, “DIA”), el proyecto denominado “Piscicultura Río Calcurrupe”, que consiste en la instalación y puesta en marcha de una piscicultura en un predio de tres hectáreas en la ribera norte del Río Calcurrupe, comuna de Futrono, provincia de Ranco, que será abastecida mecánicamente con aguas de dicho río. La Comisión de Evaluación de Los Ríos dictó la RE N° 53, el 11 de junio de 2012, que calificó desfavorablemente el proyecto, al estimar que éste requería de un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, “EIA”), por cuanto se generaban los efectos y circunstancias establecidas en la letra e) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, LBGMA⁵⁹.

Frente a dicho rechazo, con fecha 25 de julio de 2012, el titular del proyecto presentó la reclamación prevista en el inciso primero del artículo 20 de la Ley N° 19.300 ante la dirección ejecutiva del SEA. Por RE N° 725 de 14 de agosto de 2013, el Director Ejecutivo acogió dicho recurso, calificando favorablemente el proyecto. El 2 de octubre de 2013, se interpuso ante el Segundo Tribunal

rando 28°.

59 Literalmente señala que deben ingresar al sistema de evaluación ambiental mediante estudio, aquellos proyectos que provoquen una alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona.

Ambiental la reclamación judicial⁶⁰ en contra de la mencionada resolución del Director Ejecutivo del SEA, solicitando que se le deje sin efecto y se ordene que el proyecto en cuestión debe ser evaluado mediante un EIA y/o que para emitir un pronunciamiento sobre ese proyecto, deba previamente la autoridad correspondiente realizar la consulta que establece el Convenio N° 169 OIT a las comunidades afectadas.

En su contestación, el SEA alegó, en primer término, la excepción de incompetencia absoluta del tribunal puesto que el artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600 –al que apelan los actores para comparecer ante el Tribunal Ambiental– requiere haber agotado previamente la instancia administrativa respectiva. Asimismo, acusó la falta de legitimación activa de los reclamantes para recurrir ante sede judicial, solicitando la anulación de la resolución de que se trata, ya que, conforme al citado artículo 17 N° 5, la única persona que podría acudir al Tribunal Ambiental es el responsable del proyecto; mientras que conforme al numeral 6 del mismo precepto, solo pueden recurrir al tribunal las personas naturales o jurídicas que hubieren presentado observaciones al proyecto. Los reclamantes no se encontraban en esta última situación descrita, dado que no efectuaron observaciones, de acuerdo al artículo 30 bis de la Ley N° 19.300 y, por tanto, tampoco reclamaron ante el Director Ejecutivo sobre la falta de ponderación de tales observaciones ciudadanas. Finalmente, la parte reclamante pidió que se declarara la nulidad de derecho público de la resolución recurrida, fundándose en que fue dictada fuera del plazo fatal establecido en forma expresa por el legislador para el pronunciamiento del Director Ejecutivo del SEA, lo que la hizo insubsanablemente extemporánea.

Con fecha 18 de julio de 2014, el Segundo TA dictó sentencia definitiva⁶¹. La solicitud de que se declarase la “nulidad de derecho público”, fue rechazada, porque tanto la acción de reclamación como la solicitud de nulidad de que se trata, tienen un mismo objeto (la anulación de un acto administrativo como es la RCA) por lo que los eventuales vicios de legalidad deben ser reclamados en la oportunidad y forma que contempla el artículo 17 de la Ley N° 20.600.

En lo concerniente a la reclamación misma, el referido tribunal analizó, en primer lugar, la alegación de incompetencia absoluta. Señala que la norma invocada por los reclamantes para solicitar al tribunal que conozca de la

60 Reclamación prevista en el inciso cuarto del artículo 20 de la LBGMA, en relación con el artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600.

61 Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-16-2013, sentencia de fecha 18 de julio de 2014.

anulación de la resolución del Director Ejecutivo del SEA, es la del artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600⁶². Sin embargo, sostiene que asunto distinto es determinar si los reclamantes tienen legitimación activa para recurrir al tribunal solicitando la nulidad de la RCA, en tanto acoge la reclamación administrativa presentada por el titular del proyecto, conforme al inciso primero del artículo 20 de la Ley N° 19.300. En la sentencia, para resolver esta discusión, tienen presente el artículo 18 de la Ley N° 20.600, donde se establece quiénes se encuentran legitimados para comparecer ante el Tribunal Ambiental. Así, en lo que respecta a la reclamación del caso, el referido artículo 18 prescribe que “[...] podrán intervenir como parte en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales [...] 5) En los casos de los números 5) y 6) –del artículo 17- las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones –en sede administrativa– de conformidad a la ley”. Por lo tanto, en la sentencia se concluyó que se encuentran legitimados para interponer la reclamación del artículo 17 N° 5, los titulares de proyectos que hayan agotado previamente la vía administrativa, puesto que son los únicos que pueden ejercer la reclamación administrativa prevista en el inciso primero del artículo 20 de la Ley N° 19.300. Posteriormente, en base a lo resuelto por el Director Ejecutivo o el Comité de Ministros, en su caso, podrán reclamar ante el Tribunal Ambiental, conforme al citado artículo 17 N° 5, en relación al inciso cuarto del artículo 20 señalado. Por lo tanto, de acuerdo a la sentencia, el legitimado activo para recurrir en un caso como el comentado, es el titular del proyecto, calidad que no tienen los reclamantes. Se concluye, en consecuencia, que éstos no cuentan con la legitimación activa. En contra de esta dicha decisión, la parte reclamante dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo.

5.2. Sentencia de la Excm. Corte Suprema

Con fecha 22 de abril de 2015, la Corte, en primer lugar, rechaza el recurso de casación en la forma. La recurrente interpuso dicho recurso argumentando que la sentencia no cumplía con los requisitos dispuestos en la ley, específicamente, que contenía decisiones contradictorias al haberse declarado competente y, luego, desestimar la reclamación por falta de legitimación activa; y que la sentencia omite la decisión del asunto controvertido, al no pronunciarse sobre las cuestiones de ilegalidad de fondo.

62 Dicha disposición establece que “los Tribunales Ambientales serán competentes para [...] N° 5. Conocer de la reclamación que se interponga en contra del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la Ley N° 19.300”.

El máximo tribunal resuelve que no es incompatible el hecho de que el Tribunal Ambiental se haya declarado competente para conocer el asunto con la decisión de que la parte reclamante no tenía legitimación activa, que se trata de una cuestión de fondo. En cuanto a que omitió resolver el asunto de fondo, la referida Corte señala que el Segundo TA, al descartar la legitimación de la parte reclamante, no se encontraba en la obligación de pronunciarse sobre los demás asuntos sometidos a su decisión. Respecto al recurso de casación en el fondo, los recurrentes alegan que el Segundo TA razona que solo el titular del proyecto ha podido interponer el reclamo judicial del artículo 20 inciso cuarto de la Ley N° 19.300, LBGMA, al que luego se refiere el artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600. En este sentido señala:

“sólo se encuentran legitimados para ejercer esta acción los titulares de los proyectos o actividades sometidos al Sistema de Evaluación Ambiental que son, a su vez, ‘las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley’, según exige el artículo 18 N° 5 de la Ley de Tribunales Ambientales [...] los reclamantes tampoco podían hacer uso de la reclamación prevista en el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, por cuanto ésta puede ser ejercida por los terceros quienes hayan sido parte de un proceso de participación ciudadana cuando sus observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la Resolución de Calificación Ambiental y hubieren agotado previamente la vía recursiva administrativa. En la especie, los actores no formularon observaciones que no hayan sido debidamente ponderadas en la Resolución de Calificación Ambiental que les hubiese permitido dirigirse posteriormente ante el Tribunal Ambiental invocando la acción de reclamación contenida en citado artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600”⁶³.

Finalmente, la Corte Suprema agrega que “[l]a sentencia recurrida ha resuelto correctamente al declarar la falta de legitimación activa de los actores y desestimar por tal motivo su reclamación, puesto que efectivamente no se les ha contemplado como titulares de la acción de reclamación prevista en el artículo 20 de la Ley de Bases del Medio Ambiente, en relación con el artículo 17 N° 5 de la Ley de Tribunales Ambientales”⁶⁴.

63 Corte Suprema, Rol N° 23.000-2014, sentencia de fecha 22 de abril de 2015, considerando 7°.

64 Ibid., considerando 10°.

5.3. Análisis de lo resuelto

Un análisis estrictamente legal de las disposiciones involucradas, lleva claramente a establecer que lo resuelto por el Segundo TA y la Corte Suprema es correcto. Efectivamente, frente a una RCA que se pronuncia sobre una DIA, de acuerdo al artículo 17 N° 5 y N° 6, sólo tendrán la legitimación para concurrir al referido tribunal especial, las personas naturales o jurídicas que presentaron sus reclamaciones en conformidad a la ley, es decir, una vez agotada la vía administrativa. Lo anterior implica que las personas, como los reclamantes y recurrentes de este caso, quedarían sin acción para poder llegar a la revisión judicial de una RCA que se pronuncia sobre una DIA⁶⁵.

Sin embargo, es interesante analizar la prevención hecha por el Ministro Pierry, quien fue claro en señalar que existe la posibilidad de “invalidar” en este caso y puntualiza que la ley reconoció dos vías para dicho efecto, una propia, la reconocida en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, y otra impropia (dado que tendría más naturaleza de recurso), que corresponde a la reconocida en el inciso primero del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600. En este sentido, el referido ministro señaló que:

“existen dos tipos de invalidación; la general de acuerdo a la Ley de Procedimiento Administrativo, excluida para el responsable del proyecto y los terceros intervinientes en el procedimiento, con reclamo ante el tribunal ambiental cuando la Administración invalida; y la ‘invalidación impropia’ o invalidación recurso, para los terceros que no han intervenido en el procedimiento, así como también para el responsable del proyecto y los terceros que han intervenido en el procedimiento administrativo, con un plazo de treinta días para reclamar ante el tribunal ambiental, ya sea que se acepte o rechace la solicitud de invalidación; debiendo resolverse respecto a estos últimos, si esta invalidación que vendría a ser una reposición, mantiene el plazo general de cinco días de la Ley de Procedimiento Administrativo o el de treinta días que hemos estado proponiendo”⁶⁶.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, corresponde analizar si es correcta la prevención transcrita. Al respecto, es evidente que el objetivo de la

65 Situación que se supera con la posibilidad de abrir procedimientos de participación ciudadana en la evaluación ambiental de DIAs con cargas ambientales.

66 Corte Suprema, Rol N° 23.000-2014, op.cit., prevención Ministro Pierry, considerando 11°.

misma era dejar en claro que los terceros que no han participado en la evaluación ambiental, podían impugnar una RCA a través de la denominada “invalidación impropia”.

Este razonamiento, a nuestro juicio, es discutible, dado que los terceros que no han sido parte de la evaluación ambiental pueden promover un procedimiento de invalidación de la RCA, cumpliendo con un requisito que el mismo máximo tribunal ha establecido y aclarado en la sentencia dictada en el “caso SQM” (ver punto 4), esto es, “tener un interés protegido por el ordenamiento jurídico”. Dicha invalidación debiera cumplir las formas y plazos dispuestos en el artículo 53 de la Ley N° 19.880 y, respecto del acto administrativo que decida dicho procedimiento invalidatorio, se podrá impugnar judicialmente, en virtud del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, estando legitimado para comparecer en juicio en este caso, de acuerdo al artículo 18 N° 7 de la misma ley, “quien hubiese solicitado la invalidación administrativa o el directamente afectado por la resolución que resuelva el procedimiento administrativo de invalidación”.

Asimismo, quienes fueron parte de la evaluación ambiental pueden impugnar la RCA en virtud del artículo 17 N° 5 y N° 6 de la Ley N° 20.600, o abriendo un procedimiento de invalidación, teniendo la limitación dispuesta en la parte final del artículo 18 de la referida ley, esto es: “[...] no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley N° 19.880 una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido”.

6. Conclusiones

De los casos revisados para este trabajo se pueden elaborar algunas conclusiones. En primer lugar, las sentencias de los tribunales ambientales se pronuncian sobre materias claves para el desarrollo del derecho ambiental en Chile. Es decir, las sentencias dictadas por los tribunales ambientales y que hasta ahora han sido revisadas por la Corte Suprema, dicen relación con instituciones fundamentales de esta disciplina jurídica. Por ejemplo, la procedencia de la reserva de información frente al acceso a la información y la participación ciudadana dentro del SEIA; la configuración de la elusión al SEIA por parte de un proyecto de inversión que se pretende ejecutar dentro de un área protegida; la procedencia del concurso infraccional en materia sancionatoria ambiental;

la legitimación activa en materia de medio ambiente; la fundamentación exigida para las resoluciones sancionatorias de la SMA; la necesidad de que exista un interés ambiental para poder solicitar la invalidación de una RCA; y la legitimación activa para reclamar judicialmente de una RCA, por parte de personas que no han intervenido en el proceso de participación ciudadana desarrollado en la evaluación ambiental de un proyecto. Todos estos temas, sin duda, resultan ser de gran interés para quienes son sujetos de derechos ambientales y para aquellos que deben aplicar la legislación ambiental. De ahí la relevancia de lo que disponga la Corte Suprema en sus sentencias, que ponen término a los conflictos judiciales en que estas materias son discutidas.

Sin embargo, como se ha podido establecer en el análisis aquí efectuado, la Corte ha sido reacia a entrar de lleno en la definición de las materias propias de la disciplina del derecho ambiental y ha optado más bien por referirse a cuestiones de derecho procesal (por ejemplo, la calidad de tercero coadyuvante de una parte en el proceso judicial) o administrativas (por ejemplo, el principio de conservación del acto administrativo). Lo anterior, en todo caso, no tiene por qué ser negativo. Por el contrario, se puede interpretar como una tendencia deliberada de la Corte Suprema en el sentido de guardar una estricta deferencia con los Tribunales Ambientales, relegando en ellos la completa determinación de las cuestiones técnico-ambientales de fondo.

EL PODER DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO PARA PLANIFICAR LAS CIUDADES: REPOSICIÓN DE LAS DECLARATORIAS DE UTILIDAD PÚBLICA EN LA LEY GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIONES

*Pablo Soto Delgado*¹

Resumen

Con ocasión de la dictación de la Ley N° 20.791, el texto revisa la nueva regulación de las declaratorias de utilidad pública, así como la reposición de aquellas que caducaron conforme a las leyes N° 19.939 y 20.331. Se señala que la planificación urbana exige estos mecanismos que la Constitución autoriza en virtud de la función social de la propiedad.

Introducción

Las declaratorias de utilidad pública contenidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones han sido duramente criticadas por parte de quienes consideran que se trata de una vulneración al derecho de propiedad asegurado constitucionalmente. El legislador, persuadido por esa idea, estableció, en el año 2004, plazos para que las afectaciones caducaran. Una vez extinguidas las declaratorias, las ciudades quedarían entregadas a la libre iniciativa privada en su configuración, perdiéndose así futuras redes viales y áreas verdes contempladas en los planes reguladores². Sin embargo, 10 años después, en 2014, el legislador repuso las declaratorias de utilidad pública vencidas, a

1 Abogado. Profesor de Derecho Administrativo y Doctorando en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Correo electrónico: pablo.soto@mail.udp.cl. El autor agradece la valiosa colaboración, en la preparación de este texto, a la ayudante de investigación Carolina Durán Nicomán, de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

2 *Ciperchile.cl*, Un Nuevo lucro: la desafectación de áreas verdes, 19 de febrero de 2013.

través de la Ley N° 20.791³, acusándose con ello al Estado de haber resucitado nada menos que la confiscación⁴.

El presente texto tiene por objeto dar cuenta de dicho cambio regulatorio y analizar las declaratorias de utilidad pública a la luz de la discusión nacional como un mecanismo de planificación urbana, efectuando una reflexión acerca de su legitimidad constitucional y necesidad en manos de la Administración del Estado. A tal efecto, en primer lugar, se analiza la idea de planificación urbana y las declaratorias de utilidad pública como una de sus herramientas, revisándose su evolución legislativa (1). Enseguida, se exponen las consecuencias de haberse decretado la caducidad de las declaratorias de utilidad pública (2). Luego, se explica el nuevo régimen que la Ley N° 20.791 fijó para esas afectaciones (3). Finalmente, se entrega una posible lectura acerca de la constitucionalidad de estas medidas (4).

1. Declaraciones de utilidad pública para planificar las ciudades

1.1 Planificación urbana para el bien común

La planificación de las ciudades hace referencia al desarrollo o preservación a largo plazo de ciertas zonas de la urbe, articulando la relación entre los objetivos locales, regionales y de la comunidad⁵. Es un modo de tomar decisiones acerca de los centros urbanos que, originalmente, solo consideró cuestiones de diseño físico y estético a cargo de arquitectos: simplemente se trataba de un tipo de arquitectura a gran escala, referida a una ciudad completa o a una parte considerable de ella. Este modo de concebir la planificación urbana evolucionó, sin embargo, hacia visiones de tipo sistémico o de procesos racionales, lo cual significó, entre otras cuestiones, pensar en las ciudades como sistemas de actividades interrelacionadas en constante movimiento, enfatizándose el análisis del desenvolvimiento de las actividades económicas, la vida social y su entorno. De ahí que las ciudades no puedan ser consideradas como un estado de cosas finalizado, sino que como un proceso en marcha que requiere investigación empírica y racionalidad científica en su implementación⁶. La

3 Promulgada el 24 de octubre de 2014 y publicada en el Diario Oficial el 29 de octubre de 2014.

4 Df.cl, Ley 20.971 (sic): Resucitando la confiscación, 10 de febrero de 2015.

5 Cullinworth, J. Barry, *The political culture of planning. American land use planning in comparative perspective*, (Routledge), 1993, p. 9.

6 Taylor, Nigel, *Urban Planning Theory Since 1945*, (SAGE Publications), 1998, pp. 159-160.

Ley General de Urbanismo y Construcciones⁷ (en adelante, “LGUC”) precisamente plantea la actividad planificadora de la urbe, basándose en los elementos antes mencionados, y definiéndola como “el proceso que se efectúa para *orientar y regular* el desarrollo de los centros urbanos en función de una política nacional, regional y comunal de desarrollo socio-económico”⁸.

A nivel comparado, desde fines de los años 70 e inicios de los 80, se puso en cuestión la radicación de la responsabilidad de la planificación urbana en el Estado⁹. En Chile, en torno a las transformaciones económicas de mediados de los años 70, se fijó como principio de organización en ciertos mercados la ausencia de regulación¹⁰, idea que se estructuró discursivamente sobre la base de la denominada “primacía de la persona humana” y el principio de subsidiariedad¹¹, teniendo por objeto reducir conscientemente la intervención estatal en diversas áreas¹². Una de ellas fue la referida a la planificación urbana que, bajo el supuesto de que el suelo no era un bien escaso, implicó la fijación, en 1979, de una Política de Desarrollo Urbano “de cuño extremadamente liberal”¹³. Lo anterior da cuenta de dos posiciones respecto a la planificación urbana: la organiza el Estado o bien queda entregada al mercado¹⁴. Esta dicotomía refleja la tensión clásica subyacente al Derecho Público entre, por una parte, el énfasis en los derechos individuales –en este caso, las facultades subjetivas de acción del propietario de un inmueble, que deben limitar la actuación estatal–, y por otra, la necesidad del Estado de proporcionar bienestar

7 DFL N° 458 de 18 de diciembre de 1975, publicado en el Diario Oficial el 13 de abril de 1976.

8 Artículo 27 LGUC. El original sin cursivas.

9 Taylor, Nigel, op. cit., 1998, p. 152.

10 Paredes, Ricardo, “Regulación Económica en Chile: La Opción por un Enfoque No Estructural”, en Larraín, Felipe y Vergara, Rodrigo (editores), *La Transformación Económica de Chile*, (Centro de Estudios Públicos), 2000, p. 164.

11 Véase, Soto Kloss, Eduardo, “La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho Público Chileno”, en Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, (Abeledo Perrot), 2012, pp. 39 y ss; y Soto Kloss, Eduardo, “El principio de subsidiariedad”, en Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, (Abeledo Perrot), 2012, pp. 109 y ss; y

12 Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*, (Editorial Jurídica de Chile), 2009, p. 71.

13 Rajevic, Enrique, “Derecho y Legislación Urbanística en Chile”, en Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. II, N° 2 (Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile), 2000, p. 543.

14 Sobre este punto, véase, Vicuña del Río, Magdalena, “El marco regulatorio en el contexto de la gestión empresarialista y la mercantilización del desarrollo urbano del Gran Santiago, Chile”, en Revista INVI, N° 78 (Instituto de la Vivienda/Facultad de Arquitectura y Urbanismo Universidad de Chile), 2013, pp. 183 y ss.

a los individuos que forman parte de la comunidad¹⁵. Reconociendo esta oposición, se afirma que el Derecho Urbanístico tiene por objeto conciliar el interés público con el interés privado¹⁶.

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, la planificación –incluyendo la urbana– consiste en la fijación previsor de objetivos, anticipando los comportamientos necesarios que los llevarán a cabo¹⁷. Es indiscutible la necesidad de planificar en distintos ámbitos, tomando en cuenta la progresiva división de funciones en el espacio estatal, la escasez de los recursos (la del suelo urbano entre ellos)¹⁸ y capacidades disponibles, así como los diferentes y contrapuestos intereses presentes en una comunidad. La planificación debe impulsar, a través de medidas estatales, el desarrollo económico y social¹⁹, para lo cual requiere una cierta autonomía, tanto en relación con la fijación de objetivos, como, también, en la elección de los medios. Por ello, el centro de gravedad de la planificación se encuentra en el Legislativo y el Gobierno y su resultado es el plan²⁰ (los planes reguladores). Es necesario señalar que, en el caso chileno, se ha reconocido el anclaje constitucional de esta actividad planificadora urbana por parte del Tribunal Constitucional²¹.

Tratándose de la planificación urbana, los planes reguladores son el elemento central de la legislación urbanística. Sus procesos de gestión, órganos y figuras jurídicas tienen por objeto plasmarla en la realidad²². Uno de los instrumentos jurídicos que hacen posible la concreción de la planificación urbana, son las declaratorias de utilidad pública, que afectan terrenos privados contemplados, en los planes reguladores confeccionados por la Administración, para futuras redes viales, áreas verdes u otra clase de equipamiento, previa expropiación del

15 Rubin, Edward, *Beyond Camelot: Rethinking politics and law for the modern state*, (Princeton University Press), 2005, p. 28.

16 Rajevic, Enrique, “La planificación urbana en Chile”, en *Revista de Derecho*, N° 3, (Consejo de Defensa del Estado), 2000, p. 81.

17 Maurer, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, (Marcial Pons), 2011, p. 427.

18 Figueroa Velasco, Patricio y Figueroa Valdés, Juan, *Urbanismo y Construcción*, (LexisNexis), 2006, p. 79.

19 Maurer, Hartmut, op. cit., 2011, p. 426.

20 Maurer, Hartmut, op. cit., 2011, p. 427.

21 Recientemente ha señalado el Tribunal Constitucional: “Debe notarse que la planificación territorial que realiza el Estado constituye un pilar fundamental para la convivencia social en el espacio urbano, por lo que se relaciona de modo directo con el deber estatal establecido en el inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución.” Véase, Tribunal Constitucional, Rol 2644-14-INA, sentencia de fecha 27 de enero de 2015, considerando 22°.

22 Figueroa Velasco, Patricio y Figueroa Valdés, Juan, op. cit., p. 78.

bien. Durante el tiempo que media entre la calificación de utilidad pública y el ejercicio de la potestad expropiatoria, el inmueble queda sujeto a una específica regulación en cuanto al volumen de construcción. Su función precisa consiste en permitir el posterior proceso de apertura o ensanche de calles y la instalación de las áreas verdes dibujadas en el plano²³. Como se verá, uno de los problemas que se ha producido con este mecanismo, se encuentra en la extensión del tiempo que media entre la declaratoria efectuada por el respectivo plan y el momento que se produce la expropiación, cuestión que ha explicado los diversos cambios legislativos en la materia.

1.2 Entre perpetuidad y caducidad: evolución de la declaratoria de utilidad pública en la LGUC

1.2.1 El artículo 59 de la LGUC

En la legislación chilena dictada durante el siglo XX, desde 1931 es posible que se declaren de utilidad pública las propiedades particulares que estuvieran comprendidas dentro de los trazados de las nuevas vías y espacios públicos contenidos en el plano oficial de urbanización, como también aquellas que, de acuerdo al mismo plano y la Ordenanza General de la ley, se requieran para el ensanche, prolongación o transformación de las vías y espacios públicos existentes. En los terrenos sujetos a la afectación, se prohibían nuevas construcciones, y la línea de edificación contenida en el plano oficial de la ciudad o población y la Ordenanza General sería el límite para otorgar los permisos respectivos²⁴.

Manteniendo esta técnica, la actual LGUC, en su versión original publicada en 1976²⁵ recogía diversas disposiciones que regulaban la declaratoria

23 Observatorio de Iniciativas Legislativas, “Apuntes Legislativos. Declaratorias de Utilidad Pública y aportes al Espacio Público: Reflexiones en torno a las modificaciones a la LGUC”, N° 16 (Centro de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica), 2012, p. 3.

24 Artículos 37 y 39 del DFL N° 345 de 20 de mayo de 1931, publicado en el Diario Oficial con fecha 30 de mayo de 1931. Una reseña de esta primera Ley y Ordenanza General sobre Construcciones y Urbanización en Rajevic, Enrique, “Derecho y Legislación Urbanística en Chile”, en Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. II, N° 2 (Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile), 2000, p. 539.

25 En Fernández Richard, José, “Historia del Derecho Urbanístico Chileno”, en Revista de Derecho Público, Vol. 77, (Facultad de Derecho Universidad de Chile), 2012, p. 91, puede hallarse una explicación acerca de la delegación para dictar la LGUC, efectuada por la Junta de Gobierno al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, mediante el Decreto Ley N° 602 del año 1974. Crítico a la legislación urbanística “de espaldas al parlamento”, Rajevic Mosler, Enrique, “El paulatino pero insuficiente desarrollo del Derecho urbanístico en Chile: en tránsito de la adolescencia a la madurez”, en Fórum de Direito Urbano e Ambiental, año 9, N° 54, nov./dic., (Fórum), 2010, pp. 61 y ss.

de utilidad pública y sus efectos. A través del artículo 59 de ese cuerpo normativo quedaron sujetos a la utilidad pública todos aquellos terrenos que en el respectivo plan regulador comunal estuvieran destinados a espacios de tránsito público (calles, plazas, parques u otros) y sus ensanches, es decir, vialidad y áreas verdes; y equipamiento comunitario (escuelas, hospitales, jardines infantiles, retenes de Carabineros y oficinas o instalaciones fiscales y municipales)²⁶. Para el titular del inmueble, se producían cinco consecuencias directas en virtud de la declaración. Las tres primeras, adquirirían forma de gravamen, y consistían en: prohibir el aumento del volumen en las construcciones existentes a la fecha de aprobación del Plan Regulador²⁷; impedir que se realizaran nuevas construcciones; y proscribir la reconstrucción, alteración y reparación de edificios existentes²⁸. Los últimos dos efectos –esta vez beneficiosos, aunque muy restrictivos– consistían en la suspensión del pago de las contribuciones de bienes raíces, siempre que dichos terrenos no generaran renta²⁹, y en la posibilidad de solicitar autorización a la Dirección de Obras Municipales para construir, reconstruir o alterar los inmuebles declarados de utilidad pública cuando existieran motivos justificados y el propietario del inmueble renunciara por anticipado, mediante escritura pública, a toda indemnización o pago por las mejoras u obras, lo que tendría efecto al llevarse a cabo la expropiación³⁰ conforme a unas disposiciones especiales contenidas en el entonces Capítulo VII del Título II de la LGUC³¹.

En esta versión original de la LGUC, al no existir un plazo fijado, las declaratorias de utilidad pública eran indefinidas, cuestión que en la práctica implicó, de acuerdo al Ejecutivo, que “muchas veces las obras necesarias para materializar el Plan Regulador no se ejecuta[ra]n en un período prudente, ni se expropia[ra]n los terrenos”³².

26 La versión original del artículo 51 de la LGUC disponía que los trazados de los Planes Reguladores Comunales se llevarían a cabo, entre otros medios, a través de “las expropiaciones derivadas de la declaración de utilidad pública contenida en el artículo 59”.

27 Versión original del inciso 2° del artículo 59 de la LGUC.

28 Versión original del artículo 121 de la LGUC.

29 Versión original del artículo 99 de la LGUC. *Contrario sensu*, un inmueble gravado que rentara no podía acceder a la suspensión.

30 Versión original del artículo 121 de la LGUC. Bajo este mecanismo, según esa misma disposición, la renuncia afectaba a todos los sucesores del renunciante en el dominio del inmueble, siendo, además, de cargo del propietario la demolición de las mejoras.

31 Artículos 83 a 104 de la LGUC.

32 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 19.939, p. 4.

1.2.2 La Ley N° 19.939: fijando plazos de caducidad

En este contexto, el año 2003, mientras el Ministerio de Vivienda y Urbanismo estudiaba un proyecto de modificación a la LGUC, a petición de la Comisión de Vivienda y Desarrollo Urbano de la Cámara de Diputados se desglosó de aquél³³ una iniciativa que modificaba el entonces artículo 59, con el objeto de establecer un plazo de caducidad a la declaración de utilidad pública. De esta manera, sostuvo el Ejecutivo, se pretendía obtener el efecto de forzar a la autoridad administrativa para que modificara los planes reguladores, ajustando las superficies sujetas a dicha declaratoria, en concordancia con las *posibilidades reales* de materializar las expropiaciones³⁴. Durante la discusión en sala en la Cámara, el entonces Ministro de Vivienda y Urbanismo, afirmó que la idea tras la propuesta consistía en “compatibilizar, con marcos de tiempo, la planificación urbana –es decir, planear parques, plazas y calles– con el derecho de propiedad. Muchas veces [...] la declaración de utilidad pública, por décadas, de determinados sectores de los centros históricos de las ciudades, significó deterioro, disminución de valor y abandono de sus centros, con todo lo que ello implica en términos de pérdida del patrimonio urbano y la competitividad de nuestras ciudades. Con esta iniciativa se trata de hacer compatible el desarrollo urbano, el crecimiento de las ciudades, con el derecho de propiedad”³⁵.

El resultado fue la dictación de la Ley N° 19.939³⁶, que reemplazó el artículo 59 original por uno nuevo que, en lo sustancial, dispuso:

- (i) La declaración de utilidad pública en los terrenos localizados en *áreas urbanas y de extensión urbana* contenidos en los planes reguladores comunales e intercomunales, destinados a vías expresas, troncales, colectoras, locales y de servicio y parques intercomunales y comunales, incluidos sus ensanches.
- (ii) Tratándose de inmuebles ubicados en áreas urbanas, el plazo de caducidad de la declaratoria sería de 10 años para las vías expresas, y de 5 años para las vías troncales y colectoras y los parques intercomunales y comunales. Para los terrenos destinados a vías troncales, colectoras y parques intercomunales, se autorizaba la prórroga, por una sola vez,

33 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 19.939, p. 4.

34 Mensaje N° 007-349 de 22 de mayo de 2003.

35 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 19.939, p. 53.

36 Publicada en el Diario Oficial el 13 de febrero de 2004.

por 5 años más (no se incluyeron las vías expresas, las vías de servicio, las vías locales ni los parques comunales). La prórroga se tramitaría conforme al procedimiento establecido para la modificación del respectivo instrumento de planificación territorial.

(iii) En el caso de los terrenos situados en áreas de extensión urbana, el plazo de caducidad de la declaratoria, sin importar su destino, sería de 10 años, pudiendo prorrogarse una vez por igual lapso.

(iv) Vencidos dichos plazos, caducaría automáticamente la declaratoria de utilidad pública y todos sus efectos. Luego de ello, el municipio se encontraba obligado a fijar nuevas normas urbanísticas aplicables a las áreas desafectadas, asimilándolas a las de la zona predominante de las adyacentes al terreno³⁷.

(v) En los terrenos afectos a la declaración de utilidad pública y, mientras se procedía a su expropiación³⁸ o adquisición, no se podría aumentar el volumen de las construcciones existentes a la fecha de aprobación del respectivo plan regulador, en la parte del inmueble que esté afecta a dicha declaratoria si ésta fuere parcial.

(vi) Los planes reguladores no podrán declarar de utilidad pública terrenos ubicados en áreas rurales.

Como beneficios para los propietarios, además de la caducidad de la declaratoria, se contempló lo siguiente: (a) la prohibición de aumentar el volumen de construcción sólo tiene efecto para aquella parte del inmueble afecta a declaratoria de utilidad pública³⁹; y (b) en el caso de producirse la caducidad de la declaratoria de utilidad pública, *el inmueble no podrá estar nuevamente afecto a igual medida*⁴⁰, a menos que el acto expropiatorio se dicte dentro del plazo de 60 días contados desde la fecha de entrada en vigencia de la nueva declaratoria. Expirado dicho plazo, caducaría automáticamente la declaratoria de utilidad pública⁴¹.

37 Lo que debía efectuarse dentro del plazo de 6 meses, contado desde la caducidad de la declaratoria, por la municipalidad respectiva, mediante decreto alcaldico, previo informe de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo.

38 Expropiación que, conforme al nuevo artículo 83 que la Ley N° 19.939 también incorporó, se sujeta al procedimiento contemplado en el Decreto Ley N° 2.186, de 1978, Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones.

39 En la normativa vigente hasta el momento se consideraba “congelada” toda la propiedad.

40 Esto equivalía, en la práctica a que ningún plan regulador futuro podría afectar el inmueble y, en consecuencia, una renuncia a la planificación estatal en materias de circulación y áreas verdes.

41 El breve plazo para expropiar obedecía a una precaución en favor del Estado, porque una vez caducada

La Ley N° 19.939, agregó, además, el siguiente artículo transitorio:

“Artículo transitorio.- Las declaratorias de utilidad pública a que se refiere el artículo 59 del decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones, que se encuentren vigentes a la fecha de publicación de esta ley, caducarán automáticamente, junto a sus efectos, en los mismos plazos establecidos en los incisos segundo y tercero del mencionado artículo, contados a partir de la fecha de la declaratoria, permaneciendo ésta vigente, en todo caso, por un plazo de cinco años desde la entrada en vigencia de la presente ley si los lapsos faltantes fueran inferiores.

Con todo, tratándose de declaratorias existentes en áreas rurales, éstas caducarán de pleno derecho al momento de publicarse la presente ley”.

Lo anterior significaba que todas aquellas declaratorias de utilidad pública vigentes a la fecha de publicación de la Ley N° 19.939, ocurrida el 13 de febrero de 2004, de acuerdo a este artículo transitorio, extendieron automáticamente su vigencia hasta el día 13 de febrero de 2009, después de lo cual se entenderían caducadas, salvo que hubiesen sido prorrogadas previamente. Asimismo, implicaba, como lo explicó en su momento la Contraloría General de la República, un régimen transicional que extendía el plazo de las declaratorias vigentes en caso que ellas fueran menores a 5 años:

“Existe, pues, en la ley un plazo mínimo de transición de cinco años para la vigencia de aquellas declaratorias de utilidad pública establecidas por los instrumentos de planificación territorial dictados con antelación a la preceptiva en análisis. Por tanto, por ejemplo, si la declaratoria de utilidad pública de un terreno urbano que se destinaría a vía expresa, cuyo plazo es de diez años, fue efectuada ocho años antes de la vigencia de la ley, caducará no dos años después, sino en cinco años más; si la declaratoria de utilidad pública se efectuó dos años antes de la vigencia de la ley, la caducidad se producirá dentro de ocho años desde su vigencia”⁴².

la declaratoria sería posible construir en todo el terreno, incluso en la franja que el Plan Regulador había destinado a calle o avenida, y habría de expropiarse con dicha construcción inclusive, aumentando el costo.

42 Contraloría General de la República, dictamen 10.070, de fecha 5 de marzo de 2008.

1.2.3 Necesidad de prorrogar las declaratorias por un año: la Ley N° 20.331

La Ley N° 19.939, sin embargo, requirió una actualización por parte del legislador, en virtud de diversos problemas de implementación que –estimó el Ejecutivo– debían corregirse. Éstos consistieron en⁴³:

(i) Dificultad de aplicar prórrogas de las declaratorias, pues, conforme a la ley ellas debían efectuarse conforme al procedimiento establecido para la modificación del respectivo instrumento de planificación territorial (planes reguladores), cuestión compleja y de alto costo⁴⁴.

(ii) Dificultades de actualización de los planes reguladores, al producirse una confusión respecto a si los planes reguladores pueden establecer nuevas declaratorias en el futuro, dado que la ley estableció que un inmueble afectado no podría ser declarado nuevamente afecto a utilidad pública para los mismos usos, a menos que el acto expropiatorio se dictará dentro del plazo de 60 días contado desde la fecha de entrada en vigencia de la nueva declaratoria. Esta redacción llevaba a la conclusión de que, caducada una declaratoria de utilidad pública, un plan regulador comunal o intercomunal jamás podría en el futuro volver a afectar un mismo predio para la misma finalidad.

(iii) Efectos indeseados a causa de la caducidad, que se produciría el 14 de febrero de 2009, consistentes en que las áreas destinadas a parques intercomunales y comunales, así como las destinadas a vías para el tránsito de vehículos y sus ensanches, ya no estarán sujetas a expropiación. Se estimó que la caducidad de declaratorias de utilidad pública produciría que más del 40% de los proyectos viales en el país y el 70% de los proyectos de vialidad en la Región Metropolitana, no podrían efectuarse.

Por estas razones, se ingresó al Congreso una iniciativa de ley que pretendía corregir dichos problemas⁴⁵, proponiendo que las declaratorias podían ser prorrogadas, por una sola vez, por igual período al del plazo de caducidad, simplificando el procedimiento administrativo para la prórroga de la declaratoria de utilidad pública. Asimismo, reponía la posibilidad de que el respectivo instrumento de planificación pudiera nuevamente declarar de utilidad pública un predio cuya afectación hubiese caducado, en el entendido que la

43 Para lo que sigue, véase Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.331, pp. 5-7.

44 Al requerirse estudios obligatorios para un instrumento de planificación, procesos de consultas y participación, y el sometimiento al entonces Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

45 Mensaje N° 655-356 de 11 de agosto de 2008.

caducidad no podía limitar *ad eternum*⁴⁶ la finalidad planificadora del respectivo plan regulador. El proyecto también contenía una disposición transitoria que procuraba solucionar el problema de todos aquellos instrumentos de planificación territorial que no alcanzaran a realizar las prórrogas necesarias de las declaratorias de utilidad pública antes del 13 de febrero de 2009, es decir, aquellas del artículo transitorio de la Ley N° 19.939, renovando la vigencia de las mismas, por el plazo de un año. Adicionalmente, se otorgaba facultades al Intendente o Alcalde, según el caso, para singularizar en un listado las declaratorias cuya renovación no era necesaria. Finalmente, el Mensaje permitía la prórroga de las declaratorias renovadas, conforme a los nuevos procedimientos simplificados.

Del conjunto de regulaciones que contemplaba el proyecto, sólo se concretó la renovación, por un año, de las declaratorias de utilidad pública vigentes al momento de publicarse la Ley N° 19.939, y la posibilidad de su prórroga por 5 o 10 años conforme al procedimiento establecido para la modificación del respectivo instrumento de planificación territorial. Lo anterior, en razón de un acuerdo con el Ejecutivo en la Comisión de Vivienda y Desarrollo Urbano de la Cámara de Diputados⁴⁷, quedando un único artículo en la nueva Ley N° 20.331:

“Artículo único.- Renuévase las vigencias de las declaratorias de utilidad pública a que se refiere el inciso primero del artículo transitorio de la ley N° 19.939, por el plazo de un año, contado desde la fecha de publicación de esta ley.

Las declaratorias de utilidad pública que renueven su vigencia conforme a las disposiciones del inciso primero de este artículo podrán prorrogarse, conforme a las disposiciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 59 del decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones”.

46 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.331, p. 8.

47 Como lo indica el diputado informante a la Sala: “En el acuerdo se tuvo presente de manera especial el compromiso del Ejecutivo –materia sobre la cual se discutió largamente en la Comisión– en orden a estudiar compensaciones de tipo económico para quienes pudieren ver afectados sus bienes raíces por este gravamen, que continuará vigente, y también el hecho de que la planificación urbanística considera trazados que, de alterarse, podrían provocar algún tipo de desorden a nivel urbano.” Véase Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.331, p. 38.

2. Efectos y conflictos por la caducidad de la declaratoria

2.1 Los problemas

El plazo de caducidad de las declaratorias renovadas se cumplió en general el 13 de febrero de 2010, sin que se llevaran a cabo las prórrogas. Como consecuencia de ello, las municipalidades debieron fijar nuevas normas urbanísticas para los predios anteriormente gravados, asimilándolas a las de la zona predominante de las adyacentes al terreno. Así, por ejemplo, tratándose de inmuebles que, de acuerdo al plan regulador se ubicaban en zonas consideradas áreas verdes contiguas a zonas residenciales, por efecto de la caducidad debían adquirir una regulación equivalente a esta última. Ciertamente, se producía, por fin, el efecto que la Ley N° 19.939 buscó: permitir la disponibilidad de los inmuebles sin limitaciones.

En virtud de lo anterior, los desarrollos inmobiliarios podrían construir en sectores que hasta antes de la caducidad se encontraban resguardados como áreas verdes. Lo propio acontecía con las vialidades y sus ensanches. De ahí que, a juicio de algunos⁴⁸, se provocarían a futuro graves trastornos ambientales y de congestión vehicular, pudiendo disminuir las áreas verdes que ya son deficitarias en ciudades como Santiago. Asimismo, los ensanches de vías contemplados en los planes para un flujo vehicular expedito, nunca se llevarían a cabo. Según información proporcionada por el Colegio de Arquitectos, en pocas áreas urbanas se prorrogó por 5 años la vigencia de las declaratorias, refiriéndose sólo a la vialidad: 13 comunas y 2 áreas metropolitanas (Santiago y Concepción) el 2010 y 21 comunas el 2009. Incluso, áreas metropolitanas, como la de Valparaíso, no lo hicieron. “Es decir, la inmensa mayoría de las áreas urbanas de Chile no puede ensanchar ni abrir las calles que están contenidas en sus planes reguladores vigentes”⁴⁹. Esto significaba una transferencia de la planificación urbana al mercado inmobiliario, al recuperarse en su totalidad las facultades subjetivas de acción sobre los terrenos cuyas declaratorias de utilidad pública caducaron. Las ciudades quedarían a futuro configuradas en su vialidad y áreas verdes sobre la base de la libre iniciativa privada, otorgando a los inmuebles usos alternativos que fueran más

48 Véase la Declaración del Comité de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente del Colegio de Arquitectos de Chile en Plataformaurbana.cl, Insólito: Caduca el futuro de las ciudades chilenas, 9 de agosto de 2010.

49 Declaración del Comité de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente del Colegio de Arquitectos de Chile, op. cit.

rentables. Con ello, los planes reguladores dejaban de ser ejecutables en las referidas materias.

Ante tal situación, la caducidad de las declaratorias generó intentos, por parte de la Administración, de proteger las zonas que durante su vigencia estaban afectadas a áreas verdes. Así aconteció –de manera desprolija– con la fallida modificación al Plan Regulador Metropolitano de Santiago (en adelante, “PRMS”), por resolución N° 25, de 2010, del Gobierno Regional Metropolitano de Santiago, que prorrogaba las declaratorias de utilidad pública de diversas áreas verdes urbanas (parques intercomunales), representada por la Contraloría General de la República en razón de que, de acuerdo al artículo único de la Ley N° 20.331, ya habían caducado al 12 de febrero de 2010. La Entidad Contralora indicó entonces que la modificación al PRMS “resulta[ba] improcedente al no haber entrado a regir dicha prórroga con anterioridad a esa data”⁵⁰. Las municipalidades, por su parte, dilataron la dictación de las nuevas normas urbanísticas, lo cual produjo conflictos con los propietarios de los predios que previamente estaban afectados al uso público y que ahora pretendían hacerlos rentar. El caso del Cerro Alvarado da cuenta de lo anterior⁵¹, siendo la Municipalidad de Vitacura reconvenida en más de una ocasión –a solicitud de los titulares de los terrenos– para fijar la nueva regulación –que pasaría a convertirse en habitacional– de ese predio, considerado por el PRMS de 1994 como parque intercomunal⁵².

También se judicializó el problema, como ocurrió con el caso del Parque Inés de Suárez, ubicado en la comuna de Providencia. Aquí, la empresa Aguas Andinas S.A., propietaria del inmueble que se encontraba afectado a utilidad pública por el PRMS de 1994 solicitó a la municipalidad que fijara nuevas normas urbanísticas para el predio al haber operado la caducidad, petición que fue rechazada por ese órgano administrativo local. Frente a esa negativa, la empresa acudió a la Contraloría General de la República, que se pronunció afirmando que el artículo 59 de la LGUC, en su texto modificado por la Ley N° 19.939 declaró de utilidad pública, por el plazo de 5 años, los terrenos localizados en áreas urbanas consultados en los planes reguladores intercomunales destinados a parques intercomunales –como el parque en cuestión–, y que vencido dicho término, automáticamente caducó la declaratoria de utilidad

50 Contraloría General de la República, dictamen 34.426, de fecha 24 de junio de 2010.

51 *Quepasa.cl*, Disputa en las alturas, 11 de diciembre de 2014.

52 Contraloría General de la República, dictamen 35.825, de fecha 15 de junio de 2012 y dictamen 381, de fecha 3 de enero de 2014.

pública y todos sus efectos, sin que se hubiese producido una prórroga en la especie. Por ello, la declaratoria de utilidad pública que gravaba al Parque Intercomunal Inés de Suárez caducó al cumplirse el plazo de un año de renovación que estableció Ley N° 20.331, ordenando el dictamen que la Municipalidad de Providencia fijara las nuevas normas urbanísticas aplicables al área en cuestión⁵³. En contra del pronunciamiento de la Contraloría el municipio presentó una acción de protección, que fue rechazada en primera instancia⁵⁴ y acogida en apelación por la Corte Suprema⁵⁵, basándose en una interpretación que promovió la *inaplicabilidad* de las reglas de caducidad de la afectación contenidas en el entonces artículo 59 de la LGUC, argumentando para ello que el parque habría sido transferido a Aguas Andinas S.A. con finalidades específicas de servicio público: producir y distribuir agua potable, así como recolectar, tratar y disponer aguas servidas. Estas destinaciones –considera la Corte– no pueden caducar. Por ello, declaró que el dictamen del Contralor General de la República era ilegal. Sostuvo el fallo:

“Décimo: Que a la luz de lo expuesto, la decisión de la recurrida –contenida en el Dictamen N° 18.196 de 29 de marzo de 2012– aparece como ilegal, toda vez que desconoce implícitamente la calidad de servicio público de la actividad realizada por Aguas Andinas S. A., así como la destinación que con dicha finalidad se hizo respecto del inmueble de autos, que requería, para su utilización en el funcionamiento del servicio, que tuviera la condición de Área Verde; calidad y destinación hecha por el Estado *que priman sobre las normas de caducidad establecidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones*⁵⁶.

De este modo, la actuación de la Contraloría General de la República ha significado una conculcación de la garantía del derecho de propiedad contemplada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política en grado de amenaza, pues se está obligando a la Municipalidad de Providencia, previa una nueva declaración de utilidad pública, en los términos del

53 Contraloría General de la República, dictamen 18.196, de fecha 29 de marzo de 2012.

54 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 12730-2012, sentencia de fecha 10 de octubre de 2012.

55 Corte Suprema, Rol 8268-2012, sentencia de fecha 28 de enero de 2013. Resuelta con el voto en contra del abogado integrante Emilio Pfeffer, quien consideró que la acción de protección no era el mecanismo idóneo para un caso como este en que se terminaba decidiendo de modo definitivo la calidad del inmueble.

56 El original sin cursivas.

artículo 59 inciso sexto de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, a desembolsar fondos para expropiar un terreno, que incluso en parte fue donado por otra Municipalidad propietaria, para mantener la condición de Área Verde, en circunstancias que dicha expropiación no es ni ha sido necesaria conforme a lo que se ha venido razonando”.

2.2 Un nuevo diagnóstico legislativo

El año 2013 el legislador consideró necesario intervenir. Para ello, se envió al Congreso un proyecto de ley que modificaba la LGUC en materia de afectaciones de utilidad pública⁵⁷, sustentado en un complejo diagnóstico de varios puntos, que revertía los supuestos que impulsaron en su momento la caducidad, daban cuenta de una situación inadmisibles y explicaban un fracaso en el cumplimiento de los objetivos regulatorios contemplados en la Ley N° 19.939:

(i) La aplicación de la caducidad de las declaratorias habría dejado en evidencia que varios de los supuestos que se tuvieron a la vista para su aprobación no tenían sustento en la realidad⁵⁸. No era efectivo que las afectaciones siempre fueran una carga o gravamen sin compensación para los propietarios de los predios, puesto que, en la mayoría de los casos, los terrenos obtuvieron beneficios que superaron el costo de la limitación, mediante un efecto patrimonial inmediato desde la publicación en el Diario Oficial del nuevo Plan Regulador o su modificación, aumentando el valor de la superficie no afecta al otorgar nuevas normas urbanísticas a los mismos terrenos. Estas reglas permiten disponer del bien raíz de forma más amplia. El balance, en la gran mayoría de los casos, sería a favor del propietario: “Allí donde había un terreno sin afectación, en el que se podía construir o ampliar una vivienda, ahora, junto con la afectación, se puede levantar un edificio o una construcción comercial”⁵⁹.

(ii) Tampoco era efectivo que la Administración eliminaría las declaratorias, pues, las afectaciones de utilidad pública “son y seguirán siendo indispensables”⁶⁰, debido a que el tamaño y usos de las edificaciones dependen de los ensanches y aperturas de calles posibilitados por las afectaciones.

57 Mensaje N° 003-361 de 11 de marzo de 2013.

58 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.791, p. 11.

59 *Ibíd.*, p. 12.

60 *Ibíd.*

Su omisión impediría el funcionamiento de barrios y sectores. Son, pues, cuestiones complementarias que la Ley N° 19.939 desarticuló, porque con menos calles ahora se permiten mayores edificios, al posibilitar la construcción en la porción de terreno que antes de la caducidad estaba destinada al ensanche o apertura de la calle, sin que éstas se concreten⁶¹.

(iii) Los plazos de caducidad no se justifican. Las ciudades son realidades que no solo permanecen por décadas, sino por siglos: desde que se formula un “plan de ciudad” hasta que se materializa, se requiere reservar las porciones de terrenos involucradas en los trazados de espacio público⁶².

(iv) No tenía base la idea de expropiar los terrenos afectos a utilidad pública. En Chile, los espacios públicos en las ciudades se han concretado mediante la cesión gratuita de terrenos y materializando la porción de calle afectada a la utilidad pública que debe efectuar el propietario cuando construye, no a través de la expropiación⁶³. Además, las Municipalidades no tienen recursos para expropiar todos los terrenos afectos a utilidad pública en el país⁶⁴.

(v) Las autoridades municipales no ponderaron los efectos que produciría la caducidad de las declaratorias. Aquellos que sí tomaron conciencia del problema intentaron hacer uso del máximo plazo para mantener vigentes las afectaciones. Sin embargo, vencidos los plazos, el Alcalde debía asignar a la porción de terreno cuya afectación caducó, en un plazo máximo de 6 meses, las normas urbanísticas de la zona aledaña. Algunos alcaldes se han negado a firmar los decretos correspondientes, en virtud de los perjuicios urbanísticos que eso conlleva, con los consecuentes reclamos ante la Contraloría General de la República y las Secretarías Regionales del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. En definitiva, las municipalidades quedan obligadas a permitir que se levanten construcciones en los terrenos cuya declaratoria caducó, “incluyendo despropósitos como casos de laderas de cerros y cerros isla que forman parte del paisaje natural de distintas ciudades, que estaban declarados como parques y que ahora se podrán construir hasta su cima, o casos de vialidades estructurantes de las ciudades, como avenidas costaneras proyectadas al

61 *Ibíd.*, p. 13.

62 *Ibíd.*

63 *Ibíd.*

64 *Ibíd.*, p. 14.

borde de ríos, de lagos o del mar, sobre las que la actual ley permite construir torres”⁶⁵.

(vi) Existieron dificultades para prorrogar las declaratorias, pues, para ello debía seguirse “el procedimiento establecido para la modificación del respectivo instrumento de planificación territorial”. El problema es que el procedimiento de modificación de un plan regulador demora más de 7 años, y en muchos casos más de 10. Por lo anterior, en todo el país, sólo 14 de las 233 comunas que tienen Plan Regulador Comunal prorrogaron sus declaratorias, a las que se suma sólo uno de los 16 Planes Reguladores Intercomunales existentes. Además, ningún plan regulador del país prorrogó las afectaciones de los parques. En cualquier caso, para las municipalidades que lograron prorrogar sus declaratorias, éstas vencían el 12 de febrero de 2015.

(vii) Respecto a las vías expresas –las más importantes de las ciudades–, la Ley N° 19.939 produjo una incoherencia, pues, señaló que la afectación en tal caso sería de 10 años, regla inaplicable porque incomprensiblemente se omitió la posibilidad de prórroga de aquellas, mencionándose solo las vías de menor tamaño. Junto a lo anterior, el artículo transitorio de la misma ley dispuso que las declaratorias de utilidad pública existentes caducarían a los 5 años de publicada la ley, plazo que se convirtió en 6 años con la prórroga de un año fijada por la ley N° 20.331. En definitiva, todas las declaratorias de utilidad pública de las vías expresas caducaron el 12 de febrero de 2010⁶⁶.

(viii) La masividad de la situación da cuenta de la gravedad del problema. El catastro nacional efectuado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo señala que “las afectaciones de utilidad pública, es decir, las superficies de terreno que los planes reguladores tienen destinadas a espacio público, tomando solamente las destinadas a vialidad, sin contar los parques, plazas y demás espacios públicos, representan una superficie de 6.571 hectáreas correspondientes a aperturas de calles y 2.881 hectáreas correspondientes a ensanches. Las calles involucradas son 1.247, de 233 distintas ciudades y pueblos del país. A esto debe sumarse que la Ley N° 19.939 dispuso que una vez caducada una afectación, nunca más el terreno podía ser declarado de utilidad pública”⁶⁷.

65 *Ibid.*, p. 15.

66 *Ibid.*.

67 *Ibid.*, p. 14.

3. Explicando la Ley N° 20.791 que repuso las afectaciones de utilidad pública

3.1 Objetivos regulatorios y mecanismos de implementación iniciales

Frente al diagnóstico antes explicado, el proyecto de ley presentado por la Administración Piñera contenía los siguientes objetivos y herramientas regulatorias:

(i) Que los planes reguladores puedan establecer, siguiendo la definición histórica, los trazados de los “espacios públicos”, concepto más amplio que el solo trazado de determinados tipos de vías al interior de la ciudad. “Esto permitirá incorporar afectaciones de vías locales e incluso menores como pasajes, de gran importancia en el tejido urbano de los barrios, especialmente en casos de loteos o conjuntos de viviendas sociales en que la conectividad tanto interna como con los sectores aledaños es un atributo indispensable para su integración”⁶⁸.

(ii) Aclarar la situación de las propiedades que quedan con una afectación de utilidad pública, disponiendo que la prohibición de aumentar el volumen de una construcción existente antes de la declaratoria se refiere solo a la parte afecta a utilidad pública y no a toda la construcción, lo cual no impide la obtención de las autorizaciones necesarias para desarrollar cualquiera de las actividades que admite el respectivo Plan Regulador. Tampoco prohíbe efectuar remodelaciones o adecuaciones interiores de dicha parte, obtener permisos para ampliaciones, ni aumentar el volumen de la parte de la construcción que no se encuentra sobre el área afecta⁶⁹.

(iii) Compensar a los propietarios afectados. Aunque los casos son minoritarios, “no se podrá provocar perjuicios económicos con las afectaciones a utilidad pública a los propietarios de los inmuebles, considerando al efecto todas las normas urbanísticas aplicables al predio que se establecen junto con la afectación”⁷⁰. Para ello, se establecen medidas y compensaciones que procederán en casos de perjuicio acreditado, abriendo distintas posibilidades para resolver la situación, buscando equilibrar el interés del particular afectado con la estimación del bien público involucrado⁷¹. “La regulación propuesta

68 *Ibíd.*, p. 16.

69 *Ibíd.*

70 *Ibíd.*

71 *Ibíd.*, p. 17.

proponía que, de producirse una desvalorización, el propietario podría obtener una reparación consistente en: a) eliminar o reducir la declaratoria; b) modificar las normas urbanísticas aplicables al predio; c) pagar una indemnización que equivalga al daño; y d) expropiar el predio⁷². En caso de disconformidad con la acción compensatoria resuelta por la autoridad, se confería acción al propietario para que, dentro de los 90 días siguientes a su notificación, pudiera recurrir judicialmente y solicitara que se declare insuficiente la compensación, estableciendo el tribunal el monto a compensar, conforme al procedimiento del Decreto Ley N° 2.186, de 1978, que aprueba la ley orgánica de procedimiento de expropiaciones⁷³.

(iv) “Incorporar la facultad de efectuar trazados viales que quedarán con carácter de declaratoria de utilidad pública en todo el territorio que compete abarcar a los planes reguladores, incluida el área rural relacionada con los planes reguladores intercomunales, permitiendo fijar reservas viales para el desarrollo futuro de la ciudad o para las interconexiones entre distintos núcleos urbanos⁷⁴. Lo anterior, bajo el mismo régimen de contraprestación y compensaciones aludido antes.

3.2 Revirtiendo los objetivos regulatorios

Sin embargo, durante la tramitación, la administración Bachelet asumida en marzo de 2014 modificó sustancialmente los objetivos de la regulación, sustituyéndose por la Presidenta de manera íntegra el texto de la iniciativa⁷⁵. Se descartó la idea de compensación al propietario por el detrimento ocasionado con la declaratoria en el valor del predio, considerando todas las normas urbanísticas aplicables al terreno, en comparación a la del mismo inmueble con las normas anteriores a la afectación. Ello, en atención a que el valor que le da al predio la normativa previa a la afectación *no es un derecho adquirido* (implicaría patrimonializar una simple expectativa). Cualquier instrumento de planificación futuro puede reducir las potencialidades de construir en un terreno, sin que ello represente una limitación al derecho de propiedad ni exija indemnizar, por lo que aceptar el deber de compensar

72 *Ibíd.*, p. 130.

73 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.791, p. 21.

74 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.791, p. 17.

75 Con fecha 21 de abril de 2014, la Presidenta de la República presentó una indicación sustitutiva del texto íntegro del proyecto en discusión. Véase, Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.791, p. 133-136.

en los términos considerados en el proyecto original, “implica una peligrosa señal al resto de las personas que se sientan perjudicadas por un cambio en un instrumento de planificación, que podrían exigir un trato análogo”⁷⁶. Además, admitir la patrimonialización de expectativas no materializadas encarecería el precio de los terrenos en perjuicio de quienes desean adquirir o arrendar viviendas⁷⁷.

Con lo anterior en consideración, en adelante, las finalidades perseguidas por el proyecto serían las siguientes:

(i) Mantener la idea matriz, consistente en revivir las declaratorias de utilidad pública vencidas, estableciendo un sistema de compensación *equilibrado* –es decir, menos beneficioso al planteado por la Administración anterior– entre el interés público y el privado⁷⁸.

(ii) Distinguir entre terrenos afectados por el plan que ya estaban edificados conforme a una norma anterior, y los que no tenían construcciones⁷⁹.

(iii) Armonizar el interés general con el particular, garantizando a los propietarios un nivel de aprovechamiento urbanístico del inmueble que impida la privación del valor de su uso mientras se procede a la expropiación. La lógica tras de esto es que no hacerlo sería inequitativo para quienes han adquirido un inmueble con esfuerzo, tal como sería injusto para la comunidad compensarles la capacidad máxima de edificación reconocida por el plan antes de la afectación⁸⁰.

(iv) Descontar la plusvalía generada por la acción pública y su relación con la futura indemnización por la expropiación parcial del inmueble. Para ello, se dispuso que si la expropiación genera un mayor valor en la parte del predio que retiene el propietario, lo justo es que ésta sea deducida del monto de la indemnización, pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento indebido a favor del expropiado⁸¹.

76 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.791, p. 130.

77 *Ibíd.*, p. 131.

78 *Ibíd.*

79 *Ibíd.*, p. 133.

80 *Ibíd.*

81 *Ibíd.*, p. 136.

3.3 Mecanismos de implementación: restableciendo declaratorias sin compensación patrimonial

El resultado de la tramitación en el Congreso fue la aprobación de la Ley N° 20.791. Dicha ley estableció varias herramientas de regulación en relación a las declaratorias de utilidad pública.

3.3.1 Nuevo régimen general de las declaratorias de utilidad pública

De acuerdo al nuevo inciso 1° del artículo 59 de la LGUC, se declaran de utilidad pública todos los terrenos consultados en los planes reguladores comunales, intercomunales y planes seccionales destinados a circulaciones⁸², plazas y parques, incluidos sus ensanches, en las áreas urbanas, así como los situados en el área rural que los planes reguladores intercomunales destinen a vialidades.

3.3.2 Régimen transitorio que revive las declaratorias caducas

3.3.2.1 Reposición de la declaratoria

A través de su artículo transitorio, la Ley N° 20.791 previó de manera amplia la reposición de las afectaciones de utilidad pública que caducaron conforme a las leyes N° 19.939 y 20.331, respecto a los terrenos que hubieren sido destinados por un plan regulador o seccional a circulaciones, plazas y parques, incluidos sus ensanches, con anterioridad a dichos estatutos legales.

3.3.2.2 Protección de derechos adquiridos

De acuerdo al régimen transitorio, los anteproyectos aprobados y los permisos otorgados por la Dirección de Obras Municipales respecto a los terrenos cuyas declaratorias hubieren caducado en virtud de las leyes 19.939 y 20.331, no se ven afectados por la declaratoria de utilidad pública que se repone.

3.3.2.3 Potestad temporal de desafectación y fijación de nuevas normas

La Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo o la municipalidad respectiva podrán dejar sin efecto las declaraciones para las circulaciones, plazas y parques que incluyan en una nómina aprobada por resolución

⁸² La División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo ha precisado que este nuevo concepto es “genérico, aplicable a cualquiera de las categorías viales (tipos de vías) actualmente contenidas por la normativa de urbanismo y construcciones.” Véase la DDU N° 279 dictada a través de la circular N° 654 de 18 de diciembre de 2014 (DDU 279), p. 3.

o decreto, según corresponda, en un plazo de 6 meses a contar de la publicación de la presente ley. Ese plazo concluyó el 29 de abril de 2015.

En estos casos, la municipalidad respectiva, mediante decreto alcaldicio y previo informe de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, debió fijar dentro de 3 meses desde la desafectación, las nuevas normas urbanísticas aplicables a los terrenos que, habiendo quedado desafectados, carecieran de ellas⁸³, asimilándolas a las de la zona predominante de las adyacentes al terreno. Las nuevas normas urbanísticas pasaron automáticamente a ser parte del plan regulador correspondiente.

Si no se dictaban las nuevas normas, se estableció un recurso ante la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo que adquiere competencia sustitutiva respecto al municipio para fijarlas dichas dentro de 3 meses.

3.3.3 Regulación de la afectación

3.3.3.1 Primer beneficio: posibilidades de usar la porción afectada del inmueble

Mientras se procede a la expropiación o adquisición de los terrenos, la parte afectada del inmueble estará sujeta a las siguientes reglas:

(i) Si a la fecha de la declaratoria existieran construcciones, no podrá aumentarse su volumen, salvo para mitigar impactos ambientales adversos, ejecutar obras destinadas a mejorar la calidad de su arquitectura, estructuras e instalaciones, incluidas aquéllas que tengan un sentido estético que contribuya a mejorar su aspecto⁸⁴. Puede autorizarse la reconstrucción de los inmuebles dañados por un caso fortuito o fuerza mayor hasta completar el volumen de la edificación que existía previamente⁸⁵.

(ii) Tratándose de viviendas, podrá aumentarse el volumen o reconstruirse hasta dos pisos⁸⁶. En caso de no existir construcciones, sólo se admitirá la edificación de una vivienda de hasta dos pisos de altura. En ellas, se permite la instalación de un pequeño comercio, talleres artesanales o actividades profesionales siempre que su principal destino subsista como habitacional⁸⁷.

83 Esto significa que si el terreno tenía ya fijadas otras normas urbanísticas, no debía aplicársele esta regla.

84 Nuevo artículo 59 bis letra a) y artículo 62 de LGUC.

85 Nuevo artículo 59 bis letra a) de la LGUC.

86 *Ibíd.*

87 Nuevo artículo 59 bis letra b) y 162 de la LGUC.

(iii) Excepcionalmente, la Dirección de Obras Municipales podrá permitir otras construcciones o alteraciones en las construcciones existentes, siempre que el propietario del inmueble renuncie por escritura pública a toda indemnización o pago por dichas mejoras u obras cuando posteriormente se lleve a cabo la expropiación⁸⁸.

(iv) Lo anterior, sin perjuicio de las limitaciones establecidas en otras disposiciones de esta ley o en otras leyes. Esto se explica, conforme lo señaló la Ministra de Vivienda y Urbanismo porque “deben *prevalecer* sobre el artículo 59 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones [las reglas sobre inedificabilidad por razones de riesgo o las restricciones de los inmuebles declarados monumento nacional], dado que responden a bienes jurídicos prioritarios, como la seguridad de las personas o la protección del patrimonio arquitectónico”⁸⁹.

3.3.3.2 Segundo beneficio: planos de detalle

Con el objeto de graficar pormenorizadamente los espacios declarados de utilidad pública en beneficio del propietario afectado⁹⁰, se incorpora a la LGUC la figura de “planos de detalle”, que pueden ser solicitados a la municipalidad o a la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, por los propietarios de terrenos afectos, debiendo tales planos aprobarse dentro de los 6 meses siguientes⁹¹. A través de dichos instrumentos, podrá fijarse con exactitud los trazados y anchos de los espacios declarados de utilidad pública en los planes reguladores comunales, seccionales o intercomunales, siempre que no los modifiquen. El proyecto es aprobado por el Concejo Municipal, si se trata de planes comunales o seccionales, o el Consejo Regional, en el caso de los planes intercomunales, y serán promulgados por decreto alcaldicio o resolución del Intendente, según sea el caso⁹².

3.3.3.3 Tercer beneficio: exención parcial del pago del impuesto territorial

La parte de un inmueble afectada por la declaratoria estará exenta del pago de contribuciones. La exención se hace efectiva acompañando al Servicio de

88 Nuevos artículos 59 bis letra c) y 121 de la LGUC.

89 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.791, p. 134.

90 *Ibid.*, p. 135.

91 Nuevo artículo 59 inciso 2° LGUC.

92 Nuevo artículo 28 bis de la LGUC.

Impuestos Internos un certificado de informaciones previas que acredite que parte del predio se encuentra declarada de utilidad pública⁹³.

3.3.3.4 Deducción de la plusvalía en la indemnización al expropiar

Se establece que, en el caso de expropiaciones parciales se deducirá o imputará del monto de la indemnización el cambio de valor que adquiera la parte no expropiada como consecuencia de las inversiones que realice el Estado vinculadas con dicha expropiación, o del plan o instrumento de planificación que declaró la utilidad pública⁹⁴.

4. Una lectura acerca de la constitucionalidad de las declaratorias de utilidad pública

4.1 Críticas de la doctrina a las declaratorias de utilidad pública

Las declaratorias de utilidad pública han sido puestas en cuestión por los estudiosos del Derecho Urbanístico. Una revisión de la bibliografía da cuenta de aquello. En efecto, respecto al artículo 59 original de la LGUC –que estableció declaratorias perpetuas–, se ha afirmado que constituía una delicada limitación urbanística, pues, “pueden pasar décadas sin que se lleven a efecto las obras y consiguientes expropiaciones para habilitar un parque. Los propietarios de los terrenos afectos a la expropiación respectiva carecerán todo ese tiempo de la posibilidad de aumentar el volumen de las construcciones existentes y verán, obviamente, muy disminuido el valor de mercado de sus predios; si llegan a verse apremiados económicamente y deben venderlos, soportarán privadamente el costo de la calidad de vida de toda la comunidad, con evidente detrimento de la justicia distributiva”⁹⁵. Por tratarse de un congelamiento indefinido, se indicaba que hasta el año 2004, cuando se dictó la Ley N° 19.939 que estableció el plazo de caducidad, las declaratorias eran “en la práctica [...] una carga excesivamente gravosa, pues ni el Estado ni el Municipio estaban obligados a materializar estas expropiaciones en algún plazo y, por lo mismo, no lo hacían, generándose deterioros urbanos en los sectores

93 Nuevo artículo 99 de la LGUC.

94 Nuevo artículo 88 de la LGUC.

95 Rajevic Mosler, Enrique, “La propiedad privada y los derechos adquiridos ante la planificación urbana”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, N°1, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 1998, pp. 105-106.

afectados a estos congelamientos”⁹⁶. En concordancia con esta opinión, se mencionaban, asimismo, las “injustas consecuencias que se les producían a los dueños de inmuebles, cuando estos se encontraban afectos a expropiación para dar cumplimiento del Plan Regulador, y ellas no se llevaban a cabo durante tiempo indefinido, sin que hubiere interés alguno por parte de las autoridades de modificar el Plan Regulador, o de lo contrario de llevarlo a efecto de inmediato”⁹⁷.

Se afirmó que el artículo 59 original “produjo durante largos años efectos perversos para gran cantidad de propietarios, que constataron que el Plan Regulador Comunal incluía sus propiedades como futuras calles, plazas, parques etc., y transcurrían largos años –a veces 40 años o más– sin que el municipio expropiare el terreno correspondiente, con lo que prácticamente hacía intransferibles sus inmuebles y, a mayor abundamiento, quedaban congeladas sus construcciones. [...] Con el fin de aminorar esta tremenda injusticia y desconocimiento de la garantía constitucional del ‘derecho de propiedad’, [se dictó] la Ley N° 19.939”⁹⁸.

La prórroga de las declaratorias, efectuada por la Ley N° 20.331 igualmente fue cuestionada: no obstante “los plazos de caducidad de las declaratorias de utilidad pública fijados por el artículo 59 de la LGUC, hay que tener en consideración que el Legislador por medio de leyes específicas los ha prorrogado, por lo que existen declaratorias de utilidad pública que se han perpetuado por décadas, lo cual, a su vez, ha implicado en mantenimiento de las intensas cargas que afectan el derecho de propiedad, sin que existan efectivos mecanismos para su igualitario reparto entre todas las personas”⁹⁹. Recientemente, con ocasión de la tramitación de la Ley N° 20.791 que repuso las declaratorias de utilidad pública, se comentaba “la magnitud del gravamen que significa que una propiedad sea declarada de utilidad pública, en que se restringe seriamente que [sic] puede hacerse con el terreno afectado, al prohibirse aumentar los volúmenes

⁹⁶ Rajevic Mosler, Enrique, “Falta de servicio y responsabilidad de la Administración Pública chilena por los actos urbanísticos”, en Letelier, Raúl (coordinador), *La Falta de Servicio*, (Abeledo Perrot), 2012, p. 263.

⁹⁷ Fernández Richard, José, “Importante modificación legal que corrige una severa limitación del dominio que se producía a raíz de las modificaciones al plan regulador – Ley N° 19.939”, en *Revista de Derecho*, N° 13, (Consejo de Defensa del Estado), 2005, p. 121.

⁹⁸ Figueroa Velasco, Patricio y Figueroa Valdés, Juan, op. cit., p. 100.

⁹⁹ Fernández Richard, José y Holmes Salvo, Felipe, *Derecho urbanístico chileno*, (Editorial Jurídica de Chile), 2009, p. 194. Se han omitido las cursivas en la cita. En el mismo sentido, Fernández Richard, José, “Historia del Derecho Urbanístico Chileno”, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 77, (Facultad de Derecho Universidad de Chile), 2012, p. 94.

construidos; es decir, ya no se trata que deban cumplirse las normas del plan regulador para construir, sino que simplemente no puede construirse lo que la normativa permite”¹⁰⁰. Se trata de una situación que opera en un futuro incierto, al no acarrear una inmediata privación del bien a través de la expropiación, recibiendo la indemnización correspondiente. Al fijar prohibiciones al aumento del volumen del inmueble, se establecería un gravamen de tipo indefinido que, en lo sustancial, (i) vulneraría el principio de reserva legal en materia de propiedad (porque depende del plan regulador)¹⁰¹; (ii) se afecta la esencia del derecho de propiedad, pues, uno de los atributos esenciales consistiría en edificar en la forma y tiempo que el dueño estime conveniente; y (iii) lesiona la igualdad ante la ley y la igualdad ante las cargas públicas¹⁰².

Finalmente, refiriéndose a los congelamientos (entre los cuales es posible incluir las declaratorias de utilidad pública por tener la misma consecuencia), se han cuestionado estos mecanismos de aseguramiento de la planificación urbana, pues, configurarían un régimen excepcionalmente gravoso para el dueño del inmueble. La excepcionalidad viene dada porque los plazos de las restricciones serían constitucionalmente desproporcionados en comparación con los de los regímenes de excepción constitucional, que van desde 30 a 90 días. Lo anterior, bajo la premisa de que si el propietario de un inmueble dispone por definición de las facultades esenciales de uso, goce y disposición sobre su terreno, constitucionalmente garantizadas (artículo 19 N° 24, inciso 3° CPR), que en la propiedad inmobiliaria se traduciría como facultad de uso en

100 Figueroa Valdés, Juan Eduardo, “Afectaciones de utilidad pública frente a la Constitución”, en Figueroa Valdés, Juan Eduardo (coordinador), *Derecho Inmobiliario actual*, (Legal Publishing), 2014, p. 39.

101 En contra de este argumento, el Tribunal Constitucional ha flexibilizado los criterios referidos a la reserva legal en los casos de regulación urbanística. En efecto, en dos fallos de 2015, referidos al traslado de industrias molestas, ha resuelto que: “La mutabilidad y dinámica de los hechos que afectan al ser humano, el constante progreso de los medios y técnicas para medir dicha afectación y la incesante revisión de aquello que constituye las mejores condiciones para el desarrollo de la vida humana, entre otros factores, recomiendan traspasar a una potestad normativa más flexible e inmediata el establecimiento de los parámetros de lo molesto y dañoso. Dictaminar que sólo la ley puede fijar el contenido de lo molesto o dañoso en los términos de los preceptos cuestionados en este proceso constitucional, si bien contribuiría a robustecer la protección de los contenidos de la garantía del N° 24° del artículo 19 para el propietario de la industria o local de almacenamiento que realiza la actividad productiva, podría terminar comprometiendo de modo grave los derechos constitucionales de quienes forman parte del vecindario y, de este modo, incidiendo de manera negativa en el cumplimiento de los deberes estatales que emanan de un conjunto de disposiciones constitucionales presididas por los artículos 1°, inciso cuarto, 19 Ns° 1°, 8° y 24°.” Véase, Tribunal Constitucional, Roles 2643-14-INA y 2644-14-INA, sentencias de fecha 27 de enero de 2015, considerando 56°. Acerca de la flexibilidad de la reserva legal, con el objeto de tornarla operativa, véase 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), 2012, pp. 127-147.

102 Figueroa Valdés, Juan Eduardo, op. cit., 2014, p. 42 a 53.

el *ius aedificandi*, esto es, en el derecho a construir en el inmueble aquello que no contraría su naturaleza y que se halle autorizado, entonces, “la suspensión del derecho a edificar, subdividir, urbanizar o lotear, configura una situación legal y constitucionalmente excepcional”¹⁰³.

4.2 Es una limitación: la función social comprende “cuanto exija” la utilidad pública

Una interpretación dogmática de la Constitución exige distinguir entre expropiación, por una parte, y limitaciones, por otra. En efecto, la Carta no dispone que sea la mayor o menor intensidad de la intervención legislativa aquella que determinará si se trata de un caso de limitación al dominio o de una expropiación. En cambio, desde el punto de vista de la regulación positiva existen diferencias que dan cuenta de que no existe una continuidad conceptual entre ambas instituciones¹⁰⁴. Para decirlo claramente, la limitación no se transforma en expropiación. No es lo que la Constitución dispone. En el caso que se analiza, no existe transferencia de dominio desde el particular al Estado. Por lo tanto, la regulación para revisar las afectaciones no es la referente a la expropiación, sino que aquella de las limitaciones.

Tres son las disposiciones constitucionales que *limitan las limitaciones*¹⁰⁵ susceptibles de ser impuestas por el legislador al dominio, a saber: el sustento de la función social de la propiedad (artículo 19 N° 24 inciso 2°); un eventual fundamento basado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución; y el respeto al contenido esencial (artículo 19 N° 26 de la Carta). Respecto a este último punto, es necesario reflexionar acerca de si las declaratorias de utilidad pública permiten conservar, en alguna medida, los atributos de disposición, uso y goce que se reconocen al dominio¹⁰⁶. La respuesta es afirmativa. En efecto,

103 Fermandois, Arturo, “Derecho de propiedad y postergaciones de permisos urbanísticos”, en Revista Chilena de Derecho, Vol.34, N°2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2007, p. 326. Puede revisarse, asimismo, Fermandois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico Tomo II. Regulación, tributos y propiedad*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2010, pp. 358-365. Acerca de la debilitación de los derechos de propiedad producidos por la regulación urbana, en relación con la denominada “doctrina de las condiciones inconstitucionales”, véase Soto Velasco, Sebastián, “Subsidios, permisos y condiciones: La doctrina de las condiciones inconstitucionales en Estados Unidos y su aplicación en Chile”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 36, N°1 (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2009, pp.115-141.

104 Aldunate Lizana, Eduardo, “Limitación y Expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 33, N°2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2006, pp. 288.

105 Para la idea alemana de *Schranken-Schranken*, véase Pieroth, Bodo, y Schlink, Bernhard, *Grundrechte Staatsrecht II*, (C.F. Müller), 2011, pp. 66-75.

106 Aldunate Lizana, Eduardo, op. cit., pp. 289 y ss.

como se explicó en la tercera parte de este texto, al referirse a la regulación de la afectación, incluso luego de la renovación de las declaratorias, dispuesta a través de la Ley N° 20.791, el propietario tiene posibilidades de usar y explotar –aun cuando limitadamente– la porción afectada del inmueble. Las facultades de disposición se encuentran, también, aseguradas. Lo anterior permite descartar, también, que el *ius aedificandi* sea una facultad esencial del derecho de propiedad¹⁰⁷, pues, es sólo uno de sus posibles usos. De ahí que el contenido esencial del derecho no se encuentre vulnerado con las declaratorias.

En cuanto a si es posible reconducir las afectaciones hacia el concepto de *utilidad pública*, consistente en uno de los “motivos, elementos o circunstancias que el Poder Constituyente ha previsto como únicos legítimos para imponer limitaciones, obligaciones y deberes al dueño, a raíz de derivar o provenir de la función social que le es connatural”¹⁰⁸, se ha señalado que ella responde al “provecho, adelanto o desarrollo de la comunidad nacional”¹⁰⁹. Es precisamente lo que posibilita la declaratoria de utilidad pública, en relación con futuras redes de circulación y áreas verdes en las ciudades, que se encuentra contenida en la propia idea de planificación. La función social de la propiedad como elemento inmanente a la misma¹¹⁰ se encuentra, pues, cumplido. Un último argumento dogmático sobre esta materia, se halla, asimismo, en el lenguaje de la Constitución, pues, en los límites que ella autoriza imponer a los particulares en virtud de la función social de la propiedad, otorga amplísima deferencia regulatoria al legislador. En efecto, el inciso 2° del artículo 19 N° 24 de la Carta dispone que ésta comprende *cuanto exija* la utilidad pública, cuestión que debe interpretarse como una autorización extensiva para las limitaciones.

Como ha señalado la doctrina¹¹¹, las limitaciones a la propiedad responden a la lógica de las cargas públicas¹¹² y pueden analizarse bajo ese estatuto constitucional, relativo a su igualdad, contenido en el artículo 19 N° 20 de la Carta.

107 Cordero Quinzacara, Eduardo, “El derecho urbanístico y la garantía constitucional de propiedad”, en *Revista Nomos*, N°2, (Universidad de Viña del Mar), 2008, pp. 104.

108 Cea Egaña, José Luis, “*Derecho Constitucional Chileno*”, Vol. 2, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2012, p. 578.

109 *Ibid.*

110 Cordero Quinzacara, Eduardo, “De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXI, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2008, p. 513.

111 Mohor, Salvador, “Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 1989, pp. 283-308.

112 Esta idea se debe a una conversación sostenida con el profesor Matías Guiloff.

Esta es la evaluación que corresponde hacer caso a caso, es decir, en concreto. Esto significa, sin embargo, que es posible ocuparse también de la noción de beneficio¹¹³ producido con ocasión de la regulación. Es precisamente lo que hace la Ley N° 20.791 al incorporar el artículo 88 de la LGUC, deduciendo la plusvalía del inmueble en la indemnización cuando se lleva a cabo la expropiación¹¹⁴.

4.3 No hay derecho a indemnización

Al quedar contenidas las declaratorias de utilidad pública en el estatuto de limitaciones a la propiedad y no en el de la expropiación, la conclusión necesaria es que no existe un derecho a indemnización constitucionalmente reconocido cuando un inmueble queda sujeto a esas regulaciones, pues, cuando el Constituyente así lo determinó, quedó expresamente dispuesto en la Constitución¹¹⁵. Esta interpretación ha sido respaldada por la jurisprudencia en el comentado caso “Mauilín con Fisco”¹¹⁶, resuelto el año 2010. Allí, el demandante intentaba obtener una indemnización por responsabilidad extracontractual del Estado en virtud de la vulneración del derecho a la igualdad ante las cargas públicas y la privación de los atributos del dominio por una declaración de monumento nacional que gravaba su inmueble. La Corte Suprema sostuvo:

“37°) Que no hay norma sustantiva en la Carta Fundamental sobre la obligación indemnizatoria. Así por lo demás ya se había adelantado en el fallo de esta Corte de 30 de diciembre de 2004 ‘Sociedad Agrícola Lolco con Fisco’, Rol N° 381-2004, en el fundamento 51° al expresar ‘lo que completa un panorama en el que se advierte la ausencia u orfandad de normas que obliguen al Estado a responder en un caso como el planteado, lo que no es casual ni puede considerarse una inadvertencia,

113 Aldunate Lizana, Eduardo, “Limitación y Expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N°2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2006, p. 298.

114 Acerca de las plusvalías derivadas de las decisiones públicas, que deben compartirse con la comunidad, véase Rajevic Mosler, Enrique, “El paulatino pero insuficiente desarrollo del Derecho urbanístico en Chile: en tránsito de la adolescencia a la madurez”, en *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, año 9, N° 54, nov./dic., (Fórum), 2010, pp. 68-69. Véase, asimismo, Torres Jofré, Marco, “Recuperación de la renta urbana: una tarea ética pendiente”, en *Revista INVI*, N° 58 (Instituto de la Vivienda/Facultad de Arquitectura y Urbanismo Universidad de Chile), 2013, pp. 42 a 70.

115 En lo relativo a las afectaciones de utilidad pública, además, durante la tramitación de su reposición mediante la Ley N° 20.791, quedó claro –correctamente– que una eventual compensación sólo indemnizaría meras expectativas.

116 Corte Suprema, Rol 552-2008, sentencia de fecha 5 de octubre de 2010.

ya que deriva de la circunstancia de que, sencillamente, no existe dicha normativa’.

38°) Que, por otra parte, el recurso de nulidad sustancial invoca como disposiciones infringidas los artículos 19 numerales 20 y 24 de la Constitución Política. Sin embargo, no advierte el impugnante que se trata de garantías que se refieren a determinados derechos, pero en ningún caso a la consagración de algún tipo de responsabilidad extracontractual del Estado. Aparte de lo anterior, es pertinente considerar que cuando el constituyente quiso conceder derecho a una indemnización en relación a alguno de los numerales del artículo 19 lo señaló expresamente, como en el caso del artículo 19 N° 7 letra i), en el mismo N° 24 y en el invocado artículo 41 N° 8 (actual artículo 45)”.

4.4 No hay derecho adquirido sobre una regulación

Finalmente, es necesario referirse a la posibilidad de que aquellos titulares de inmuebles cuyas declaratorias hubiesen caducado pudieran argumentar que al revivírselas se hubiese afectado su derecho a mantener las condiciones regulatorias. Respecto a esta situación, debe indicarse, en primer término, que, por cierto, se encuentra dentro del ámbito de competencia del legislador modificar las leyes. Así lo acreditan las regulaciones constitucionales que determinan el proceso de creación de disposiciones legales. En segundo lugar, a diferencia de algunos desarrollos comparados como el Derecho Constitucional Alemán¹¹⁷, debe señalarse que el Tribunal Constitucional ha declarado expresamente que no existe un derecho de propiedad sobre un determinado régimen jurídico, pues:

“sostener lo contrario importaría la pretensión por parte del titular de una autorización habilitante (ciertamente no convencional o contractual) de un verdadero ‘derecho de propiedad’ sobre toda la legislación, de modo que se incorporaría al patrimonio de cualquier entidad la totalidad de la normativa vigente al momento de iniciar una actividad económica, la que se petrificaría y solo podría modificarse previa expropiación, argumentación que no admite en principio justificación constitucional”¹¹⁸.

¹¹⁷ Maurer, Hartmut, op. cit., pp. 433 y ss.

¹¹⁸ Tribunal Constitucional, Rol 467-2006, sentencia de fecha 14 de noviembre de 2006, considerando 37.

Esta idea adquiere especial relevancia tratándose de la planificación urbana, que no puede ser limitada por la propiedad, siempre disponible a ser declarada de utilidad pública conforme a la Constitución, lo cual obedece a la necesaria flexibilidad que la planificación estatal debe mantener. En efecto, los planes –que son producto de la actividad planificadora– parten de determinadas circunstancias presentes en los ámbitos que regulan (la configuración urbanística en este caso). Si se modifican estas circunstancias o han sido evaluadas de forma incorrecta, los planes deben corregirse. De ahí la equivocación de la Ley N° 19.939 que disponía que una vez caducada una declaratoria respecto a un inmueble, no podría nunca más afectársele, regla que el legislador debió enmendar con la Ley N° 20.791. Esto da cuenta que, inevitablemente, tratándose de planificación urbana se “torna completamente inviable el esquema de la propiedad liberal, cediendo lugar al dominio delimitado por una función social que modera y armoniza los derechos en conflicto, siempre con miras al bien común”¹¹⁹.

5. Conclusiones

Conforme a los objetivos trazados y al itinerario seguido en este texto, es posible ofrecer las siguientes reflexiones a modo de resumen conclusivo:

- (i) Las declaratorias de utilidad pública son un mecanismo necesario para la planificación de las ciudades.
- (ii) Como las ciudades no son productos terminados, los objetivos regulatorios tras la planificación urbana pueden cambiar. Esto exige flexibilidad en la planificación.
- (iii) En virtud de lo anterior, la actividad planificadora no puede ser transferida hacia los privados, pues, éstos, al conferir a los inmuebles usos alternativos más rentables extinguen áreas urbanas de utilidad común.
- (iv) La Ley N° 19.939 que declaró la caducidad de las declaratorias de utilidad pública fue un error del legislador que implicaba, en la práctica, una renuncia al poder planificador urbano del Estado, lo cual produjo consecuencias inadmisibles. Esa ley tampoco concretó sus objetivos regulatorios. La Ley N° 20.791 enmendó estos problemas.

¹¹⁹ Rajevic, Enrique, “Derecho y Legislación Urbanística en Chile”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. II, N° 2 (Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile), 2000, p. 532.

(v) Las declaratorias de utilidad pública son un mecanismo admitido constitucionalmente bajo la forma de limitaciones a la propiedad en virtud de su función social que no vulneran el contenido esencial de ese derecho, en tanto, el *ius aedificandi* es sólo uno de sus posibles usos. Tampoco se encuentra reconocido un pretendido derecho indemnizatorio por las afectaciones.

**SECCIÓN DERECHO
INTERNACIONAL**

REFLEXIONES SOBRE LA RELACIÓN BILATERAL. LA DEMANDA DE BOLIVIA CONTRA CHILE

Eduardo Rodríguez Guarachi¹

Introducción

La historia de las relaciones chileno bolivianas, ha estado jalonada de diversas y agudas disidencias de naturaleza política, jurídica y económica. Este proceso ha llevado estos vínculos, en la segunda década del siglo XXI, a un estado de franca e inobjetable insatisfactoriedad. En efecto, desde 1962 ambos países no tienen relaciones diplomáticas –con la excepción del breve lapso comprendido entre 1975 y 1978–. El 24 de abril del 2013, el Estado Plurinacional de Bolivia, demandó a Chile ante la Corte Internacional de Justicia, a fin de obligarlo a negociar una salida soberana al Océano Pacífico.

Esta situación diplomática, claramente anómala e inusual entre dos países vecinos, constituye, sin duda alguna, la expresión del fracaso de nuestra política bilateral. Es incomprensible una relación de esta naturaleza y solo puede concluirse que los vínculos de ambas naciones han sido y siguen siendo profundamente insatisfactorios.

Para tratar de comprender esta compleja y sensible cuestión internacional, es preciso examinar el problema desde un ángulo más amplio. El presente análisis no tiene por objeto examinar la relación entre Chile y Perú, sino solo la existente con Bolivia. Sin embargo, para comprender cabalmente nuestra historia bilateral con el país altiplánico, es indispensable incursionar en la relación con Perú, al menos de manera tangencial, puesto que están indisolublemente unidas en su génesis.

¹ Abogado, Licenciado de la Universidad Católica de Chile.

Es un hecho de la causa que las relaciones globales que Chile ha entablado con los citados países fronterizos, especialmente con Bolivia, desde hace más de un siglo, han sido deficientes y ello no es sino el resultado de la aplicación de una política binacional carente del necesario realismo y visión que demanda un desafío de esta naturaleza. Todas las medidas para mejorar las relaciones han sido ineficaces y las gestiones desplegadas han sido insuficientes durante los últimos cien años para mejorar la calidad de los vínculos.

Es necesario consignar que si realmente se pretende mejorar el estado de los nexos, y alcanzar el nivel que nuestros pueblos y la comunidad internacional nos exigen, la solución obvia es no persistir con la misma política que hemos aplicado hasta ahora y cuyos resultados conocemos. No es inteligente utilizar frente a un mismo problema siempre una argumentación similar y esperar resultados diferentes a los ya conocidos, menos aun si los factores que constituyen la política internacional del siglo XXI, han sufrido transformaciones, especialmente en el área del conocimiento y de la tecnología. Pero, los problemas actuales con el Perú y Bolivia, aunque resulte una paradoja, son muy parecidos a los existentes desde los inicios del siglo XX.

En consecuencia, si la fórmula actual no se reemplaza por una táctica y una estrategia política renovada y audaz, los resultados continuarán siendo deficientes y mediocres.

Desde una visión autocrítica de la historia de los nexos con el país vecino, por benevolente que pretenda ser, se llegará a la conclusión de que el mal estado de las relaciones bilaterales se gesta en una suma de impericias, lo cual con una conducción política adecuada e imaginativa, sería perfectamente superable. Dado el largo tiempo transcurrido, es inobjetable que la causa primordial de la mala calidad de los vínculos diplomáticos se remonta a la misma Guerra del Pacífico, conflagración terminada en 1883 con el Perú y en 1884 con Bolivia.

1. Algunos aspectos históricos a considerar

Esquemáticamente, la política bilateral con los países vecinos del norte, desde la citada guerra, ha tenido dos grandes etapas.

El primer periodo se extendió hasta el año 1929 y cubrió la etapa en la que se resolvían con el Perú los asuntos pendientes del ya referido conflicto bélico, como queda constancia en el Tratado de Ancón de 1883 y cuyo aspecto más

relevante lo constituía el destino que tendrían las provincias de Tacna y Arica. El artículo tercero de ese Tratado señala:

“El territorio de las provincias de Tacna y Arica [...] continuará poseído por Chile y sujeto a la legislación y autoridades chilenas durante el término de diez años, contados desde que se ratifique el presente tratado de paz. Expirado este plazo, un plebiscito decidirá en votación popular, si el territorio de las provincias referidas queda definitivamente del dominio y soberanía de Chile o si continúa siendo parte del territorio peruano”.

Es claro hoy que por variados motivos no fue posible dar cumplimiento a ese compromiso. Los 46 años transcurridos desde el Tratado de Ancón hasta la firma del Tratado de Lima en 1929, fueron difíciles e incluyeron una ruptura de relaciones diplomáticas por 18 años (1910–1928). Pero lo más delicado fue la demora en concluir los asuntos pendientes derivados de la dolorosa y sangrienta confrontación bélica iniciada, formalmente, en marzo de 1879.

Medio siglo de negociaciones frustradas y profundos desencuentros contribuyeron a crear un clima de desconfianza mutua cuyos efectos, innegablemente, se perciben hasta el día de hoy con una energía y profundidad que sorprende. Finalmente, el año 1929, ambos países firmaron el Tratado de Lima, cuyo artículo segundo estableció que “[e]l territorio de Tacna y Arica será dividido en dos partes Tacna para el Perú y Arica para Chile”.

A este instrumento internacional se añadió un Protocolo Complementario, cuyo artículo 1° consignó que “[l]os gobiernos de Chile y del Perú no podrán, sin previo acuerdo entre ellos, ceder a una tercera potencia la totalidad o parte de los territorios que, en conformidad al Tratado de esta misma fecha, quedan bajo sus respectivas soberanías, ni podrán, sin ese requisito, construir, a través de ellos nuevas líneas férreas internacionales”.

Pese a ese largo periodo, no se resolvieron todos los temas pendientes entre ambos países y aún subsisten.

Es necesario reconocer que el segundo periodo desde 1929 hasta la fecha –demanda ante la Haya de por medio–, se ha avanzado con excesiva lentitud y aún hay importantes materias pendientes de solución: la implementación del fallo de la Corte Internacional, por los respectivos Gobiernos del límite marítimo y la determinación acerca de si el límite terrestre se inicia en el hito 1 –tesis de Chile– o en el punto de La Concordia, como sostiene Perú.

El efecto para Bolivia de la suscripción del Tratado de 1929 y su Protocolo Complementario fue categórico. Este instrumento jurídico consolidó la condición mediterránea de esta nación, aunque el Tratado de 1904 había fijado definitivamente los límites con ese país altiplánico.

2. La espera de Bolivia

Lo expresado precedentemente es una referencia imprescindible para entender el tortuoso camino que han recorrido las vinculaciones diplomáticas chileno bolivianas hasta el día de hoy.

En el lapso que concluyó en 1929, se mantuvo el tema boliviano en una completa indefinición. En esos años los anales registran múltiples negociaciones sin que se haya alcanzado algún acuerdo visionario de mutuo interés. Y tal como se indicó con antelación, el enclaustramiento marítimo de Bolivia se consolidó en 1929. Ello pese a que en Chile hubo voces de destacados políticos que recomendaron evitar la mediterraneidad de ese país debido a que iba a constituir un tema que afectaría la vinculación bilateral para siempre. Y así ha sido. Uno de ellos fue el propio Presidente Domingo Santa María, quien estaba convencido de que era necesario dar una salida marítima a Bolivia y en el año 1879 advertía que esa era la solución a largo plazo: “[...] puesto que de otra manera la sofocaríamos [a Bolivia] y la compeleríamos a buscar anexiones con el Perú o con la República Argentina”.

Animados con ese espíritu, pero carentes de la suficiente claridad política, Chile y Bolivia continuaron sosteniendo encuentros sin resultados. Mencionaré a continuación los más destacados. El 4 de abril de 1884, cuando se firmó el Pacto de Tregua indefinido con Bolivia, se acordó que Chile continuaría gobernando los territorios comprendidos desde el paralelo 23° hasta la desembocadura del río Loa en el Pacífico. Además, el 18 de mayo de 1895 se suscribió un Convenio entre Luis Barros Borgoño, ministro de Relaciones Exteriores del período de Jorge Montt y el presidente de Bolivia, Heriberto Gutiérrez, que contemplaba dos aspectos esenciales: ceder a Chile el tramo de territorio antes citado y entregar Tacna y Arica a Bolivia. El proceso de negociación fue particularmente confuso. Bolivia sospechó de que Chile aprobara lo primero, pero dilatara lo segundo.

Para disipar las dudas bolivianas Juan Gonzalo Matta, ministro chileno en La Paz, suscribió el denominado Protocolo Cano–Matta, en el que se

estableció que si Chile no entregaba un territorio litoral, la anexión a nuestro territorio del tramo 23° –río Loa–, quedaría sin efecto. El Congreso de Sucre lo aprobó por 54 contra 2 votos, pero finalmente, los poderes legislativos de ambos países jamás ratificaron lo que se había negociado.

Dentro de este contexto, pero con un ánimo diferente y nada conciliador, en marzo de 1900 el representante de Chile en La Paz, Abraham König, fue portador de un mensaje al Gobierno Boliviano que alteró el clima político existente hasta ese momento. Es así como Bolivia debió abandonar su pretensión de obtener litoral; Chile lo compensaría económicamente, otorgando facilidades aduaneras y de circulación, además de la construcción del ferrocarril de Arica a la Paz.

La nota respectiva fue entregada al canciller boliviano Eliodoro Villazón Montaña en un tono duro, franco y marcadamente directo. Ante esta situación el Canciller chileno Rafael Errázuriz rechazó el tono utilizado por König, pero reafirmó el fondo del mensaje. Chile se reservaría para sí el dominio de Tacna y Arica, en caso de serle favorable el plebiscito.

El 20 de octubre de 1904, veinte años después de haber terminado las acciones bélicas, se suscribió el Tratado de Paz y Amistad definitivo. Este importante instrumento jurídico internacional ratificó el límite entre Chile y Bolivia indicado en el Pacto de Tregua de 1884. Estableció el dominio absoluto y perpetuo de Chile del territorio comprendido desde el paralelo 23° hasta el Río Loa; la construcción del ferrocarril Arica la Paz; y un perpetuo, amplio y libre tránsito comercial para Bolivia y la entrega de 300.000 libras esterlinas, como compensación –cifra que equivale hoy a aproximadamente cien millones de dólares norteamericanos–.

Después de la firma el Canciller chileno sostuvo que “Bolivia renunció, para siempre, definitivamente, a una salida al mar”. Estaba profundamente equivocado. Ya en abril de 1910 Bolivia solicitó, que se le entregase un puerto con soberanía en el Pacífico.

Sin embargo, como ya se indicó, el enclaustramiento marítimo de Bolivia fue ratificado por el tratado de 1904 y confirmado por el Convenio de 1929. Este es el tema que hoy se litiga en la Corte Internacional de Justicia de la Haya.

Es necesario reiterar que, durante 130 años, ambos países han negociado sin éxito una salida soberana de Bolivia al Océano Pacífico. Este objetivo es, ha sido y será, la primera prioridad de la política exterior de Bolivia, antecedente fundamental que debemos siempre evaluar con un profundo sentido

autocrítico si en algún momento de la historia encontramos una solución a este conflicto bilateral, que nos incorpora en la agenda negativa de la comunidad internacional y que carece de una explicación política, lógica y comprensible.

En noviembre de 1926, y para tratar de resolver el problema de Tacna y Arica, ambos gobiernos solicitaron la intervención de los Estados Unidos de Norteamérica. Para este efecto se designó al Secretario de Estado, Frank Kellogg, quien propuso a Chile y Perú entregar Tacna y Arica a Bolivia. Perú se opuso a ceder territorio a este último país.

Entre 1929 y 1943, Bolivia, modificando su política tradicional hacia Chile, suspendió sus gestiones por el tema marítimo, entre otros motivos porque debió enfrentar la guerra del Chaco. Terminado este conflicto, en 1945 Bolivia reactivó sus actividades en torno a su inalterable objetivo político de su demanda por soberanía marítima, especialmente durante las negociaciones para la suscripción de la carta de la Organización de Naciones Unidas.

En abril de 1948, el Presidente Gabriel González Videla manifestó su buena disposición para negociar y ofreció una franja de cinco kilómetros al norte de Arica. El embajador boliviano en Santiago, Alberto Ostría Gutiérrez, indicó que dicho ofrecimiento era sin compensación territorial, lo cual obstruyó el proceso.

En este contexto, en 1950 se emprendieron nuevas e importantes negociaciones entre el Canciller Horacio Walker Larraín y el embajador Ostría Gutiérrez. Se cursaron notas reservadas, en las que se planteó la posibilidad de ceder una franja de diez kilómetros de ancho al norte de Arica. En el marco de la asamblea de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA), el Presidente de Estados Unidos, Harry Truman, concordó con las negociaciones y agregó que él estaba de acuerdo con las ideas expuestas.

Ante el desarrollo de estos acontecimientos, el Presidente peruano Manuel Arturo Odría se opuso al proceso negociador e impidió que continuara, invocando el Tratado de Lima de 1929. Es necesario destacar que esta ha sido la tónica invariable de la política exterior del Perú respecto de la aspiración Boliviana.

El año 1952 asciende al poder en Bolivia el Presidente Víctor Paz Estenssoro, quien estableció una pausa en la política de ese país sobre el tema en comento. No obstante, en noviembre de 1959, insistiendo en su política tradicional, Bolivia planteó el tema en el seno de la OEA. En este organismo multilateral se presentó el memorándum Trucco, por medio del cual Chile

se comprometió, una vez más, a estudiar la demanda altiplánica, expresando la voluntad de satisfacer las aspiraciones de Bolivia. Con posterioridad, este documento fue desconocido por el Canciller chileno Carlos Martínez Sotomayor, quien manifestó que ese compromiso excedía las posibilidades de Chile.

A pesar de los fracasos, ambos gobiernos continuaron con la línea argumental que ha tenido como objeto encontrar una solución viable pero sin éxito. Es así como entre 1964 y 1965, se celebraron encuentros entre el subsecretario chileno Enrique Berstein y el embajador boliviano Gustavo Medeiros; y entre el Canciller chileno Gabriel Valdés Subercaseaux, el subsecretario chileno Oscar Pinochet de la Barra y el embajador de Bolivia. Durante esta secuencia de encuentros, cuyos fines he precisado, es necesario consignar con especial énfasis el del 8 de febrero de 1975, día en que se celebra el histórico encuentro bilateral más significativo en términos políticos binacionales. En esa fecha se reunieron los presidentes Hugo Banzer y Augusto Pinochet, en la localidad de Charaña, donde se iniciaron las conversaciones destinadas a negociar una salida soberana al mar para Bolivia.

Como consecuencia de este encuentro presidencial, el 26 de agosto de 1975 el embajador boliviano Gutiérrez Veá Murgia entregó un memorándum con la propuesta oficial de obtener un corredor que desembocaba al norte de Arica. Como compensación, Bolivia se obligaba a entregarle a Chile un territorio de una superficie equivalente a la zona terrestre y marítima que se le cedería.

Frente a este planteamiento, el 31 de diciembre de 1975, el Gobierno del Perú solicitó el texto de los documentos cursados, señalando que ello se debía a “[...] los especiales nexos que le vinculan con la provincia de Arica [...]”. Pidió también una aclaración respecto del área marítima. El 18 de noviembre de 1976, el embajador del Perú en Chile, Luis Marchand, entregó una nota proponiendo un área de soberanía compartida entre los tres países de 66 km² al sur del límite internacional, y una administración común del puerto de Arica. Ante este planteamiento, el 26 de noviembre de 1976, Chile envió una nota por medio de la cual declinó considerar la propuesta peruana debido a que “[...] incide en materias propias de su exclusiva soberanía nacional”.

Esta situación, en la cual se percibe una sutil y hábil movida diplomática peruana, produjo que el 17 de marzo de 1978, Bolivia rompiera nuevamente relaciones diplomáticas con Chile. La cancillería peruana hábilmente había impedido un acuerdo con Bolivia logrando, una vez más, que Chile apareciera como el responsable de ello. No obstante, las negociaciones continuaron y en

abril de 1987, Bolivia propuso un nuevo corredor, casi igual al de 1975, solo que más ancho. En esta oportunidad el presidente Augusto Pinochet detuvo la negociación, aduciendo que Bolivia se negaba a una compensación territorial.

Recuperada la democracia en Chile, en julio de 1993, durante el Gobierno del presidente Patricio Aylwin, se desarrollaron conversaciones entre los cancilleres Silva Cimma y su homólogo, Mac Lean. Durante su desarrollo y de una manera incomprensible, salvo la permanente justificación de política interna, el presidente Jaime Paz Zamora manifestó que nuestro país tenía una política “indolente, cavernícola y retrógrada”. Ante estas insólitas declaraciones el almirante José Toribio Merino, expresó, con la ironía característica desde sus tiempos como integrante de la Junta Militar, que los bolivianos eran unos “auquénidos metamorfoseados”. El diálogo terminó, como es obvio, en una nueva tentativa fallida.

No obstante, en junio de 1994, las conversaciones se reanudaron bajo la presidencia en Bolivia, de Sánchez de Lozada. Al fin de su mandato, el presidente Frei Ruiz Tagle, reconocido integracionista bilateral, impulsó una reunión entre el canciller Juan Gabriel Valdés y su par boliviano Javier Murillo, en la localidad de Algarve, Portugal. En esa oportunidad los ministros convinieron en “conformar una agenda de trabajo que incorpore sin exclusión alguna las cuestiones esenciales de la relación bilateral y que en esta ocasión abordaran todos los temas de interés fundamental para ambos países sin exclusiones”. Esta última expresión indicaba que el tema de la aspiración marítima del país vecino sería parte importante de esta nueva agenda. Es imprescindible reconocer que dicho documento, en esa época, fue un avance sustancial en las tratativas extensas y frustradas a lo largo del tiempo.

Como una expresión de este nuevo clima político y como muestra de buena disposición se designó como cónsul general en La Paz, en junio de 2001, al ex Ministro Edmundo Pérez Yoma. El representante chileno había acordado con el Presidente Quiroga el arriendo, por parte de Bolivia, de un tramo de costa de 80 km entre Mejillones y Cobija, por 99 años. Estas gestiones tampoco dieron resultado, pues Evo Morales, en ese entonces un importante dirigente político, ex candidato presidencial y diputado, añadió la idea de un puerto con soberanía tripartita.

El presidente Ricardo Lagos, después de la agenda Algarve, entre varios logros, consiguió que se suscribiera otro tratado de complementación e implementación minera y uno relativo a la concesión, administración y explotación de recursos hídricos compartidos. Pero, el logro más relevante fue la

propuesta de entregar en concesión un territorio de seiscientos kilómetros cuadrados por cincuenta años prorrogables, que le permitía a Bolivia establecer una zona franca y una económica especial para la comercialización de diversos productos de su interés. Este territorio no incluía soberanía.

Una vez más la inestabilidad política de Bolivia hizo fracasar esta interesante iniciativa. El presidente Sánchez de Lozada, fue derrocado el año 2003, producto de una manifestación dirigida por el diputado Evo Morales.

Dado el tiempo transcurrido y la sucesión interminable de negociaciones fallidas, se puede afirmar que el problema bilateral con Bolivia es una materia de altísima complejidad, cuya solución es extremadamente difícil de alcanzar, pero no imposible si se incorpora, a la finalidad perseguida, una visión audaz. Si lo anterior ha sido un nudo gordiano virtualmente insoluble, es a raíz de la intervención que al Perú le cabe en el tema. Esta situación solo podría ser superada si se adoptara una táctica y estrategia con visión de futuro y siempre que el Perú se convenciera de jugar un rol conducente a lograr una solución a esta larga y extenuante negociación diplomática, difícil de comprender para la comunidad internacional.

3. Origen y fundamentos generales de la demanda boliviana

Desde los inicios de esta controversia binacional hasta el año 2013, Chile se abstuvo de negar frontalmente y en forma definitiva a Bolivia su aspiración marítima soberana. En efecto, el año 2006, se convino una agenda de trabajo que se denominó “Agenda de los trece puntos”, la cual contemplaba, entre otros objetivos, el desarrollo de la confianza mutua, la integración fronteriza, el libre tránsito, la integración física, la complementación económica, y el tema marítimo.

Continuando con este proceso, el 19 de octubre de 2007, en Coya, localidad de Chile, se realizó la XVII Reunión del Mecanismo de Consultas Políticas, en la cual sobre el asunto marítimo se declaró que “[...] teniendo en cuenta las condiciones prevalecientes en Chile y Bolivia respecto al tema y sus posibles enfoques, ambas delegaciones coincidieron en la necesidad de mantener el diálogo bilateral en una perspectiva constructiva, con la finalidad de profundizar las líneas de trabajo que consideren efectivamente los criterios que han sido compartidos”.

Dentro de esta inalterable política de búsqueda de una solución, en el curso de la XXII Reunión del Mecanismo Bilateral de Consultas Políticas, durante julio de 2010, en La Paz, Bolivia, el vicescanciller chileno Fernando Schmidt declaró la disposición de “[...] analizar la demanda marítima boliviana con propuestas factibles, concretas y útiles, en un clima de respeto, sin ningún tipo de prejuicio”.

Con la finalidad de darle una mayor dimensión a las relaciones políticas, el Canciller Alfredo Moreno decidió que los encuentros bilaterales se elevaran a nivel de ministros de Relaciones Exteriores. No obstante, sus esfuerzos se frustraron y el ministro Choquehuanca declaró concretamente que la “[...] reunión que debía celebrarse en noviembre de 2010 en la ciudad de Arica [...] ha sido cancelada unilateralmente por Chile”. Añadió que “[...] la respuesta de Chile fue negativa y solamente se limitó a dilatar el tema como lo estuvo haciendo por más de 100 años”. Una vez más se impuso la porfiada historia de fracasos.

Como era predecible y profundizando la crisis, en marzo de 2011, el Presidente Evo Morales anunció la creación de una Dirección Estratégica de Reivindicación Marítima, destinada a explorar las posibilidades de acceder al Océano Pacífico. El 24 de abril de 2013, después de dos años de creada la señalada Dirección, Bolivia presentó su demanda ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya. Ante este escenario político, el Canciller Moreno afirmó que fue Bolivia el país que detuvo el proceso al acudir al indicado ente jurídico internacional y demandar a Chile para obligarlo a negociar una salida soberana al Océano Pacífico.

En síntesis, la demanda boliviana pretende obligar a Chile a negociar, precisando que no cuestiona el Tratado de 1904, sino que fundan sus pretensiones en que han surgido sólidos derechos expectatícios y que las nuevas bases del derecho internacional valorizan como fuentes de los mismos las declaraciones unilaterales explicitadas en lo que se denomina “pactum de contendo”. En estos dos argumentos, esencialmente, se funda la demanda de Bolivia para solicitar lo antes expuesto.

Frente a esta argumentación, la delegación chilena, acreditada ante la Corte y presidida por su delegado, el abogado Felipe Bulnes, reiteró en forma clara y explícita que el tratado de 1904, ya citado, estableció en forma definitiva y a perpetuidad la frontera entre ambos países, y que Bolivia tiene pleno y libre acceso al mar en virtud del indicado instrumento internacional.

El Gobierno de Chile, a través de sus mandantes ante la Corte, aseveró que las negociaciones no pueden nunca generar obligaciones, si estas no se

han expresado en un documento y/o Tratado debidamente ratificado por las partes. Precisa que si no se cumpliera con esta condición cada propuesta formulada en un proceso de negociación se cristalizaría en un acuerdo que haría imposible que los países negociaran libremente los contenidos de cualquier entendimiento destinado a resolver sus diferencias económicas, políticas y comerciales. Por último, nuestro país agregó que la tesis boliviana quebraría la seguridad jurídica que emana del derecho internacional.

A mayor abundamiento, se precisa que el proceso judicial en comento ha cumplido las siguientes etapas. El 24 de abril de 2013, el Gobierno de Bolivia demandó a Chile ante la Corte Internacional de Justicia. El 15 del mismo mes del año 2014, Bolivia presentó su Memoria. El 7 de julio del mismo año, la presidenta Michelle Bachelet anunció que impugnaría la competencia del Tribunal, en un documento que se presentó el día 15 del mismo mes. El 7 de noviembre de 2014, Bolivia respondió a Chile. Desde el 4 y hasta el 6 de mayo de 2015, nuestro país realizó sus alegatos orales. Bolivia lo hizo entre el 7 y el 8 de mayo. Ambos alegatos se basaron en la argumentación general anteriormente expuesta.

Es importante destacar, categóricamente, que en esta etapa la Corte Internacional únicamente conoce, a través de una Excepción Preliminar, la impugnación de su competencia para conocer la causa. En la eventualidad de que acepte la aludida excepción, la demanda de Bolivia se extingue. En caso contrario, la Corte analizara el fondo de la demanda con la facultad de pronunciarse sobre la excepción al término del estudio de la misma.

Por otra parte, es necesario insistir en que la aspiración boliviana es obligar a Chile a negociar una salida marítima soberana, por territorio chileno, sin costos ni compensaciones, lo que es jurídica y políticamente inviable. Pese a que los representantes jurídicos del país altiplánico, reiteraron que no cuestionan la vigencia del Tratado de 1904, sus objetivos apuntan claramente a este fin, pero cualquiera sea la resolución del citado tribunal, aun cuando no falle en estricto derecho, no podría exigirle a Chile ceder soberanía territorial o marítima.

4. Conclusión

A modo de conclusión, el caso chileno-boliviano, brevemente expuesto, y sin la profundización requerida –porque ameritaría un texto mucho más extenso–,

es mencionado con frecuencia en los ambientes académicos y políticos como un raro ejemplo de un esfuerzo diplomático histórico frustrado. Constituye para los analistas un paradigma de una mala implementación táctica y estratégica, con mayor razón si se considera que el problema se ha mantenido durante 135 años y que la situación en vez de mejorar ha empeorado. Llegar a un juicio arbitral, aunque haya sido iniciado por la contraparte, es la culminación de erróneas y poco flexibles tratativas.

Los ciudadanos de ambos países esperan expectantes el veredicto de esta etapa previa de la Excepción Preliminar interpuesta por Chile, que se supone será fallada a fines del año en curso. Nuestro Gobierno tiene sólidas razones jurídicas para estar razonablemente optimista. No obstante, es muy difícil predecir la resolución de un tribunal de las características de la Corte Internacional de Justicia, que contempla la equidad en sus fallos.

Sin embargo, tenemos la obligación como país, de levantar en el futuro próximo nuestra mirada hacia un horizonte más político e implementar una visión jurídica lúcida y abierta a un mundo cada vez más tecnificado y globalizado.

Estoy cierto de que Chile y Bolivia tienen una obligación ética internacional –y también la región– de alcanzar una solución definitiva y eficaz frente a esta intrincada e inaceptable discrepancia bilateral. Ello constituiría un logro que se traduciría en un beneficio directo de las relaciones bilaterales, regionales y globales.

Superado el estado actual de la relación bilateral, sería posible concordar nuevos acuerdos económicos y políticos, mutuamente beneficiosos, que contemplen la aspiración marítima soberana boliviana, pero con la ineludible condición de un canje territorial proporcional.

Como resultado final de estas reflexiones, surge una inevitable interrogante, cuya respuesta es, obviamente, especulativa. La experiencia indica que las condiciones internacionales imperantes en la actualidad, aseguran mejores resultados para la vía de la negociación y de los acuerdos políticos directos, por sobre la judicialización de los desencuentros. El carácter hipotético de esta tesis permite aventurar que, como ocurrió con Argentina en la década de 1990, haber evitado –si hubiese sido posible– los juicios con Perú y Bolivia, mediante negociaciones flexibles, visionarias y proactivas, habría proporcionado a Chile mejores resultados de los que se han obtenido hasta ahora.

Lo expresado precedentemente es una reflexión basada en una experiencia empírica. La judicialización de las disidencias es reflejo de una debilidad

negociadora y de vínculos bilaterales carentes del entendimiento y la profundidad que la comunidad internacional actual, demanda y exige.

Nuestra política exterior, en ocasiones, ha seguido esta tendencia a la judicialización, sin analizar, con la debida profundidad, que en las diferencias por temas territoriales, si bien los argumentos jurídicos son importantes, la dimensión política es insustituible.

Por último, y no obstante esta historia de negociaciones fracasadas, tenemos un mandato histórico de perseverar en este objetivo superior de una política que privilegia definitivamente la diplomacia. Una táctica y estrategia proactiva y flexible nos permitirá desatar este nudo gordiano, para lo cual se requiere la participación esencial del Perú, como lo contempla el Protocolo Complementario del Tratado de 1929.

NORÍN CATRIMÁN Y OTROS: COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Jorge Contesse Singh¹

Resumen

Este comentario describe brevemente algunos de los aspectos centrales de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado de Chile, en el caso *Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*. Se resumen diversas partes de la decisión, enfatizando la manera como la Corte IDH conecta las violaciones a diversos derechos fundamentales con el carácter cultural de las víctimas, pertenecientes o cercanas al pueblo mapuche.

Introducción

En mayo de 2014, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH” o “la Corte”) dictó su sentencia en el caso *Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*². En ella, la Corte condenó al Estado chileno por la violación del principio de legalidad, la presunción de inocencia, la afectación a determinadas garantías del debido proceso, el uso de la prisión preventiva y la afectación de la libertad de expresión, así como la protección de la familia y los derechos políticos de los peticionarios. Esta sentencia, conocida como “caso *lonkos*”, en alusión al

¹ Abogado (UDP) y Doctor en Derecho (Yale). Profesor asistente, Rutgers School of Law (EE.UU.) y profesor visitante, Universidad Diego Portales (Chile).

² Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas, 29 de mayo de 2014. El video de la audiencia está disponible en <https://vimeo.com/67430069>. Hago presente que intervine en el caso como perito, propuesto por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

carácter de líderes tradicionales que ocupaban algunas de las víctimas, supuso la sexta condena en contra de Chile y era esperada con muchas expectativas, entre otras razones, por vincular temas de protesta social (en este caso, mapuche) con reivindicaciones de pueblos indígenas y el uso del sistema criminal para hacer frente a los problemas que se derivan del ejercicio de determinados derechos.

La sentencia que aquí se comenta, brevemente, da lugar a numerosos análisis que exceden el marco propuesto para este trabajo. En ella se analizan cuestiones relacionadas con el uso de la prisión preventiva, la necesidad o no de contar con sistemas de impugnación de sentencias en el marco de los procesos penales, el alcance del derecho a la protesta social, la presunción de inocencia y, en general, la manera como el carácter colectivo de los derechos de los pueblos indígenas afecta o no la regulación normativa que se hace de los distintos derechos enunciados.

Este comentario resume, de manera concisa, algunos aspectos de la sentencia y formula ciertas consideraciones acerca de la relevancia del fallo, con la expectativa que otros especialistas aborden aspectos específicos que requieren de atención, tanto para la jurisprudencia del sistema interamericano, como para la protección que deben dar los Estados a instancias de protesta social llevadas adelante por grupos históricamente desaventajados.

1. Antecedentes del caso

El “caso *lonkos*” se origina en la protesta social mapuche que tomó fuerza hacia fines de la década de los noventa, cuando las reivindicaciones de grupos vinculados al pueblo mapuche irrumpieron en la escena nacional con actos de protesta por lo que consideraban un trato injusto de parte del Estado chileno.³ La respuesta que el gobierno dio a dichos actos fue la más extrema a la que

3 En 1989, el entonces candidato presidencial, Patricio Aylwin, suscribió con líderes indígenas de todo Chile el llamado “Acuerdo de Nueva Imperial”, en cuya virtud él se comprometía a impulsar una agenda de reconocimiento de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y ellos a apoyarlo en su carrera hacia la Moneda. La primera decepción por parte del movimiento indígena vino en 1993, con la entrada en vigencia de la Ley No. 19.253 (conocida como “Ley Indígena”), cuyo texto final difería significativamente del trabajo que la Comisión Especial de Pueblos Indígenas llevó adelante durante los primeros años del gobierno de Aylwin. Este descontento se haría más agudo con la agenda de crecimiento económico que impulsó el segundo gobierno de la transición, de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, cuyo énfasis en las industrias extractivas de recursos naturales supuso un enfrentamiento directo con varias comunidades indígenas. Al respecto, ver el capítulo sobre derechos de los pueblos indígenas del *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2003. Hechos de 2002*, publicado por la Universidad Diego Portales.

un Estado democrático puede apelar: hacer uso del derecho penal y, más aún, de las herramientas que la legislación antiterrorista provee para hacer frente a ese tipo de actos.

En efecto, en 2001, el gobierno de Ricardo Lagos Escobar calificó ciertos hechos de protesta social mapuche como “actos terroristas”, persiguiendo a los presuntos responsables bajo dicha ley, dictada bajo el régimen de Augusto Pinochet y reformada parcialmente en democracia,⁴ organizando operaciones de inteligencia para desarticular las supuestas asociaciones ilícitas terroristas que operaban en el sur del país⁵.

El denominado “caso *lonkos*”, que resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se trató de diversos procesos penales, seguidos conjunta y separadamente en contra de las siguientes personas: Segundo Norín Catrimán⁶, Pascual Pichún Paillalao (quien falleció en marzo de 2013, dos meses antes de la audiencia ante la Corte IDH), Patricia Troncoso Robles⁷, Juan Marileo Saravia, Florencio Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Millacheo Licán y Víctor Ancalaf Llaupe⁸. Estas personas fueron condenadas por los siguientes delitos: amenazas terroristas y amenazas de incendio terrorista (Catrimán y Pichún, en el caso *lonkos*); incendio terrorista en el llamado caso del fundo Poluco Pidenco (los hermanos Marileo Saravia, José Huenchunao, Juan Millacheo y Patricia Troncoso) e incendio terrorista por la quema de un camión (en el caso del *werkén* – “mensajero”, en mapudungun– Víctor

4 La Ley No. 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad” fue publicada el 17 de mayo de 1984. Ha sido modificada en 1991, 2002, 2003, 2005, 2010 y 2011. Numerosos organismos nacionales e internacionales han criticado sus normas, por vulnerar principios básicos del derecho penal y del debido proceso. Ver, por ejemplo, Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile 2011*.

5 Como señalara el entonces subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, se pudo desarticular a los líderes de las protestas gracias a “una exitosa y sistemática labor de inteligencia policial denominada ‘Operación Paciencia’”. Ver Human Rights Watch, Chile: *Mapuches condenados por “terrorismo”*, 23 de agosto 2004, disponible en <http://www.hrw.org/es/news/2004/08/23/chile-mapuches-condenados-por-terrorismo>.

6 De allí el nombre técnico de la sentencia, “Norín Catrimán y Otros”. Al respecto, los tribunales chilenos absolvieron en definitiva a las víctimas demandantes del delito de asociación ilícita terrorista, que era la calificación que el Estado asignaba a la Coordinadora Arauco Malleco.

7 Patricia Robles, conocida como “la Chepa”, es una activista *huinca*, es decir, no mapuche. De allí el nombre en la sentencia de la Corte IDH, “Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche”). El énfasis es mío.

8 El “caso *lonkos*” se inició con cuatro peticiones separadas presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entre 2003 y 2005 que fueron luego acumuladas en un solo caso a ser tramitado ante la Corte IDH con dos intervinientes comunes de los representantes de las víctimas: el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH).

Ancalaf). Todos ellos cumplieron penas privativas de libertad, siéndoles reconocido el tiempo que habían permanecido en prisión preventiva y obteniendo paulatinamente beneficios intrapenitenciarios, como salidas dominicales o de fines de semana⁹.

2. El caso ante la Corte IDH

Como se explica en la sentencia comentada en este artículo, el caso “se refiere a alegadas violaciones en perjuicio de las ocho presuntas víctimas relacionadas con su procesamiento y condena penal por delitos de carácter terrorista”¹⁰. A la Corte IDH se le pidió que se pronunciara (a) si acaso la legislación penal utilizada violaba o no el principio de legalidad; (b) si en los procesos penales seguidos en contra de los peticionarios se vulneraron garantías del debido proceso y si se utilizó la legislación antiterrorista de manera selectiva, esto es, aplicándose de manera discriminatoria en perjuicio de estas personas por pertenecer a (o estar vinculadas al) pueblo mapuche; (c) si acaso la prisión preventiva decretada en dichos procesos violó el derecho a la libertad personal, y (d) si acaso se vulneró la libertad de pensamiento y de expresión, así como los derechos políticos de las víctimas, en razón de las penas accesorias que se siguen al momento de imponer una condena terrorista en Chile¹¹. A efectos de la presentación, comentaré separadamente las peticiones reseñadas en (a), (b) y (d)¹². En el próximo apartado, me refiero a las reparaciones que la Corte IDH ordenó (4).

9 La sentencia de la Corte IDH en el caso *Lonkos* (en adelante, “Sentencia Corte IDH”) presenta una explicación pormenorizada de los casos, las sentencias absolutorias y condenas, así como el cumplimiento de las penas de todas y cada una de las víctimas. Ver párrafos 106 a 152.

10 Sentencia Corte IDH, pár. 153.

11 En un *obiter dictum*, la Corte IDH señala que, no obstante no haberse hecho ninguna alegación en materia de propiedad indígena colectiva, debe recordarse “la importancia de los criterios jurisprudenciales que [la Corte] ha desarrollado [...] en relación con el contenido y alcance del derecho a la propiedad comunal, tomando en cuenta la estrecha relación de los pueblos indígenas con su territorio... La Corte ha establecido que ‘la obligación de consulta [a las comunidades y pueblos indígenas y tribales], además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional’ y ha enfatizado la importancia del reconocimiento de ese derecho como ‘una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal’. Se trata de criterios que los Estados deben observar al respetar y garantizar los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros en el ámbito interno”. Sentencia Corte IDH, pár. 155.

12 Dejo fuera, por razones de espacio, las interesantes consideraciones que la Corte hace sobre el uso de la prisión preventiva, lo cual amerita un análisis en profundidad en sí mismo.

2.1. Violación del principio de legalidad

Uno de los principales alegatos que se hicieron tanto ante la Comisión como ante la Corte IDH, se hizo cargo de la vulneración que el uso de la ley antiterrorista suponía del principio de legalidad. El principio exige que los tipos penales estén descritos con precisión, de manera que los sujetos puedan saber anticipadamente si una determinada conducta se enmarca o no dentro del tipo. En el caso de la ley antiterrorista chilena, se criticaba fuertemente que ella no satisfacía dicho principio, abriendo un espacio de vaguedad inaceptable para un estado de derecho que decide perseguir criminalmente a sus ciudadanos bajo los parámetros de dicha ley. En particular, los intervinientes impugnaban la ley como vulneratoria del artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que recoge el principio de legalidad¹³.

Si bien, como señalaron los peritos que comparecieron ante la Corte IDH, no existe una definición de terrorismo universalmente aceptada, sí hay estándares y parámetros que permiten enjuiciar la manera como los Estados penalizan las conductas calificadas como terroristas. Al respecto, la Corte hace una primera valoración relacionada con la manera como la ley antiterrorista fundamentaba los delitos de esa naturaleza, combinando un elemento subjetivo (la llamada “intención o finalidad terrorista”) con un elemento objetivo del tipo (las conductas listadas en dicha ley). El mecanismo que la ley chilena utilizaba (y que fue objeto de modificación en 2010, en el marco de una huelga de hambre de presos mapuche) puntualizaba que la intención terrorista se *presumía* cuando se cumplieran con determinados elementos objetivos, como, por ejemplo, utilizar artefactos explosivos. El problema –se alegó– es que se estaba frente a un supuesto que entrañaba una violación no solo al principio de legalidad, sino a la propia presunción de inocencia, recogida en el artículo 8.2 de la Convención¹⁴.

La Corte acogió este planteamiento, señalando que “la referida presunción de que existe tal intención cuando se dan determinados elementos objetivos (entre ellos ‘el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios’) es violatoria del principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención y, asimismo, de la presunción de inocencia prevista en el artículo 8.2 de la misma”, agregando que “la demostración

13 “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”. Art. 9, primera parte.

14 “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal”¹⁵.

En la valoración del uso de la legislación antiterrorista, la Corte IDH señala al pasar una cuestión de suma importancia, no sólo para Chile, sino en general: el carácter de *ultima ratio* de este tipo de legislaciones: “La Corte reitera la importancia de que en la investigación, juzgamiento y sanción de conductas penalmente ilícitas no se utilice la tipificación penal especial sobre terrorismo cuando el ilícito podría ser investigado y juzgado bajo el tipo penal ordinario por tratarse de una conducta de menor reprochabilidad”¹⁶. Y, en el caso particular de Chile y la situación de reclamos por parte de los pueblos indígenas, la Corte IDH se permite hacer una observación, constatando que “varios órganos y expertos internacionales han afirmado que Chile no ha resuelto de forma efectiva las causas que dan lugar a la protesta social mapuche en las regiones de Bío Bío y la Araucanía [...] En este sentido, resulta prioritario que el Estado garantice una atención y solución adecuada y efectiva a tales reclamaciones para proteger y garantizar tanto los derechos del pueblo indígena como los del resto de los miembros de la sociedad en dichas regiones”¹⁷.

2.2. Violaciones de las garantías del debido proceso y aplicación selectiva de la legislación antiterrorista

El segundo cúmulo de peticiones que se hizo ante la Corte dió relación con la afectación al derecho de igualdad y las garantías del debido proceso, materias en que la jurisprudencia interamericana es muy profusa. En este caso, los demandantes argumentaban que el Estado chileno aplicaba “selectivamente” la legislación terrorista, esto es, que de manera discriminatoria dicha ley era usada en contra de personas de origen mapuche o bien vinculadas a su causa. Junto con ello, se alegaba que, al utilizarse las disposiciones de esta ley, se generaban una serie de violaciones al debido proceso conexas, en particular lo relativo al derecho de ser juzgado por un tribunal imparcial (2.2.1.), lo relacionado con el uso de testigos de identidad reservada y la imposibilidad que ello genera para quien es acusado penalmente de controvertir los juicios emitidos durante un proceso (2.2.2.) y el derecho a recurrir de una sentencia ante un tribunal superior (2.2.3.).

¹⁵ Sentencia Corte IDH, párr. 171.

¹⁶ Sentencia Corte IDH, párr. 180.

¹⁷ Sentencia Corte IDH, párr. 182.

2.2.1. Tribunal imparcial

Esta alegación descansaba en el hecho que, según los demandantes, los tribunales que condenaron a las víctimas peticionarias del caso, lo habían hecho desde prejuicios y estereotipos sociales que vinculan a los indígenas, particularmente los mapuche y su protesta social, con hechos de violencia e incluso actos terroristas. Al abordar los casos de esa manera, sostenían los demandantes, se violaba el derecho que tiene toda persona a ser juzgada por un tribunal imparcial ya que el origen étnico de las víctimas determinaba significativamente el juzgamiento por parte de los tribunales chilenos. Asimismo, se estimaba que el mayor número de imputaciones en contra de personas mapuche bajo la ley antiterrorista era indicativo de un uso sesgado de dicha legislación en razón del origen étnico de los imputados.

Tras analizar las estadísticas presentadas por las partes (tanto demandantes como el Estado), respecto al número de veces que la ley antiterrorista era utilizada en procesos seguidos en contra de personas mapuche, la Corte concluye que “la mayor aplicación” a miembros del pueblo mapuche de dicha ley por sí misma no permite concluir que se ha dado la alegada aplicación ‘selectiva’ de carácter discriminatorio. Asimismo, no fueron aportados a la Corte suficientes elementos de información sobre el universo de hechos de violencia o delictivos de naturaleza semejante en la época de los hechos del presente caso, supuestamente perpetrados por personas no pertenecientes al pueblo indígena mapuche, a los que, con los criterios con los que se aplicó la ley antiterrorista en los casos de imputados mapuche, se debiera haber aplicado también en esos otros casos¹⁸.

Se trataba de una alegación importante, que iba en línea –tal como reconoce la Corte– con lo sostenido por numerosos organismos nacionales e internacionales, así como expertos. Sin embargo, la Corte estimó que no habían elementos suficientes para estimar que efectivamente el Estado chileno llevaba a cabo una política de aplicación selectiva de la legislación antiterrorista en contra de los mapuche.

En cuanto al uso de estereotipos sociales y prejuicios al momento de conocer las causas seguidas en contra de las víctimas, la Corte, tras revisar diversos considerandos de sentencias condenatorias, sostuvo que “la sola utilización de esos razonamientos denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias [que] configuraron una violación del

¹⁸ Sentencia Corte IDH, pár. 219.

principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley”¹⁹.

Es en esta materia donde la Corte se divide: en un voto disidente, los jueces Ventura Robles y Ferrer Mac-Gregor Poisot observan que hay una inconsistencia en la decisión de la Corte al advertir, por una parte, el uso de prejuicios y estereotipos pero rechazar, por otra, que estos tengan incidencia en el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial. Para los disidentes,

“los juzgadores [chilenos] estuvieron basados en prejuicios en contra de los imputados relacionados con su origen étnico indígena mapuche y su concepción de la protesta social de reivindicación de sus derechos lo que permite confirmar que era razonable que éstos tuvieran la impresión de que los tribunales que los condenaron carecieron de imparcialidad en los casos concretos al dictar las sentencias penales condenatorias. En el presente caso, nos encontramos ante una diferencia de trato discriminatoria que no tiene una justificación objetiva y razonable, ni persigue un fin legítimo careciendo de una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido, lo cual pone en entredicho el debido proceso protegido por el artículo 8.1 de la Convención Americana”²⁰.

19 Sentencia Corte IDH, pár. 228. Como botón de muestra, en uno de los pasajes de las sentencias citadas, se lee: “Los ilícitos antes referidos *están insertos en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche*, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin observar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos exacerbados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en diversos sectores de la octava y novena regiones. Estas acciones se pueden sintetizar en la formulación de exigencias desproporcionadas, hechas bajo presión por grupos beligerantes a los dueños y propietarios, a quienes se les advierte que sufrirán diversos tipos de atentados en caso de no acceder a sus requerimientos, muchas de estas amenazas se han materializado mediante ataques a la integridad física, en acciones de robo, hurto, incendio, daños y ocupaciones de tierras, que han afectado tanto a los individuos y bienes de diversas personas dedicadas a las actividades agrícolas y forestales de esta zona del país. *La finalidad perseguida es provocar en la gente un justo temor de ser víctima de atentados similares*, y con ello obligarlas para que desistan de seguir explotando sus propiedades y hacer que las abandonen. *La sensación de inseguridad e intranquilidad que generan dichos atentados*, ha traído como consecuencias la disminución y encarecimiento de la mano de obra, aumento en el costo e hipotecas, tanto en la contratación de maquinarias para la explotación de los predios, como para cubrir las pólizas que aseguren las tierras, instalaciones y plantaciones. Es cada vez más frecuente ver trabajadores, maquinarias, vehículos y faenas instalados en los distintos predios, bajo protección policial que garantice la ejecución de las labores, todo lo cual afecta derechos garantizados constitucionalmente”. Sentencia Corte IDH, pár. 227 (citando el considerando 13° de la sentencia condenatoria emitida el 27 de setiembre de 2003 en contra de Segundo Norín Catrimán y Pascual Pichún Paillalao; énfasis agregado). Como se observa, el tribunal chileno sitúa un contexto dentro del cual se producen los ilícitos, lo cual genera serias dudas desde el punto de vista del derecho penal como castigador de conductas y actos y no de personas o, como en este caso, de situaciones contextuales.

20 Voto disidente conjunto de los jueces Manuel Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, pár. 43.

2.2.2. El uso de “testigos protegidos”

Otra de las críticas que ha recibido la legislación antiterrorista chilena se refiere a las posibilidades exorbitantes que permite para proteger la identidad de los testigos, al punto de convertirlos en “testigos sin rostro”, lo cual torna en ilusoria la posibilidad que tiene un imputado de controvertir los dichos de aquellos testigos. Por esa razón, se trata de una protección que, si bien los Estados tienen derecho a contemplar en sus ordenamientos jurídicos (especialmente cuando se trata de materias sensibles, como es la persecución de delitos terroristas), debe hacerse con criterios de proporcionalidad, de manera que su uso no signifique una vulneración a las garantías del debido proceso.

En el “caso *lonkos*”, se utilizaron reglas tanto de la legislación procesal penal común (artículos 307 y 308 del Código Procesal Penal), como de la ley antiterrorista (artículos 15 y 16), para mantener en secreto la identidad de algunos testigos, estableciendo una serie de condiciones bajo las cuales se produjeron los testimonios, lo que significó, en definitiva, una merma al derecho de defensa de los imputados.

La Corte, que ya había conocido en el pasado de casos similares²¹, reitera los principios que conforman las garantías del debido proceso y señala que, en el presente caso, “limitará su análisis a determinar si las medidas procesales de reserva de identidad de testigos aplicadas en los procesos penales seguidos contra tres de las presuntas víctimas [Norín, Pichún y Ancalaf] conllevaron una violación del derecho de la defensa de interrogar los testigos”²².

Para ello, la Corte fija un test bajo el cual analiza los tres casos señalados y elabora, de esta forma, estándares de aplicación general. Según la Corte, dado que se requiere ponderar intereses contrapuestos –el deber estatal de perseguir penalmente los delitos versus los derechos al debido proceso de los imputados–, la utilización de estos testigos debe satisfacer las siguientes condiciones: (i) estar sujetas a control judicial; (ii) fundarse en principios de necesidad y proporcionalidad; (iii) estar “suficientemente contrarrestada por medidas de contrapeso”, como la necesidad de que el juez conozca la identidad del testigo y pueda observar su comportamiento y la posibilidad de que la defensa interroge “directamente” al testigo sobre cuestiones no vinculadas

21 Ver, por ejemplo, los casos *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (1999); *Lori Berenson Mejía vs. Perú* (2004) y *J. vs. Perú* (2013).

22 Sentencia Corte IDH, pár. 244.

con su “identidad o paradero actual”, y, por último, (iv) no ser el fundamento único o decisivo de una condena penal²³.

Contrastando las sentencias impuestas a Norín, Pichún y Ancalaf con estos estándares, la Corte IDH concluye que el Estado chileno violó el derecho de la defensa a interrogar testigos, conforme a lo establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴. Así, se señala que el control judicial es insuficiente dado que la resolución que autorizó la comparecencia de estos testigos (en el caso de Norín y Pichún) no estuvo debidamente motivada, y que, si bien hubo medidas de contrapeso adecuadas (en tanto la defensa tuvo acceso a las declaraciones rendidas y hubo oportunidad de contrainterrogar en la audiencia de juicio oral), estas declaraciones sí resultaron decisivas para fundar las condena en contra de Pichún y Ancalaf.

2.2.3. Derecho a recurrir del fallo

En los casos seguidos bajo el nuevo proceso penal, los demandantes alegaron que el medio de impugnación que la ley chilena contempla en contra de sentencias condenatorias —recurso de nulidad— resultó insuficiente y violatorio de la Convención Americana, al no contemplarse la posibilidad de apelar ante un tribunal superior (como sí ocurría bajo la vigencia del antiguo Código de Procedimiento Penal, que fundó el proceso y condena de Ancalaf)²⁵.

Tras reiterar los principios que la Corte ha elaborado en materia de recursos procesales (párr. 270), la Corte analiza el sistema recursivo consagrado en el nuevo Código Procesal Penal, el que efectivamente contempla únicamente un recurso de nulidad en contra de las sentencias condenatorias, para luego “analizar si el sistema recursivo del Código Procesal Penal, tal como fue aplicado en el presente caso, se ajusta a las exigencias del artículo 8.2.h de la Convención”²⁶. El examen en cuestión versó sobre el alcance del recurso de nulidad, esto es, si acaso el sistema que contempla legislación procesal penal permite que, por vía del recurso de nulidad, se revisen no

23 Sentencia Corte IDH, párrs. 245-46. Buena parte de estas articulaciones la Corte las toma de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

24 Artículo 8.2.f: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

25 La norma de la Convención que los demandantes adujeron es el artículo 8.2.h, que señala: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

26 Sentencia Corte IDH, pár. 274.

solo cuestiones jurídicas, sino también fácticas y probatorias, permitiendo que una condena penal efectivamente pueda ser revisada por un tribunal superior.

Respecto de los casos impugnados, la Corte concluye que el Estado violó la Convención Americana, dado que los tribunales no realizaron un examen integral de las decisiones recurridas, impidiendo el ejercicio completo del derecho a la defensa de las víctimas.²⁷

2.3. Libertad de pensamiento y de expresión y derechos políticos

El “caso *lonkos*”, como se ha explicado, versó sobre las condenas impuestas a líderes ancestrales del pueblo mapuche. En razón de dicha calidad, los demandantes hicieron ver a la Corte que la imposición de las condenas implicó penas accesorias, como la inhabilitación para fundar medios de comunicación social o ser director de los mismos, así como desempeñar funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones, que provocaron una violación de sus derechos a la libertad de expresión y derechos políticos, en tanto la Constitución chilena ya establece inhabilidades para las personas condenadas por estos delitos. Al tratarse de *lonkos* y un *werkén*, estas penas, señalan los demandantes, suponían una afectación adicional y específica a estos derechos: la necesidad que dichas personas tienen de comunicar y difundir las ideas propias de su pueblo (mapuche) quedaba severamente lesionada, produciéndose así una violación al derecho a la libertad de expresión.

En un interesante análisis, que vale citar *in extenso*, la Corte acoge dichos reclamos, sosteniendo que:

“la referida pena accesoria [inhabilitación para fundar medios de comunicación social] supone una restricción indebida al ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y expresión ... no sólo por haber sido impuesta fundándose en sentencias condenatorias que aplicaron una ley penal violatoria del principio de legalidad y de varias garantías procesales... sino además porque en las circunstancias del presente caso es contraria al principio de la proporcionalidad de la pena.

²⁷ Sentencia Corte IDH, párrs. 280, 290-91. Con todo, la Corte rechaza la alegación de que el Estado chileno debiera modificar la manera como se construye el sistema recursivo penal, dado que no se probó que, bajo la forma como se construye el recurso de nulidad, no se pueda revisar integralmente una condena penal, cuestión que sería violatoria del artículo 8.2.h de la Convención. Por eso, la Corte sostiene que no se ha vulnerado el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (consagrado en el artículo 2 de la Convención).

[...]

La Corte ha constatado que, como autoridades tradicionales del Pueblo indígena Mapuche, los señores Norín Catrimán, Pichún Paillalao y Ancalaf Llaupe les incumbe un papel determinante en la comunicación de los intereses y en la dirección política, espiritual y social de sus respectivas comunidades ... La imposición de la referida pena accesoria les ha restringido la posibilidad de participar en la difusión de opiniones, ideas e información a través del desempeño de funciones en medios de comunicación social, lo cual podría limitar el ámbito de acción de su derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el ejercicio de sus funciones como líderes o representantes de sus comunidades. Esto a su vez incide negativamente en la dimensión social del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, la cual de acuerdo con lo establecido por la Corte en su jurisprudencia implica el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros”²⁸.

La Corte, finalmente, observa que, dada la manera como se utilizó la ley antiterrorista en estos casos, se podría haber configurado un “efecto intimidante” respecto de otros miembros del pueblo mapuche, por lo cual se requiere dar una protección especial ante este tipo de hechos, dado que se trata de cuestiones relacionadas con la protesta social. Si bien es valorable la manera como la Corte enfrenta la dimensión ancestral de estas víctimas, y desde allí la afectación a sus derechos de libertad de expresión, me parece que se perdió una buena oportunidad para avanzar en estándares más desarrollados sobre (el derecho a) la protesta social, cuestión que desde hace algún tiempo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos viene trabajando en informes anuales de su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, dado el contexto latinoamericano de numerosas protestas.

3. Reparaciones

Es conocida la creatividad que la Corte IDH tiene respecto de los mecanismos de reparación, los que van desde compensaciones económicas hasta la

²⁸ Sentencia Corte IDH, párrs. 374-75.

construcción de memoriales, pasando por la organización de cursos de capacitación, publicación de sentencias, entre otras medidas²⁹.

En este caso, la principal medida ordenada por la Corte fue dejar sin efecto las condenas penales, lo que incluyó la declaración de autores de delitos terroristas, así como dejar sin efecto las penas privativas de libertad y penas accesorias. Junto con ello, eliminar los antecedentes penales terroristas de los demandantes, tanto de registros nacionales como internacionales³⁰.

Asimismo, la Corte se hizo parcialmente cargo de la regulación legal sobre protección de la identidad de los testigos, señalando que:

“en el marco del ordenamiento jurídico chileno aplicado en este caso, resulta adecuado ordenar a Chile que, para evitar violaciones como las declaradas en la presente Sentencia, regule con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso que aseguren que la afectación al derecho de defensa sea suficientemente contrarrestada, de acuerdo con lo establecido en la presente Sentencia”³¹.

Como la Corte no señala de qué manera el Estado debe acometer las obligaciones impuestas en esta parte, coincido con Mauricio Duce en cuanto a que la forma apropiada de “regular con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad” no puede ser otra que por medio de una reforma al Código Procesal Penal³².

29 Ver, al respecto, Antkowiak, Thomas M., “Remedial approaches to human rights violations: the Inter-American Court of Human Rights and beyond”, *Columbia Journal of Transnational Law*, No 46, 2008, p. 351.

30 Sentencia Corte IDH, párr. 422. La Corte, además, ordenó la provisión gratuita de tratamientos médicos y psicológicos o psiquiátricos para las víctimas; la publicación y radiodifusión (en las regiones octava y novena) de la sentencia. La Corte rechazó, sin embargo, la petición de que el Estado reconociera públicamente su responsabilidad internacional y ofreciera disculpas públicas. En tanto el sometimiento a prisión preventiva y las posteriores condenas impidieron que las víctimas contribuyeran a la manutención de sus hijos, la Corte ordenó al Estado establecer becas de estudio para ellos (hasta la conclusión de sus estudios superiores). Finalmente, la Corte ordenó una indemnización por daño material e inmaterial equivalente a cincuenta mil dólares americanos.

31 Sentencia Corte IDH, párr. 436.

32 Duce, Mauricio, La protección de testigos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Hu-

Además, entre las medidas recién citadas, la Corte reitera el deber (que pesa sobre los jueces, primordialmente) de llevar a cabo un control de convencionalidad cada vez que deban resolver sobre medidas de protección de identidad de los testigos. Lo anterior es una formulación bastante más escueta de lo que la Corte suele plantear cuando se refiere a este tipo de control, que impone el deber a los jueces de cada país integrante, de contrastar las normas del derecho doméstico no solo con las disposiciones constitucionales, sino también con aquellas contenidas en la Convención Americana³³.

Conclusión

La sentencia *Norín Catrimán y Otros vs. Chile* ofrece varios aspectos dignos de análisis. En esencia, se trata de una decisión sobre el uso de la herramienta penal terrorista para hacer frente a hechos que involucran reclamos por parte de personas o grupos históricamente desaventajados. Al respecto, la Corte se hace cargo de las violaciones por parte del Estado chileno del principio de legalidad penal, la presunción de inocencia, variadas garantías del debido proceso y la extensión que dichas violaciones pueden tener sobre otros derechos, como la libertad de expresión y los derechos políticos.

Para una Corte, –que en el pasado reciente ha expandido sus doctrinas y mantiene una aproximación que podría catalogarse como maximalista en cuanto a la adjudicación internacional, en especial si se le compara con su par europeo³⁴, se trata de una decisión acotada, que no establece grandes

manos: caso de Norín [Catrimán] y otros vs. Chile, *El Mercurio Legal*, 6 de agosto 2014: “una lectura de buena fe de este párrafo lleva a concluir acerca de la necesidad de realizar una reforma legislativa que permita regular de manera más específica y con límites más claros la posibilidad de autorizar la existencia de testigos sin identidad conocida, a riesgo que esta situación vuelva a repetirse precisamente por la amplitud y vaguedad de la regulación actual”. Otros comentaristas, en cambio, señalaron que la declaración de la Corte simplemente carecía de fuerza, dado que no dispuso medidas específicas. Ver Cox, Francisco, “Caso Lonkos: la revolución que no fue”, *El Mercurio*, A2, 31 de julio 2014. Cox agrega que “los considerandos que más pueden satisfacer a quienes están cerca de la llamada causa mapuche son aquellos que se denominan *dictum*, es decir, ciertas declaraciones que tienen fuerza jurídica, pero que no son vinculantes para el Estado”. Me parece que una “lectura de buena fe”, como la que intenta Duce, es más productiva que la visión estrecha de Cox, en tanto la primera permite dar lineamientos de acción al Estado, mientras que la segunda no ofrece vías de acción y es ciega al simbolismo que para los líderes mapuche tuvo la condena en contra del Estado chileno.

33 Ver Contesse, Jorge, ¿La última palabra? Control de convencionalidad, y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Saba, R. (ed.) *Derechos humanos: desafíos teóricos y posibilidades prácticas*, Buenos Aires: Librería, 2014.

34 Ver Contesse, Jorge, “Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System”, *Law & Contemporary Problems*, Vol. 79 No. 2, 2016.

reformas legales como forma de reparación y que tampoco enfatiza el rol de los jueces (por medio del uso del control de convencionalidad). En lo demás, se inscribe dentro de la jurisprudencia interamericana sobre debido proceso, igualdad y, en general, uso democrático y respetuoso de los derechos humanos en las herramientas del derecho penal.

Con todo, al versar sobre “líderes, dirigentes y activistas” del pueblo mapuche, la sentencia necesariamente se hace cargo de las dimensiones culturales que tienen los aspectos más comunes que se han reseñado: así, debe destacarse el razonamiento en cuanto a la imparcialidad del tribunal (tanto en el voto de mayoría, como la disidencia), la existencia de estereotipos y prejuicios sociales y su impacto en las decisiones judiciales y la especial afectación que tienen las condenas en contra de líderes, como son los *lonko* y el *werkén*, para la comunicación de las ideas en el marco de una identidad cultural específica, como es la mapuche. Este aspecto no debe desatenderse: en un contexto como el chileno—en que el pueblo mapuche ha sido históricamente discriminado, y considerando el uso expansivo que los gobiernos democráticos recientes han dado a la herramienta penal—, la sentencia es leída no solo como una declaración de responsabilidad internacional del Estado, sino como una restitución de la dignidad de personas injustamente condenadas por aquel Estado que injustamente les ha privado de sus tierras y su cultura por casi dos siglos.

ARGENTINA Y LA GUERRA ENTRE JUECES Y GOBIERNO

Marcelo Alegre¹

Resumen

Desde su primera presidencia, que comenzó en 2007, el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner se ha caracterizado por mantener una dura pelea con sectores de la Justicia, incluyendo, sobre todo a partir del mandato iniciado en 2011, a la Corte Suprema de Justicia. Además de describir algunos hitos en esta disputa, la enmarcaré en el doble contexto del hiperpresidencialismo argentino y del populismo antiliberal. Arriesgaré algunos horizontes posibles y esbozaré unas pocas sugerencias para mejorar el funcionamiento de la Justicia en Argentina.

1. El hiperpresidencialismo argentino

El enfrentamiento entre el gobierno y la justicia en Argentina no constituye una excepción en la actualidad. Según Samuel Issacharoff², es un rasgo muy generalizado de las democracias modernas que exista una tensión, más o menos permanente, entre los poderes ejecutivos y las altas cortes de Justicia, que en las últimas décadas han venido desplazando a los parlamentos como los órganos que presentan las mayores resistencias a los jefes de estado y de gobierno.

Pero en el caso argentino hay varios elementos que refuerzan esta confrontación. Por un lado, el conflicto entre el Poder Judicial y el gobierno debe

¹ Profesor Titular de Derecho y Filosofía, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

² Samuel Issacharoff, *Fragile Democracies*, (Cambridge University Press), 2015.

enmarcarse en el contexto de un sistema hiperpresidencialista, tal como fuera definido por Carlos Nino, y por otro lado, en relación a un proyecto político de rasgos antirrepublicanos o populistas. Esto significa que, a los rasgos concentradores del poder de nuestro sistema institucional, se suma la convicción entusiasta del oficialismo en los liderazgos hegemónicos, los que incluyen la noción de la unidad del poder democrático.

Respecto del presidencialismo argentino, uno de los objetivos de la reforma constitucional de 1994 fue el de atenuar sus rasgos más exagerados. En teoría se supone que el presidencialismo argentino tiene similitudes con el norteamericano³, pero hay muchas limitaciones al poder presidencial en Estados Unidos que están ausentes en nuestro país, entre las que se destacan; un federalismo genuino, los poderes del Congreso en punto a los nombramientos en el gabinete presidencial, un poder judicial poderoso e independiente y un sistema de medios más desarrollado. El resultado en Argentina, es la consolidación de un poder presidencial de tintes imperiales, alejado de todo control, que no comparece a conferencias de prensa, ni dialoga con la oposición, ni acepta matices o contradicción alguna.

2. El populismo

El segundo factor que agrava los males del hiperpresidencialismo es el populismo. A grandes rasgos, el populismo se caracteriza por un apego a políticas de corto plazo en perjuicio de reformas más profundas y de largo aliento, y por la noción de la unidad del poder, según la cual el gobierno expresa los intereses de la nación y del pueblo, por lo que todo límite a ese poder es antidemocrático, antipopular y contrario a los intereses nacionales. La unidad del poder se traduce en la búsqueda intencionada de una alta polarización, a partir de un relato simplificador que divide al país en dos bloques: el bloque popular y nacional, que defiende los intereses de las “mayorías populares” y de “la patria”, y por otro lado, el de los voceros de los “intereses económicos antipopulares”.

La convergencia entre el presidencialismo latinoamericano y el populismo, es letal para la separación de poderes y el respeto a las normas republicanas. El partido de gobierno opera como un aparato disciplinador del Congreso,

3 Carlos Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, (Astrea), 1992.

las provincias renuncian a toda autonomía para poder sobrevivir gracias a los aportes discrecionales del poder central, y la oposición languidece frente a un gobierno que dispone de fondos sin límites para aturdir a la opinión pública con su propaganda fascistoide y hundir a los disidentes de la prensa y la política, mediante campañas inescrupulosas de desprestigio a través de la red de medios oficiales y paraoficiales.

3. La reforma constitucional de 1994

Es discutible que el resultado de la reforma constitucional de 1994 haya sido aceptable en términos de la atenuación del poder presidencial, aunque pueden señalarse algunos avances innegables, como la eliminación de la jefatura de la Capital en manos del Presidente, estableciendo la elección directa del Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Eso se ha traducido, por ejemplo, en que Menem fuera sucedido por Fernando de la Rúa, Jefe de Gobierno de la Ciudad, y hoy el candidato opositor con más chances, o Mauricio Macri en la actualidad en ese cargo, haya sido bastante crítico al gobierno liderado por Cristina Kirchner.

Otras reformas a la Constitución tuvieron un alcance más limitado. La regulación de varias prácticas que colocaban en tensión la división de poderes, expresadas en reformas como el veto parcial, el dictado de decretos de necesidad y urgencia, o la legislación delegada al ejecutivo, han arrojado resultados poco auspiciosos. La falta de acuerdos sobre estos temas llevó a una solución de compromiso, que consistió en diferir la regulación detallada de las leyes posteriores a la reforma. En consecuencia, estas leyes terminaron legitimando las visiones más cesaristas del poder y desvirtuando las motivaciones atenuadoras del presidencialismo que animaban a la reforma.

Sin embargo en el ámbito de la Justicia la reforma produjo avances claros. Se estableció que los miembros de la Corte deberían recibir el acuerdo de los dos tercios de los senadores para ser elegidos, lo que obliga a impulsar candidatos que generen amplio consenso. También se creó un Consejo de la Magistratura, que selecciona a los candidatos por medio de concursos abiertos y propone al ejecutivo ternas vinculantes. Existe cierto acuerdo en que este sistema mejoró la calidad de los nombramientos judiciales.

Por lo tanto, en la confrontación actual entre los jueces y el gobierno vemos en acción dos tendencias opuestas: la que promueve una mayor independencia

judicial (fortalecida por la reforma del 94) y la tendencia opuesta, que tiende a fortalecer la concentración de poder en el ejecutivo, en sinergia con una concepción ideológica que celebra esa concentración, como parte de los requerimientos institucionales del populismo.

4. El hiperpresidencialismo populista en acción. El caso Argentino

La confrontación entre gobierno y jueces, como rasgo general de las democracias constitucionales, adquiere ribetes extremos en el caso de las democracias populistas latinoamericanas. Los gobiernos de este signo buscan debilitar todos los controles institucionales que operen como contrapeso del oficialismo. La consiguiente ausencia de controles exagera los desbordes, los episodios de corrupción y la violación de derechos humanos. Los pocos jueces que se animan a enfrentar a los gobiernos populistas son hostigados, perseguidos, y en algunos casos, sometidos a procesos farsescos. El ataque a las instituciones de control del poder no se detiene por la legislación internacional y eso explica la tensión permanente entre los gobiernos populistas de América Latina y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En Argentina, los intentos de avanzar para conseguir una mayor independencia de los jueces, no respondieron a una propuesta discutida en la campaña electoral, sino que son un resultado de la guerra del gobierno contra el grupo de medios Clarín. Buena parte de las medidas más impactantes del gobierno kirchnerista de los últimos tiempos, son tácticas para debilitar a este grupo de medios, que fue muy favorable al gobierno en los primeros años, pero que se distanció fuertemente durante el conflicto, de 2008, con los productores rurales, ocasionado por el nivel de las retenciones a las exportaciones agropecuarias.

El gobierno promovió una Ley de Medios, que tenía entre sus objetivos dividir al Grupo Clarín; estableció el acceso gratuito a las transmisiones televisivas de fútbol (“Fútbol para todos”), en perjuicio de la empresa Torneos y Competencias (controlada por Clarín); promovió investigaciones dirigidas a intervenir la empresa Papel Prensa (uno de cuyos grupos controladores es Clarín) y también una investigación sobre la supuesta apropiación de niños desaparecidos por parte de la dueña de Clarín, Ernestina de Noble, de la que surgió su inocencia frente a los graves cargos imputados. También intentó infructuosamente disolver la empresa de internet Fibertel, propiedad de Clarín,

entre otras medidas de hostigamiento. Frente a diversas decisiones judiciales adversas a la Ley de Medios, el gobierno contraatacó con una serie de leyes tendientes, supuestamente, a “democratizar la justicia”. Estas leyes incluían una limitación de las medidas cautelares, y un sistema de elección popular de los representantes de los jueces en el Consejo de la Magistratura. De acuerdo con estas leyes, los jueces debían presentar sus candidaturas junto a los partidos políticos. La Corte declaró la inconstitucionalidad de estas leyes, lo que llevó al gobierno a redoblar sus presiones y ataques.

A lo largo de estos años, la sociedad ha sido testigo de inéditas agresiones públicas a la Justicia. Por ejemplo, el Jefe de Gabinete de Ministros, Juan Abal Medina, calificó en 2012, a la Sala de Apelaciones que falló a favor de Clarín, como “Cámara de mierda”⁴. Hebe de Bonafini, dirigente muy cercana al gobierno, calificó a los jueces de la Corte como “turros que cobran plata por fallar”⁵. En un acto, en 2013, de la organización de magistrados kirchneristas Justicia Legítima se montó una parodia en la que se ridiculizaba al juez Fayt, quien aparecía caracterizado babeando y con andador⁶.

La tensión entre jueces y gobierno se acentuó, aún más, a principios de este año con la presentación por parte del Fiscal Alberto Nisman de una denuncia contra la Presidenta, el canciller y otras personas por encubrir, supuestamente, a los acusados iraníes por el atentado terrorista a la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA), en julio de 1994. Un día antes de comparecer ante el Congreso a informar sobre su denuncia, el Fiscal apareció muerto con una bala en la cabeza. A un mes de su muerte y en respuesta a una convocatoria de fiscales, en general no simpatizantes con el gobierno, miles de personas marcharon en silencio en homenaje a Nisman. El gobierno respondió con mucha dureza frente a la denuncia, y exacerbó sus ataques al Fiscal luego de su muerte, que la Presidenta calificó como un homicidio. Hasta ahora, no existe una información oficial sobre las causas de su violento fallecimiento.

Un nuevo capítulo en este enfrentamiento fue el frustrado intento de designar a un joven abogado kirchnerista de 33 años, Roberto Carlés, como reemplazo del juez Eugenio Zaffaroni. Esta propuesta se encuentra “congelada” luego que resultara evidente que el oficialismo no alcanzaría los dos tercios necesarios para su nombramiento.

4 *Lanación.com.ar*, Abal Medina calificó como “cámara de mierda” a la sala que falló a favor de Clarín, 17 de diciembre de 2012.

5 *Clarín.com*, Otro fuerte exabrupto de Bonafini contra la Justicia, 21 de enero de 2014.

6 *Clarín.com*, Burlas contra la Corte en la marcha de “Justicia Legítima”, 26 de junio de 2013.

En los últimos meses han recrudecido las presiones del gobierno para forzar el alejamiento del Juez Fayt (actualmente de 97 años). La Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados, sin que medie denuncia alguna, pretende intentar obligar a Fayt a someterse a un examen psico-físico, manio-bra que la oposición ha rechazado por ser ilegal y “de corte estalinista”.

5. La amenaza de un “golpe blando” contra el Poder Judicial

Frente a la no aprobación de Roberto Carlés para ocupar el puesto que dejó Eugenio Zaffaroni en la Corte Suprema y la persistencia de Fayt en no renunciar, partidarios del gobierno favorecen el dictado de una ley de ampliación de los miembros de la Corte, recurso utilizado en 1990 por Carlos Menem, que condujo a una década oscura de fallos retrógrados, cesaristas, y anti-liberales. El kirchnerismo puede jactarse de haber designado miembros respetados en el Tribunal y de haber reducido su número primero a 7 y luego a 5. Retomar la táctica menemista de ampliar la Corte sería una contradicción evidente con el relato oficial.

Hoy el gobierno podría aprobar la ampliación (ya que no requiere mayoría agravada), pero no podría llenar las nuevas vacantes por no reunir los dos tercios de los votos en el Senado (situación que podría modificarse si unos pocos senadores cambian de posición). En consecuencia, tanto la renuncia de Fayt (o su eventual deceso si consideramos su avanzada edad), como la ampliación de sus miembros, conducirían a la parálisis de la Corte, que ya no podría seguir sesionando por falta de quórum.

6. Futuros posibles

En el futuro inmediato, las próximas elecciones pueden poner fin a la confrontación actual, en un sentido u otro. Una lección que deja la experiencia comparada es que las Cortes Constitucionales no pueden resistir los embates del poder político indefinidamente. Un triunfo electoral del oficialismo le daría, más temprano que tarde, el premio mayor, es decir, el control del poder judicial. Una derrota del oficialismo, por el contrario, podría prolongar un tiempo más la frágil vida de la desordenada democracia constitucional argentina.

En una perspectiva de largo plazo, deberíamos preguntarnos (más allá de las consignas populistas como la de la “democratización” del poder judicial, que hasta aquí solo encubrían reformas antidemocráticas) qué justicia requiere la democracia. Si estamos de acuerdo en que la Corte fue el único poder que puso límites frente a un gobierno que iba “por todo”, entonces deberíamos pensar en mecanismos que refuercen y no debiliten la independencia del Poder Judicial. La magistratura debiera acentuar la igualdad real de oportunidades para la integración a ella, abriéndose a una participación más igualitaria de las mujeres y de postulantes provenientes de estratos sociales desaventajados. Privilegios inconstitucionales, como la exención para los magistrados en el pago del impuesto a las ganancias, debieran cesar de inmediato. Del mismo modo, la influencia excesiva de los jueces en las Facultades de Derecho, no facilita el fortalecimiento de una academia jurídica autónoma, que es uno de los pilares del Estado de Derecho.

Pero ninguna reforma es más necesaria que un cambio en la cultura política. El desafío de un futuro gobierno no populista consistirá en resolver dos ecuaciones complejas al mismo tiempo. Por una parte, se trata de respetar las reglas de una democracia constitucional, mostrando una actitud de buena fe institucional, sin hostigar a opositores y periodistas independientes, sin abusar de la propaganda oficial y sin identificar partido y gobierno. Por otra, en permitir a amplios sectores castigados económicamente el acceso a los beneficios del desarrollo. La mera puntillosidad republicana no alcanza para desarmar la bomba de tiempo del populismo. Es preciso mostrar a las amplias mayorías que una democracia liberal ofrece un marco favorable para la reducción de la desigualdad y la pobreza. De esta forma, se puede tener la esperanza de que la sociedad abrace a la república. Ese sería el obstáculo más formidable contra las tentaciones autoritarias que, a veces con ropajes de conservadurismo popular o progresistas, conspiran contra el progreso y el afianzamiento de una democracia moderna.

COMENTARIO A LA SENTENCIA “PERSONAS DOMINICANAS Y HAITIANAS EXPULSADAS VS. REPÚBLICA DOMINICANA”, DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Francisco Zúñiga Urbina¹

Resumen

Con fecha 28 de agosto de 2014, la Corte Interamericana de Derechos Humanos² dictó sentencia en el denominado caso de “personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”. Como se verá a continuación, la sentencia es de radical interés al establecer la obligación para el Estado dominicano, no sólo de reajustar su legislación a los estándares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino incluso su Constitución Política, en lo relativo a la regulación de la obtención de la nacionalidad por las personas nacidas en territorio dominicano.

1. Antecedentes

A fin de contextualizar el contenido de la sentencia que comentaremos a continuación, reseñaremos las conclusiones que motivaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a requerir la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la posición “soberanista” en que basó su contestación el Estado dominicano, así como los cambios normativos que sucedieron en República Dominicana, durante el proceso que culminó con la sentencia de fondo, y que fueron tenidos a la vista y considerados por la Corte.

1 Profesor Titular de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público, Universidad de Chile.

2 Integrada por los jueces Humberto Antonio Sierra Porto (Colombia), Presidente; Roberto F. Caldas (Brasil), Vicepresidente; Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica), Eduardo Vio Grossi (Chile), y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México).

1.1. El requerimiento de la Comisión Interamericana

El 12 de julio de 2012, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Comisión”) sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte” o “la Corte Interamericana”) el caso número 12.271 contra República Dominicana, relacionado con la “detención arbitraria y expulsión sumaria del territorio de República Dominicana” de presuntas víctimas haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana, entre ellas niñas y niños, sin atenerse al procedimiento de expulsión normado en el derecho interno de esa nación centroamericana y del Caribe³. Además, la Comisión consideró “que existían una serie de impedimentos para que los migrantes haitianos pudieran inscribir a sus hijos e hijas nacidos en territorio dominicano”, y para la obtención de la nacionalidad dominicana por parte de las personas de ascendencia haitiana nacidas en República Dominicana⁴.

3 Haití y República Dominicana son países limítrofes que forman parte de una misma isla llamada de La Española y existe un permanente proceso migratorio desde el primer país al segundo.

4 Las víctimas del caso presentado por la Comisión se pueden agrupar en familias, cuya situación particular denunciada es la siguiente:

a) Familia Medina: integrada por William Medina, quien portaba su cédula de identidad dominicana; su pareja Lilia Jean Pierre, nacida en Haití, y los hijos de ambos: Awilda, Luis Ney y Carolina, los tres con certificados de nacimiento y la primera también con cédula dominicana. Durante noviembre de 1999 y enero de 2000 funcionarios estatales, sin previa comprobación de su documentación oficial, trasladaron a todos los miembros de la familia a la “cárcel de Oviedo”, y después de varias horas fueron expulsados junto con otras personas a territorio haitiano. Por otra parte, después de la audiencia pública celebrada en octubre de 2013, el Estado informó que el 18 de octubre de ese año la Junta Central Electoral decidió autorizar la suspensión provisional de los efectos del acta de nacimiento del padre y sus hijos, y solicitar ante los tribunales nacionales competentes la nulidad de sus declaraciones de nacimiento.

b) Familia Fils-Aimé: integrada por Jeanty Fils-Aimé, su pareja Janise Midi, nacida en Haití, y los hijos de ambos, Antonio, Diane y Endry, respecto de quienes, al igual que lo sucedido con el padre, no fue posible determinar su lugar de nacimiento ni nacionalidad. El 2 de noviembre de 1999 agentes estatales detuvieron al padre en el mercado, y posteriormente llegaron a su casa y detuvieron a su pareja y sus hijos, quienes fueron trasladados a la “Fortaleza de Pedernales, al lado de Aduanas”, y luego expulsados del territorio dominicano hacia Haití.

c) Familia Gelin: integrada por Berrson Gelin, de quien no pudo determinarse su lugar de nacimiento ni nacionalidad, y su hijo William Gelin. El 5 de diciembre de 1999, mientras iba hacia su lugar de trabajo, lo subieron a una “guagua” y lo llevaron a Haití, separándolo de su hijo.

d) Familia Sensión: integrada por Antonio Sensión, nacido en República Dominicana y con cédula del país, su pareja Ana Virginia Nolasco, de nacionalidad haitiana, y sus hijas: Ana Lidia y Reyita Antonia, nacidas en República Dominicana y con cédulas del país. En el año 1994 la señora Nolasco y sus hijas fueron detenidas por oficiales de migración y trasladadas en un “camión” a la frontera con Haití. El señor Sensión recién después de ocho años las encontró, en 2002.

e) Familia Jean: integrada por Víctor Jean, nacido en República Dominicana, su pareja, Marlene Mesidor, nacida en Haití y sus hijos: Markenson, nacido en Haití y con pasaporte haitiano, y Miguel, Natalie y Victoria. La Corte determinó que Víctor, así como Miguel, Natalie y Victoria nacieron en República Dominicana, pero no contaban con documentos oficiales. En diciembre de 2000, agentes estatales entraron a la casa de la familia y ordenaron a todos sus integrantes que subiera a un “bus”, que los dejó en territorio haitiano.

f) Rafaelito Pérez Charles: nacido en República Dominicana, con cédula dominicana. El 24 de julio de 1999, Pérez Charles fue detenido por agentes de migración cuando salía de su trabajo, subido a una “guagua” y llevado a un centro de detención para luego ser expulsado a territorio haitiano.

Según el requerimiento, las violaciones del Estado se insertaron en un “álgido contexto de expulsiones colectivas y masivas de personas, que afectaba igualmente a nacionales y extranjeros, documentados e indocumentados, quienes tenían su residencia permanente y un vínculo estrecho de relaciones laborales y familiares con República Dominicana”. En particular, denunció y puso en evidencia “los impedimentos existentes para conceder la nacionalidad a las personas nacidas en territorio dominicano, a pesar de que el Estado recepta el principio de *ius soli*”; que “el Estado no presentó información que corroborara que el procedimiento de repatriación, vigente al momento de los hechos se hubiera aplicado efectivamente a las víctimas”; que a las presuntas víctimas “no les fue provista asistencia jurídica, ni tuvieron posibilidad de recurrir la decisión adoptada, ni existió una orden de la autoridad competente, independiente e imparcial que decidiera su deportación”; ni el Estado “indicó el recurso específico al cual podrían haber accedido las víctimas para proteger sus derechos”. Asimismo, la Comisión agregó que “durante su detención arbitraria y expulsión, [las víctimas] no tuvieron oportunidad de presentar esa documentación y en los casos en que fue presentada, ésta fue destruida por los oficiales dominicanos”, lo que implicó que las presuntas víctimas se “vieran privadas de acreditar su existencia física y su personalidad jurídica”. Además, “durante la detención, las víctimas no recibieron agua, alimentos ni asistencia médica, [y] su expulsión conllevó el desarraigo, el desmembramiento de los lazos y la estructura familiar, y afectó el normal desarrollo de las relaciones familiares, incluso para los nuevos miembros de la familia”.

El 13 de octubre de 2005 la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad N° 68/05 y el 29 de marzo de 2012 la Comisión emitió el Informe de Fondo N° 64/12, con sus conclusiones, haciendo una serie de recomendaciones al Estado dominicano. A juicio de la Comisión, dentro del plazo concedido de dos meses, las recomendaciones no fueron satisfechas, por lo que sometió el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 12 de julio de 2012, pidiendo, además, la adopción de medidas de reparación por parte del Estado.

La Comisión argumentó que algunas de las víctimas eran ciudadanos dominicanos y poseían la documentación necesaria para acreditar esa calidad, pero que, durante su detención arbitraria y expulsión, no tuvieron oportunidad de presentar esa documentación o fue destruida por oficiales dominicanos. También, denunció casos en que el Estado dominicano se negó arbitrariamente a inscribir el nacimiento de alguna de las víctimas y, de esa forma, reconocerle su nacionalidad dominicana, vulnerando lo establecido por la

Corte, cuando señala que “el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos” (como quedó establecido en el anterior caso denominado “Niñas Yean y Bosico con República Dominicana”). Además, la Comisión precisó que a ninguna de las presuntas víctimas nacidas en territorio dominicano les resulta aplicable la excepción al *ius soli* que rige actualmente en el derecho dominicano, consistente en el “estatus legal de los padres”, ya que ésta fue planteada en el 2004 y se constitucionalizó recién en 2010. La Comisión le dio una particular importancia a la sentencia (TC/0168/13) del Tribunal Constitucional dominicano, del 23 de septiembre de 2013, que explicaremos más adelante, pues “podría tener el efecto de desnacionalizar retroactivamente a miles de personas que adquirieron la nacionalidad dominicana, en aplicación de la Constitución entonces vigente [y] podría constituir un obstáculo para la restitución del derecho a la nacionalidad de las víctimas del presente caso, medida de reparación esencial en el mismo”.

Así, la Comisión denunció que el Estado dominicano violó el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la nacionalidad, consagrados en los artículos 3 y 20 de la Convención Americana, en cuanto a la obligación de respetar los derechos con el principio de igualdad y no discriminación, establecidos en los artículos 1.1 y 24 de la Convención en perjuicio de las presuntas víctimas, así como los derechos del niño, consagrados en el artículo 19 del mismo instrumento, en perjuicio de las presuntas víctimas que al momento de los hechos eran niñas y niños.

1.2. La posición de los representantes de las víctimas: las regulaciones internas para la adquisición de la nacionalidad dominicana y haitiana

Los representantes de las víctimas⁵ apoyaron las denuncias y las solicitudes de la Comisión. Agregaron que la reticencia de República Dominicana a reconocer la nacionalidad dominicana a los hijos de haitianos nacidos en su territorio, se ve agravada por cuanto, aunque Haití recepta el *ius sanguinis*, “existen impedimentos [...] de *iure* y de *facto* para la adquisición de la nacionalidad de ese país” para las presuntas víctimas, pues el artículo 11 de la Constitución de Haití indica que “cualquier persona nacida de padre

5 Durante la etapa de fondo del proceso, las presuntas víctimas estuvieron representadas por CEJIL, la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia (en adelante también “Clínica de Derechos Humanos” o “Universidad de Columbia”), el Grupo de Apoyo a los Repatriados y Refugiados (en adelante también “GARR”) y el Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitianas (en adelante “MUDHA”).

o madre haitiana, quienes además sean haitianos de nacimiento y nunca hayan renunciado a su nacionalidad, tendrán derecho a la nacionalidad haitiana desde su nacimiento”; pero en el caso de las víctimas de este caso Haití “ha cuestionado la nacionalidad de los hijos nacidos en República Dominicana, [pues] al menos uno de los padres es dominicano. Esto genera el supuesto de que el artículo 11 de la Constitución haitiana no les es directamente aplicable”. Agregaron que “la legislación sobre el acceso a la nacionalidad haitiana de 1984 [...] establece que “un(a) niño(a) nacido en un país extranjero de un padre extranjero y madre haitiana tendrá la nacionalidad extranjera hasta que ella o él alcance la mayoría de edad, momento en que el niño tendrá derecho a adquirir la nacionalidad haitiana”, y que el artículo 8 de la misma norma señala que “el mayor de edad que desee adquirir la nacionalidad haitiana debe vivir en ese país y acudir al Tribunal competente del lugar de su residencia”.

Respecto a las modificaciones que ha sufrido el ordenamiento interno dominicano desde que comenzó el proceso ante el sistema interamericano, el 2 de octubre de 2013, los representantes dieron a conocer a la Corte la sentencia (TC/0168/13) del Tribunal Constitucional, del 23 de septiembre de 2013, ya referida. En particular, recordaron que en su artículo 11 “la Constitución Política de 1994 (y sus precedentes desde 1929) establecía que son dominicanas todas las personas que nacieren en el territorio de la República, con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que están de tránsito en él”, y que la decisión “estableció que ‘la jurisprudencia tradicional dominicana reconoce como extranjeros en tránsito a los que [...] carecen de permiso legal de residencia’”. Señalaron que dicha interpretación es “abiertamente contraria” a lo que determinó la Corte en su Sentencia sobre el caso “Niñas Yean y Bosico versus República Dominicana” en relación con el concepto “en tránsito”, al definirlo el Tribunal Constitucional como un estatus que puede ser permanente, con independencia del tiempo que las personas han permanecido en el territorio del Estado y de los vínculos desarrollados en él. Además, destacaron que la sentencia, en su quinto punto resolutivo, ordena a la Junta Central Electoral efectuar una revisión minuciosa de los registros de nacimiento desde 1929, y hacer un listado de “extranjeros irregularmente inscritos”. Adujeron que esto “afecta a todas las [presuntas] víctimas de este caso, pues todas ellas nacieron con posterioridad a 1929 [...] además

de poner en riesgo el derecho a la nacionalidad de aquellos que han sido reconocidos como dominicanos”⁶.

1.3. La contestación de fondo del Estado dominicano: la regulación de la obtención de la nacionalidad como atributo de la soberanía

Por su parte, el Estado negó su responsabilidad. Advirtió que “el procedimiento atinente a la adquisición de la nacionalidad forma parte de las materias reservadas al dominio exclusivo del derecho interno dominicano”, siendo este un “atributo inalienable de la soberanía de los Estados”, únicamente limitado por el respeto de los derechos humanos, y específicamente a la existencia del riesgo de apatridia y/o la existencia de una norma discriminatoria. Agregó que, respecto de las personas identificadas como víctimas y que efectivamente se encuentran inscritas y son dominicanas, el pleito carece de objeto; y que respecto a las personas que no habrían obtenido sus documentos de identidad dominicanos, no está obligado a otorgarles la nacionalidad dominicana, pues el Estado de Haití aplica el sistema *ius sanguinis* para el reconocimiento de su propia nacionalidad. En cuanto al principio de igualdad ante la ley y de no discriminación, manifestó que la inclusión de requisitos para la adquisición

6 Al respecto, es oportuno destacar que la Corte constata en su sentencia que la mayoría de los Estados Partes de la Convención se basan en un sistema mixto, que combina la regla de la adquisición de la nacionalidad por *ius soli* con elementos de *ius sanguinis*. La sentencia resalta que Chile cuenta con una regulación similar a la de las constituciones dominicanas de 1955, 1966 y 1994, pues el artículo 10 de la Constitución chilena estipula que son chilenos “[l]os nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena”. Al respecto, la Corte Suprema chilena ha sostenido que la noción de “hijos de extranjeros transeúntes” debe entenderse en su sentido “natural y obvio”, usando la definición de “transeúnte” de la Real Academia, esto es, “el que transita o pasa por un lugar, que está de paso, que no reside sino transitoriamente en un sitio”. Así, para nuestra Corte Suprema, “es posible distinguir en Chile a personas domiciliadas y transeúntes, consistiendo el domicilio en la residencia acompañada del ánimo real o presuntivo de permanecer en ella”. Por ello, la Corte Suprema ha considerado que ciudadanos extranjeros en situación migratoria irregular que se han mantenido en Chile con el ánimo de permanecer en él, no pueden ser calificados como simples “extranjeros transeúntes”, por lo que la excepción a la adquisición de nacionalidad chilena del artículo 10 de la Constitución no puede ser aplicada a sus hijos nacidos en territorio chileno (Corte Suprema, Rol 6073-2009, sentencia de fecha 28 de diciembre de 2009; Corte Suprema, Rol 7580-2012, sentencia de fecha 22 de enero de 2013).

En el caso de Colombia, el artículo 96 de la Constitución colombiana de 1991 indica que “son nacionales colombianos [...] por nacimiento [...] los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento”, los tribunales colombianos han interpretado “domicilio” como una residencia legal. Así, el Consejo de Estado ha indicado que “el domicilio como concepto jurídico supone el ingreso legal al país” y la Corte Constitucional colombiana ha entendido que “nunca han estado domiciliados en territorio nacional” personas extranjeras respecto de las que “no se encontró que se hubiera expedido alguna visa” por parte de Colombia y que “no presentan registro alguno como extranjeros residentes en el territorio nacional” (Consejo de Estado de Colombia, Radicación número 1653; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1060/10).

de la nacionalidad por nacimiento en el territorio del Estado no era discriminatoria *per se*.

Además, recordó que al momento de los hechos denunciados, las excepciones planteadas por la Constitución para la adquisición de la nacionalidad dominicana por *ius soli* eran razonables de acuerdo con la jurisprudencia de la propia Corte, pues estaban previstas en la ley en sentido formal y material, perseguían un fin legítimo y cumplían con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Asimismo, invocó el principio de que “la irregularidad no genera derecho”, indicando que “la persona que viola los parámetros jurídicos fijados para ingresar al país como inmigrante, carece de legalidad [...] para exigirle a ese mismo sistema institucional el otorgamiento de nacionalidad”, por lo cual los hijos nacidos de madres que ingresaron de forma irregular al país no tendrían derecho a la nacionalidad dominicana. En relación a la presunta violación al derecho al nombre, el Estado señaló que en cuanto a las presuntas “víctimas extranjeras” no le corresponde, en principio, a República Dominicana garantizarles el derecho al nombre a esas personas.

1.4. La evolución del marco normativo interno revisado por la Corte

Como señala la Corte, la Constitución dominicana vigente al momento de los hechos, era la de 1994 y la normativa sobre la adquisición de la nacionalidad se encontraba regulada por su artículo 11. Esta disposición establecía el principio del *ius soli*, con dos excepciones que se refieren a los hijos de personas en representación diplomática o en *tránsito en el país*. Si bien al momento del nacimiento de algunas de las presuntas víctimas estaban vigentes las cartas anteriores, éstas incluían disposiciones con textos similares.

Por su parte, el artículo 10 c) de la Ley N° 95 de Inmigración de 14 de abril de 1939, vigente al momento de los hechos, establecía que “[las] personas nacidas en República Dominicana, son consideradas nacionales de la República Dominicana, sean o no nacionales o de otros países” y el Reglamento de Migración N° 279 del 12 de mayo de 1939, vigente en la época de los hechos, en su sección V define “transeúnte” como el extranjero que trate de entrar en la República con el propósito principal de proseguir a través del país con destino al exterior, para lo cual se fija un límite temporal de no más de 10 días.

Esta situación fue cambiando a partir de 2004. Ese año se publicó la nueva Ley General de Migración, que derogó la Ley de Inmigración anterior. Además, el 26 de enero de 2010 se publicó la reforma de la Constitución de República Dominicana, que en su artículo 18.3 incluye una tercera excepción

respecto a la adquisición de la nacionalidad dominicana por *ius soli*, donde se prescribe que no serán dominicanas las personas nacidas en territorio nacional hijas e hijos de extranjeros “que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano”.

Además, pendiente el proceso interamericano, el Tribunal Constitucional dominicano emitió, el 23 de septiembre de 2013, la sentencia TC/0168/13, en la cual se pronuncia acerca de la aplicación del artículo 11 de la Constitución Política del país. Dado que fue un hecho ocurrido con posterioridad al inicio del pleito, los representantes de las víctimas solicitaron que dicha sentencia fuese admitida como prueba superviniente.

La sentencia en cuestión, al pronunciarse sobre el recurso planteado por una persona nacida en 1984 en República Dominicana, de padres haitianos, contra la negativa de la Junta Electoral Central a expedirle su cédula de identidad y electoral dominicana, interpretó la excepción contenida en la Constitución de 1966 (vigente a la fecha de su nacimiento) respecto a los hijos nacidos en el país, de padres extranjeros en tránsito. Consideró que en el caso de la recurrente era aplicable la excepción constitucional al principio del *ius soli*, ya que sus padres eran ciudadanos haitianos que, al momento del nacimiento, no poseían cédulas de identificación personal y debían ser considerados como “jornaleros temporeros”, grupo que la Ley de Inmigración, N° 95 de 1939, integraba dentro de la categoría de “extranjeros no inmigrantes”. Para el Tribunal Constitucional, la categoría de “extranjeros en tránsito” que figuraba en todas las Constituciones dominicanas desde 1929, corresponde al conjunto de cuatro grupos designados como “trabajadores extranjeros no inmigrantes”. En este sentido, la categoría más amplia de “extranjeros en tránsito” no debe ser confundida con la de “extranjeros transeúntes”, que no son más que el segundo grupo de personas, entre los cuatro aludidos que integran la categoría de los “trabajadores extranjeros no inmigrantes” (“personas que transiten a través del territorio de la República en viaje al extranjero”).

Además de los cuatro grupos mencionados que quedarían cubiertos por la noción de “extranjeros en tránsito”, de acuerdo al artículo 11.1 de la Constitución de 1966, el Tribunal Constitucional se refirió a la situación específica de los extranjeros que permanecen en el país careciendo de permiso de residencia legal o que hayan ingresado ilegalmente en el mismo: “[e]n este sentido, estas personas no podrían invocar que sus hijos nacidos en el país tienen derecho a obtener la nacionalidad dominicana al amparo del precitado artículo 11.1 de la Constitución de 1966, en vista de que resulta jurídicamente

inadmisible fundar el nacimiento de un derecho a partir de una situación ilícita de hecho”. En definitiva, al no haber probado que por lo menos uno de sus padres tuviera residencia legal en República Dominicana al momento del nacimiento de su hija, ni con posterioridad al mismo, a juicio del Tribunal Constitucional, la recurrente no cumplía con el presupuesto establecido en el precitado artículo 11.1 de la Constitución de 1966, para adquirir la nacionalidad dominicana. El Tribunal Constitucional ordenó, *inter alia*, “[e]fectuar una auditoría minuciosa de los libros-registros de nacimientos del Registro Civil de la República Dominicana desde el veintiuno (21) de junio de mil novecientos veintinueve (1929) hasta la fecha [...] para identificar e integrar en una lista documental y/o digital a todos los extranjeros inscritos en los libros-registros de nacimientos del Registro Civil de República Dominicana”.

Luego, el 29 de noviembre de 2013, se emitió el Decreto N° 327-13, que tiene como objeto, de acuerdo a su artículo 1, establecer un “Plan Nacional de Regularización de extranjeros en situación migratoria irregular en la República Dominicana”. Además, el 23 de mayo de 2014, se sancionó la Ley N° 169-14, la cual en sus consideraciones señala que tiene por sustento lo establecido en la sentencia TC/0168/13 y prevé la “regularización de actas del estado civil”. El 23 de julio de 2014 se dictó el Decreto N° 250-14, reglamentario de la Ley N° 169-14, el cual se refiere al trámite de “registro y regularización migratoria de los hijos de padres extranjeros en situación migratoria irregular que habiendo nacido en territorio de la República Dominicana no figuran inscritos en los libros del Registro Civil” y que dio un plazo de 90 días para que las personas “sujetas al ámbito de aplicación de[l] reglamento para acogerse a los beneficios de [...] la ley 169-14”, presenten sus solicitud.

2. La sentencia de fondo de la Corte Interamericana

2.1. Las infracciones a derechos de las víctimas, en general

El 28 de agosto de 2014, la Corte en sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, establece la responsabilidad internacional del Estado dominicano por la violación de diversos derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), nacionalidad (artículo 20), nombre (artículo 18), libertad personal (artículo 7), de circulación y de residencia (artículo 22.1, 22.5 y 22.9), garantías judiciales (artículo 8.1), protección judicial (artículo

25.1), protección a la familia (artículo 17.1), y protección de la honra y de la dignidad en relación con la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar (artículo 11.2). Todo lo anterior en relación con el incumplimiento de la obligación, establecida en el artículo 1.1 de la Convención, de respetar los derechos sin discriminación. La Corte declaró, también, que el Estado había incurrido en la violación de los derechos del niño (artículo 19), en perjuicio de las víctimas que al momento en que ocurrieron los hechos eran niñas o niños⁷.

Finalmente, y es lo que resulta más interesante para este comentario, la Corte declaró que el Estado dominicano incumplió su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, obligación establecida en el artículo 2 de la Convención, en relación con los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, el nombre y la nacionalidad, así como por el conjunto de dichos derechos, el derecho a la identidad, y el derecho a la igualdad ante la ley.

En su razonamiento, la Corte constató que los hechos del presente caso se insertaron en un contexto en que los migrantes de nacionalidad haitiana, así como la población de nacionalidad dominicana con ascendencia haitiana, se encontraban, comúnmente, viviendo una pobreza más grave que la de los demás habitantes del país, y sufrían con frecuencia tratos discriminatorios por parte del resto de la población e incluso de las autoridades. La Corte, entonces, pudo acreditar la dificultad generalizada de este segmento de la población para obtener del Estado dominicano documentos personales de identificación. Además, la Corte pudo comprobar que, al menos en la época de los hechos del presente caso –durante un período cercano a una década, a partir de 1990– en República Dominicana existía un patrón sistemático de expulsiones mediante actos colectivos o procedimientos extrajudiciales arbitrarios, que afectaba tanto a migrantes haitianos como a dominicanos de ascendencia haitiana, basado exclusivamente en una concepción discriminatoria.

El Estado presentó tres excepciones preliminares. Dos de ellas, relativas a la falta de agotamiento de los recursos internos y a la falta de competencia de la Corte *ratione personae*, fueron desestimadas. La otra, sobre la falta de competencia *ratione temporis* fue admitida parcialmente por la Corte.

En lo que se refiere a los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la identidad, a los derechos del niño, al

⁷ Cabe hacer presente que la Corte, en su sentencia, declaró improcedente pronunciarse sobre la supuesta violación de los derechos a la integridad personal (artículo 5.1) y propiedad privada (artículo 21.1) de las víctimas.

derecho a la igualdad ante la ley y las obligaciones de respetar los derechos sin discriminación y adoptar disposiciones de derecho interno, la Corte reiteró su jurisprudencia. En particular, destacó el deber de los Estados de prevenir, evitar y reducir la apatridia, y respetar el principio imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y la no discriminación, por lo cual, según el criterio de la Corte, el estatus migratorio de los padres no puede transmitirse a sus hijos.

Respecto al derecho a la nacionalidad, consagrado en el artículo 20 de la Convención Americana, la Corte lo definió “como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos” y constituye un derecho fundamental de la persona humana, amparado, además, por otros instrumentos, como el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño. Recuerda la Corte que la Convención Americana recoge el derecho a la nacionalidad en un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado; y el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo. En tal sentido, la Corte señala:

“[...] que la determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin perjuicio de ello, resulta necesario que dicha atribución estatal se ejerza en concordancia con los parámetros emanados de normas obligatorias del derecho internacional a las que los propios Estados, en ejercicio de su soberanía, se hayan sometido. Así, de acuerdo al desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos, es necesario que los Estados, al regular el otorgamiento de la nacionalidad, tengan en cuenta: a) su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia y b) su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación.

En cuanto a su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia, los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incre-

mento del número de personas apátridas. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad”⁸.

La Corte recuerda que el artículo 20.2 de la Convención Americana señala que una persona nacida en el territorio de un Estado tiene derecho a la nacionalidad de ese Estado y “si no tiene derecho a otra”. Así, “el Estado debe tener certeza respecto a que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio, en forma inmediata después de su nacimiento, podrá efectivamente adquirir la nacionalidad de otro Estado, si no adquiere la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació”. Por ello, la Corte vuelve a remitirse al caso de las Niñas Yean y Bosico, oportunidad en que señaló que “la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron”.

Ahora, respecto a la relación del derecho a la nacionalidad con el principio de igualdad y no discriminación, la Corte recuerda que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”, y están obligados “a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”⁹. Así, el principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y de no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. “Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”. Así, la Corte señala que los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación, independientemente del estatus migratorio de una persona

8 Corte IDH, caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 28 de agosto de 2014, párrs. 256-257.

9 La cita de la sentencia es al caso Veliz Franco y otros versus Guatemala. Corte IDH, caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 19 de mayo de 2014, párr. 214 y 206.

en un Estado y dicha obligación se proyecta en el ámbito del derecho a la nacionalidad, reiterando el precepto de que “el estatus migratorio de los padres no puede transmitirse a sus hijos”.

En cuanto al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, protegido en el artículo 3 de la Convención Americana, la Corte se cita a sí misma para afirmar que la personalidad jurídica “implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes”¹⁰. Por ello, afirma que “el Estado debe respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares”. La Corte concluye que “[u]na persona apátrida, *ex definitione*, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado”. Además, destaca que “el derecho a la nacionalidad forma parte de lo que se ha denominado derecho a la identidad, definido por esta Corte como ‘el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso’”.

Por su parte, la Corte destaca la especial gravedad de los casos en los cuales las víctimas son niñas y niños, por ser titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, “además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto”. Por ello, la Corte establece el criterio de que “toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”. Por ello, señala, citando al Comité de los Derechos del Niño, “que la falta de registro de una niña o un niño puede repercutir negativamente en el sentimiento de identidad personal del niño, y los niños pueden ver denegados sus derechos a la atención de salud, la educación y el bienestar social básicos”¹¹.

Según la apreciación de los hechos que hizo la Corte, los documentos personales de Willian Medina fueron destruidos por los oficiales dominicanos durante su expulsión, mientras los demás miembros de su familia no tuvieron la

¹⁰ La cita de la sentencia es al caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala*. Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Fondo, sentencia de fecha 25 de noviembre de 2000, párr. 179.

¹¹ ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7 (2005) “Realización de los Derechos del Niño en la primera infancia”, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006, párr. 25.

ocasión de presentar sus documentos a los funcionarios, pues la expulsión se efectuó sin que se comprobaran debidamente sus documentos ni sus nacionalidades. De acuerdo a la sentencia, Rafaelito Pérez Charles tampoco pudo presentar sus documentos, ya que al momento de ser detenido los agentes estatales, no le permitieron buscar los documentos que se encontraban en su vivienda. Según la sentencia, tales hechos produjeron la afectación de los derechos al nombre, a la personalidad jurídica y a la nacionalidad, afectando en general el derecho a la identidad y la obligación del Estado de respetar los derechos sin realizar discriminación entre las personas. Peor aún, en el caso de las niñas y niños, el Estado no tuvo en consideración el principio de interés superior del niño.

Por otro lado, la Corte se pronunció sobre los derechos a la libertad personal, las garantías judiciales, de circulación y de residencia, y la protección judicial, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación y, adicionalmente, los derechos del niño. De esa manera, la Corte reiteró su jurisprudencia sobre los mencionados derechos consagrados en los artículos 7, 8, 19, 22.1, 22.5 y 22.9, 25.1 y 1.1 de la Convención, haciendo referencia a que cualquier restricción al derecho a la libertad personal debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de cada país y o por las leyes derivadas de las Cartas Fundamentales (aspecto material), y con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en aquellas Constituciones y leyes (aspecto formal). Además, la Corte aludió al elenco de garantías mínimas del debido proceso legal, que se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, así como a los estándares relacionados con procesos de expulsión, sobre lo cual ha sostenido que “el debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio”. Asimismo, la Corte ha considerado que un proceso que pueda sentenciar la expulsión de un extranjero debe ser individual, de modo de evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. También resaltó que en los procesos de expulsión en que se encuentren involucrados niñas y niños, el Estado tiene el deber de observar las garantías que tienen como objetivo la protección del interés superior de los niñas y niños, de modo que cualquier decisión de los órganos judiciales o administrativos que deban decidir acerca de la separación familiar, como consecuencia de la condición migratoria de uno o ambos progenitores, debe contemplar las

circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual.

En suma, según la sentencia de la Corte, en los casos de expulsión el Estado debe observar: (a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; (b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar; (c) el alcance del daño que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que la niña o el niño ha permanecido en esta unidad familiar; y (d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona que está a cargo del menor, de manera tal que permita ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño, en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.

Cabe destacar el hecho de que la Corte consideró que el criterio fundamental para determinar el carácter “colectivo” de una expulsión de extranjeros (acto prohibido por el artículo 22.9 relativo al Derecho de Circulación y de Residencia de la Convención), no está determinado por el número de extranjeros afectados por la expulsión, sino a ponderar si la medida estuvo o no basada en un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero. Asimismo, la Corte se refirió a la prohibición de que una persona pueda ser expulsada de un territorio en el cual tiene nacionalidad, establecida en el artículo 22.5 (Derecho de Circulación y de Residencia) de la Convención Americana.

En cuanto al derecho a la libertad personal, la Corte concluyó que las víctimas fueron privadas de su libertad antes de ser expulsadas hacia Haití sin que fuesen informadas de las razones específicas por las cuales fueron sujetas a deportación, tal como preveía la Ley de Inmigración N° 95 y el Reglamento de Migración N° 279 del propio Estado y, en consecuencia, esas personas no pudieron acudir ante el tribunal competente para impugnar la procedencia de su detención, ni tuvieron la posibilidad de ejercer un recurso efectivo que examinara la legalidad de la medida. Finalmente, la Corte constató que las privaciones de libertad fueron arbitrarias, pues las detenciones estaban sustentadas en las características raciales de las víctimas. Por ello, la Corte declaró que el Estado vulneró el artículo 7 en sus numerales 2, 3, 4, 5 y 6 (Derecho a la Libertad Personal), y adicionalmente, el artículo 19 (Derechos del Niño) de

la Convención. La Corte concluyó, también, que durante las expulsiones no se realizaron evaluaciones individuales de las circunstancias particulares de cada uno de los expulsados, en violación del artículo 22.9 (Derecho de Circulación y de Residencia) de la Convención Americana.

En cuanto a la prohibición de la expulsión de una persona del territorio del Estado en el cual tiene nacionalidad, la Corte constató que las víctimas del país que –conforme a la regulación interna del Estado en la época de las infracciones– tenían nacionalidad dominicana, vieron vulnerado su derecho a la nacionalidad por lo que deben ser consideradas con tal nacionalidad respecto a la aplicación del artículo 22 de la Convención. Además, la Corte consideró que si bien algunas de las víctimas pudieron de facto regresar al territorio dominicano, la destrucción de los documentos de nacionales dominicanos que contaban con documentación, así como la expulsión de dominicanos que carecían de documentación oficial, tuvieron por resultado el impedimento de las víctimas de poder regresar al territorio dominicano de forma legal, y circular y residir libre y legalmente en República Dominicana. El Estado, de tal forma, violó los derechos de las víctimas a ingresar al país en el cual tienen nacionalidad y a circular y residir en su territorio, consagrados en los artículos 22.1 y 22.5 (Derecho de Circulación y de Residencia) de la Convención Americana.

Respecto a las garantías judiciales, la Corte estableció que la persona sometida a un proceso de expulsión ha de contar con ciertas garantías mínimas, a saber: (a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación; (b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin; y (c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley. De acuerdo a la sentencia, ninguna de estas garantías fueron cumplidas por el Estado dominicano, lo que vulneró el artículo 8.1 (Garantías Judiciales) de la Convención Americana. La Corte determinó que debido a las circunstancias particulares del caso, las víctimas no contaron con la posibilidad de un acceso real o efectivo al derecho a ser protegidos por la Justicia lo cual violó el derecho a la protección judicial, reconocido en el artículo 25.1 (Protección Judicial) de la Convención.

Respecto a la protección de la honra y la dignidad, la Corte consideró que el Estado violó el derecho a la protección de la familia (artículo 17.1 de la Convención) en perjuicio de las familias Gelin y Sensión, además de infringir

el artículo 19 (derechos del niño) en el caso de los hijos de estas familias. Por otra parte, la Corte determinó que las injerencias en los domicilios de las familias Jean, Medina y Fils-Aimé no fueron justificadas por no haberse ajustado al procedimiento previsto en la ley interna, y que por lo tanto fueron injerencias arbitrarias en la vida privada de dichas familias, en violación del artículo 11.2 de la Convención.

A pesar de lo anterior, la Corte concluyó que no era procedente pronunciarse respecto a la alegada violación de los derechos a la integridad personal y a la propiedad privada reconocidos en los artículos 5 y 21 de la Convención.

3. El deber de adoptar disposiciones de derecho interno según la sentencia

Por su importancia, dedicaremos un capítulo aparte para reseñar lo que señaló la Corte sobre esta materia.

El deber de adoptar disposiciones de derecho interno está establecido en el artículo 2 de la Convención Americana. La Corte ha establecido que dicha norma impone a los Estados Partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar y hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en este organismo internacional.

La Corte explica luego que tal adecuación implica la adopción de dos tipos de medidas: primero, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías, y segundo, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención, ya sea porque desconozcan esos derechos o libertades o porque obstaculicen su ejercicio.

Ahora bien, la Corte ha señalado que “las disposiciones de derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica”.

En relación con la familia Jean, cuyo padre e hijos nacieron en el territorio dominicano, pero no habían sido registrados ni contaban con documentación que acreditara su identidad y nacionalidad, la Corte examinó tal omisión y constató que antes de la vigencia de la reforma constitucional de 2010 y, al

menos antes de la sanción en 2004 de la Ley General de Migración (Ley N° 285-04), no había en República Dominicana una práctica estatal constante ni una interpretación judicial uniforme, en el sentido de negar la nacionalidad a los hijos de extranjeros en situación irregular. Además, consideró insuficiente el argumento estatal de que las víctimas no quedarían apátridas por cuanto en Haití rige el *ius sanguinis*. La Corte consideró, en consecuencia, que el Estado violó los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad, consagrados en los artículos 3, 18 y 20 de la Convención Americana y, adicionalmente, el derecho a la identidad y los derechos del niño consagrados en el artículo 19.

Por otro lado, a la luz del principio *iura novit curia*, la Corte determinó el incumplimiento del artículo 2 de la Convención, es decir, del deber de adoptar disposiciones de derecho interno de la Convención Americana, respecto a la sentencia TC/0168/13 del Tribunal Constitucional de República Dominicana, emitida el 23 de septiembre de 2013, y a los artículos 6, 8 y 11 de la Ley N° 169-14, del 23 de mayo de 2014. Como se explicó previamente, en dicha sentencia el Tribunal Constitucional dominicano interpretó el derecho constitucional del país que estaba vigente antes de la reforma constitucional de 2010, considerando aquel fragmento de la Carta donde se sostiene que:

“Los extranjeros que [...] se encuentran en situación migratoria irregular [...] no podrían invocar que sus hijos nacidos en el país tienen derecho a obtener la nacionalidad dominicana [...] en vista de que resulta jurídicamente inadmisibles fundar el nacimiento de un derecho a partir de una situación ilícita de hecho”.

La Corte Interamericana, al respecto, notó que la diferencia entre las personas nacidas en territorio dominicano que son hijas de extranjeros no se realiza en base a una situación particular de ellas, sino fundada en la situación de sus padres, respecto a la regularidad o irregularidad de su condición migratoria. Pero, a juicio de la Corte, la situación de los padres, no debiera utilizarse como explicación para aplicar tratos diferentes a personas que nacieron en el territorio dominicano. La Corte no encontró motivos para apartarse de lo ya establecido en su sentencia sobre el caso de las “Niñas Yean y Bosico versus República Dominicana”, en el sentido de que “el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos”, y determinó que la diferenciación indicada en la sentencia TC/0168/13 resultaba discriminatoria para la población

dominicana de ascendencia haitiana, un grupo que ha resultado afectado de manera desproporcionada por aquel criterio diferenciador. Lo anterior, entonces, desemboca en una violación del derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 24 de la Convención.

Además, como se vio, la sentencia del Tribunal Constitucional al interpretar que los hijos de migrantes en situación irregular no tenían derecho a la nacionalidad dominicana, pese a haber nacido en territorio del Estado, ordenó a los poderes del Estado elaborar y ejecutar una política general a fin de auditar los registros de nacimientos desde 1929 y detectar a “extranjeros irregularmente inscritos”. La Corte coligió que las víctimas de nacionalidad dominicana y cuya documentación fue desconocida por las autoridades al ser expulsadas, podrían verse afectadas en el goce de sus derechos cuando las autoridades dominicanas revisaran sus actas de nacimiento, pudiendo determinar que se encuentran “irregularmente inscritas”. Por esta razón, la Corte concluyó que, dados sus alcances generales, la sentencia del Tribunal Constitucional constituye una medida que incumple con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, normado en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad, el derecho a la identidad y el derecho a la igual protección de la ley.

Por su parte, la Ley N° 169-14, reglamentada por el Decreto N° 250-14, establece un procedimiento por el que los hijos “de padres extranjeros en situación migratoria irregular que habiendo nacido en el territorio nacional no figuren inscritos en el Registro Civil”, podrían adquirir la nacionalidad dominicana por “naturalización” supeditada a un requisito administrativo nunca antes establecido en ninguna Constitución: el acto formal de registro. La Corte hizo notar que al ser consideradas extranjeras las personas indicadas, y someterlas a un procedimiento para acceder a la nacionalidad que les correspondía desde su nacimiento, la Ley N° 169 se constituía en un obstáculo para la plena vigencia del derecho a la nacionalidad de las víctimas. En tal sentido, la Corte declara que resulta un acto violatorio de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, en relación con los mismos derechos ya invocados¹².

12 La Corte examinó la Circular N° 017 de 29 de marzo de 2007 y la Resolución N° 12-2007 de 10 de diciembre de 2007, objetadas por las mismas razones por la Comisión y los representantes, pero consideró que no resultaban contrarias a la Convención Americana.

4. Las medidas de reparación ordenadas y, en particular, la orden de adecuar el derecho interno

Habiendo establecido previamente las infracciones cometidas por el Estado dominicano, la Corte concluyó que su sentencia constituía per se una forma de reparación. Sin perjuicio de ello, ordenó que el Estado dominicano, en los plazos y modalidades establecidos en la propia sentencia, debiera realizar las siguientes acciones:

A) Como medidas de restitución:

- (a) Adoptar las medidas necesarias para que las víctimas dominicanas, según el caso, sean debidamente registradas y cuenten con la documentación necesaria para acreditar su identidad y nacionalidad dominicana. En el caso de las víctimas que son investigadas, dejar sin efectos las investigaciones administrativas, así como los procesos judiciales civiles y penales en curso vinculados a sus registros y documentación;
- (b) Adoptar las medidas necesarias para que una víctima haitiana pueda residir o permanecer en forma regular en el territorio de República Dominicana.

B) Como medida de satisfacción: publicar en el Diario Oficial de República Dominicana y en un diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, el resumen oficial de la sentencia y publicarla en forma íntegra en un sitio web del Estado

C) Como garantías de no repetición:

- (a) Realizar programas de capacitación de carácter continuo y permanente de los miembros de las Fuerzas Armadas, agentes de control fronterizo y agentes encargados de procedimientos migratorios y judiciales, vinculados con la materia con el fin de asegurar que los perfiles raciales no constituyan, de ningún modo, el motivo para realizar una detención o expulsión; la observancia estricta de las garantías del debido proceso durante cualquier procedimiento relacionado con la expulsión o deportación de extranjeros; que no se realicen, bajo ningún supuesto, expulsiones de personas de nacionalidad dominicana; y que no se realicen expulsiones de carácter colectivo de extranjeros;
- (b) En lo que más nos importa para este comentario, la Corte indicó adoptar las medidas de derecho interno, necesarias para evitar que la

sentencia del Tribunal Constitucional TC/0168/13, emitida el 23 de septiembre de 2013, y lo dispuesto por los artículos 6, 7 y 11 de la Ley N° 169-14, emitida el 23 de mayo de 2014, continúen produciendo efectos jurídicos. Además, dictaminó adoptar las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional, legal, reglamentaria, administrativa, o cualquier práctica, o decisión, o interpretación, que establezca o tenga por efecto que la estancia irregular de los padres extranjeros motive la negación de la nacionalidad dominicana a las niñas y niños nacidos en el territorio de República Dominicana. La Corte ordena, también, adoptar las medidas legislativas, inclusive, si fuera necesario, constitucionales, administrativas y de cualquier otra índole, que sean necesarias para regular un procedimiento de inscripción de nacimiento accesible y sencillo, que permita asegurar que todas las personas nacidas en el territorio dominicano puedan ser inscritas inmediatamente después de su nacimiento, independientemente de su ascendencia u origen y de la situación migratoria de sus padres.

Finalmente, la Corte ordena al Estado dominicano pagar indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, así como por el reintegro de costas y gastos, y restituir al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas la cantidad señalada en la sentencia.

5. Sistema interamericano: ni control de convencionalidad ni supra-constitucionalidad sin texto expreso. Un *excursus*.

5.1. Los problemas del control de convencionalidad

Si bien esta sentencia afecta a un país lejano al nuestro, dentro del continente americano y con múltiples diferencias en lo que se refiere a nuestra realidad social y jurídica, nos da la oportunidad y se convierte en una excusa para revisar sumariamente la doctrina del control de convencionalidad de la Corte Interamericana y su recibo en nuestro país. Lo anterior sin perjuicio de que, los comentarios que se harán a continuación sobre tal control puedan resultar o no válidos o compatibles para todas las jurisdicciones constitucionales de la región con el sistema interamericano.

Por supuesto, admitimos el valor de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la necesidad de un

diálogo jurisprudencial para una más efectiva protección de los derechos fundamentales en el derecho interno¹³. Sin embargo, como hemos señalado en otra ocasión, consideramos dudosa la posibilidad de un control de convencionalidad de la Corte Interamericana, cuando dicha Corte ésta inserta en una jurisdicción complementaria, subsidiaria, integrante de un sistema de protección internacional-regional de derechos humanos y no de un sistema supranacional de protección.

Las comparaciones entre el sistema interamericano y el sistema europeo sirven para ilustrar este punto. Desde una perspectiva del Estado nacional y su Constitución, la distinción entre el sistema nacional, el sistema internacional y el sistema supranacional es muy relevante¹⁴. La Corte Interamericana es un tribunal que, por su acusado activismo judicial, reconoce un reducido ámbito al margen de apreciación (solución) nacional. A esa limitación se suma el también acusado déficit democrático de los tratados internacionales y que la diferenciación entre protección internacional y protección supranacional de derechos, con fuente en tratados internacionales, es una diferenciación no sólo conceptual sino que de tratamientos internacionales y políticos diferenciados por parte de los Estados a la hora de incorporar o habilitar tratados internacionales¹⁵.

Estas cuestiones son relevantes para sostener que el control de convencionalidad carece de soporte real en un sistema de protección internacional-regional, como es el sistema interamericano, y que carece de soporte constitucional en nuestro país, en particular. La experiencia europea de un orden supranacional, como es la Unión Europea, en su complejidad y tratamiento desde las constituciones de los Estados miembros, lo demuestra: es una experiencia en que el “derecho constitucional internacional” se abre a diversas fórmulas para proceder a la habilitación mediante cesión o transferencia de competencias soberanas, produciéndose así complejas relaciones entre los

13 Ver Manili, Pablo Luis, “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional Iberoamericano”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, (UNAM-III), México, 2002, pp. 371-410.

14 Zúñiga, Francisco, “Chile ante un Parlamento (Sub) Regional. Necesidad de una Reforma Constitucional”, Ponencia en Jornadas Argentino-Chileno-Peruano-Uruguayas de Asociaciones de Derecho Constitucional, Montevideo, octubre de 2011.

15 Sobre el déficit democrático de la fórmula supranacional europea, ver Pescatore, Pierre, “Les exigences de la démocratie et de la légitimité de la communauté européenne”, en *Cahiers de Droit Européen*, 1974; Reich, C., “Qu'est-ce que... le déficit démocratique?”, en *Revue du Marche Commun*, 1991; y Navarro Batista, Nicolás, “El déficit democrático y la reforma de las instituciones comunitarias”, en Olesti Rayo, A. (coord.), *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam*, Barcelona, 2000.

tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades¹⁶.

A propósito, es útil acordarse de las palabras de Henderson, quien nos recuerda que para determinar la forma y el momento de la incorporación de los tratados de derechos humanos a un ordenamiento nacional, debe analizarse si el Estado ha adoptado “una posición dualista o monista respecto a la relación entre ordenamiento jurídico internacional y ordenamiento jurídico interno”. Así:

En el caso de la adopción de un sistema dualista que, por otra parte, era el que predominaba y se enseñaba en las escuelas de derecho algunas décadas atrás, el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico interno, son dos sistemas jurídicos separados. En virtud de este sistema, para que una norma de fuente internacional pudiera tener algún valor en el ordenamiento interno de un país, es necesario un expreso acto de transformación legislativa, esto es, una ley que “rescriba” el contenido de la norma internacional, siguiendo el procedimiento interno establecido para la aprobación de leyes.

Con la adopción de un sistema monista, ambos ordenamientos jurídicos, el interno y el internacional, se interconectan y se constituyen en un único sistema jurídico estrechamente relacionado, donde los tratados internacionales se incorporan de forma automática luego de haber sido ratificados soberanamente por los Estados, y por ende, también se constituyen en normas de aplicación inmediata para los tribunales nacionales¹⁷.

La ausencia de soporte constitucional del control de convencionalidad en el ordenamiento chileno dice relación con varias cuestiones capitales, sobre las cuales se observa un profundo disenso en nuestra doctrina:

(a) La Constitución chilena, como es sabido, contiene una regla de incorporación a nuestro ordenamiento de los tratados, pero tal regla de incorporación, a nuestro juicio, claramente no es una regla de habilitación. Una demostración de ello es la reforma constitucional del año 2009, necesaria para la ratificación del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, como ya lo había fallado nuestro Tribunal Constitucional.

¹⁶ Ver Muñoz, Santiago, *Constitución*, Iustel, 2004.

¹⁷ Henderson, Humberto. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en Revista IIDH, vol. 39, pp. 71-72.

(b) La Constitución chilena no le confiere a los tratados internacionales, como sostienen erradamente algunos autores, jerarquía o competencia determinada en el derecho interno, sino, aplicación preferente; sin perjuicio de que reglas de derecho internacional común codificadas en la Convención de Viena –como las reglas *pacta sunt servanda* y *bona fide*–, puedan servir de base para determinar la responsabilidad del Estado. Esto no es baladí: es la Constitución la que debe resolver el tema de la jerarquía de los tratados en el ordenamiento, pues “[e]l tema de la jerarquía con la que se incorporan los tratados internacionales de derechos humanos tampoco es resuelto por lo dispuesto en el derecho internacional, sino que, una vez más, son las propias constituciones nacionales las que indefectiblemente definen de qué modo ingresan aquellos en el ordenamiento jurídico interno”¹⁸.

(c) Esta aplicación preferente de los tratados internacionales, en general requiere determinar previamente si estos instrumentos necesitan o no de una adecuación del ordenamiento interno; además, es preciso también determinar si sus disposiciones son o no autoejecutivas y si poseen la estructura-densidad normativa suficientes para su aplicación directa. Así lo ha sostenido nuestra jurisprudencia constitucional.

(d) A pesar de lo dicho no han faltado en la doctrina local posiciones doctrinales que sostienen la constitucionalidad o supraconstitucionalidad de los tratados de derechos humanos¹⁹ o su materialización constitucional a través de un “bloque constitucional de derechos”²⁰, todo a partir de la taumatúrgica regla del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República. La citada norma constitucional es una norma de conducta y no de organización; una garantía institucional de derechos, general y en sí vacía, dado que requiere acoplarse a las competencias protectoras de derechos que confiere el ordenamiento jurídico nacional a los cuadros orgánicos del Estado. El inciso 2° del artículo 5° establece un deber negativo de respeto y un deber positivo de promoción de derechos fundamentales y derechos humanos contenidos en tratados internacionales ratificados y vigentes; pero no configura una cláusula atributiva de competencias a los poderes públicos, sino que queda supeditada al reparto de competencias que la Constitución realiza en colaboración con la

¹⁸ *Ibíd.*, p. 75.

¹⁹ Medina Quiroga, Cecilia, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 6, 1996, pp. 59-72.

²⁰ Nogueira Alcalá, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Santiago, (Librotecnia), 2006.

ley. Por lo tanto, fruto de ese reparto de competencias es que los tribunales de justicia tienen la función de tutela judicial directa de derechos fundamentales y de derechos humanos y, en el ejercicio de tal función, pueden utilizar el derecho internacional convencional, ya sea aplicándolo directamente o reconociendo su carácter de complemento garantista infraconstitucional del sistema de derechos fundamentales.

(e) Sin embargo, nuestro país posee un sistema de jurisdicción constitucional concentrado, no difuso, por lo que la vinculación de los tribunales a la ley es primaria y fundamental. De esta manera, el eventual conflicto entre tratados de derechos humanos y la ley debe ser considerado por los tribunales como un conflicto de fuentes, confiriéndoles a los tratados aplicación preferente cuando corresponda. Aún así no pueden justificar la inaplicación de la ley fundada en un supuesto control de convencionalidad o en cumplimiento de pautas hermenéuticas o decisiones judiciales de la Corte Interamericana, porque tales sentencias son obligatorias para el Estado pero no son fuente formal del derecho para los tribunales, ya que las fuentes formales son los tratados, y sólo cuando cumplen las condiciones para su aplicación directa. En otras palabras, sólo un juego de logomaquia jurídica puede llevar a sostener que las sentencias de la Corte Interamericana que ordenan dejar sin efecto actos o decisiones de los poderes públicos del Estado podrían, bajo el pretexto de su obligatoriedad o cumplimiento sin fórmula de pase o exequátur propio de sentencias extranjeras, ser invocadas por tribunales nacionales para disponer la inaplicación o invalidación de los actos afectados.

(f) En nuestro medio, se ha pretendido salvar este obstáculo, relativo al sistema de fuentes del derecho, con la categoría equívoca del “bloque constitucional de derechos”²¹ consecuencia de la taumatúrgica regla del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, que permite rematerializar todos los derechos como derechos fundamentales por ser derechos “esenciales”, con un fundamento basal en valores como la dignidad, igualdad y libertad. Esta categoría, propia de un enfoque neoconstitucional o neoiusnaturalista, pugna con la Constitución como subsistema de normas y con el principio democrático que reside en la soberanía del pueblo la disposición contramayoritaria de un sistema político a través de técnicas como derechos fundamentales y sus garantías. Por otra parte, el mentado “bloque constitucional de derechos” transforma

21 Nogueira Alcalá, Humberto. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en *Revista Ius et Praxis*, año 9, N° 1, 2003, pp. 403-466.

derechos de fuente convencional en derechos de fuente constitucional, una metamorfosis propia del arte de los “nuevos alquimistas” del derecho, con demolidores resultados para la seguridad jurídica al sobredimensionar el derecho constitucional prácticamente sin límites.

(g) Si pensamos exclusivamente en el caso chileno, se puede caer en la tentación de creer que el “bloque constitucional de derechos” puede constituirse en una salvación frente al déficit de la Constitución chilena vigente en materia de derechos y garantías, cuyo origen se puede encontrar en el paraguas ideológico autoritario y neoliberal del orden constitucional. No obstante, tal salvamento, creación de los “nuevos alquimistas”, es una reconstrucción dogmática ideológicamente sesgada y expresión de un notorio elitismo epistemológico, propio del neoconstitucionalismo, que le asigna a la élite de jueces, letrados, profesores y consultores, la misión de reinventar la Constitución y la protección de derechos. Se olvida, de esta forma, lo que resulta obvio: el déficit de derechos y garantías constitucionales y de protección judicial de derechos es un problema eminentemente político, de cambio constitucional, legal y de cultura jurídica.

(f) Por último, en cuanto al engarce del control de convencionalidad con el control de constitucionalidad, quisiera hacer una observación. Como señala Sagüés, el control de convencionalidad no ofrecería mayores problemas en países con sistema de control difuso o desconcentrado, como Argentina, en que todo juez es competente para ejercitar la revisión de constitucionalidad-convencionalidad; pero la cuestión se vuelve problemática cuando el sistema de control de constitucionalidad está concentrado en un tribunal, una corte suprema o una sala constitucional de la Corte Suprema²². De este modo, la obligación de los tribunales nacionales en orden a practicar directamente el control de convencionalidad sin habilitación constitucional o de fuente doméstica, de oficio, es un sinsentido²³.

5.2. La pretendida supraconstitucionalidad del ordenamiento interamericano de derechos humanos

Ahora bien, para el caso de esta sentencia en particular, hay que destacar un

22 Sagüés, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, N° 1, 2010, p. 122.

23 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, “El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional”, en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Lima, septiembre de 2009.

tema no tan ampliamente abordado como sería necesario hacerlo. Como se sabe, las potestades públicas del Estado, como objeto de control de convencionalidad, comprenden un amplio abanico de decisiones, que son fruto del ejercicio de las potestades constituyentes: legislativa, gubernativa, administrativa, judicial y de control. Es decir, el control de convencionalidad supone lógicamente y sistémicamente, en cuanto control de regularidad, en razón de las infracciones que se le imputen al Estado, admitir en la práctica al derecho material interamericano, la Convención Americana o el “*corpus iuris convencional*” interamericano como “supraconstitucionales”. Desconocemos, en el orden doméstico, la razón que funda esta supuesta supraconstitucionalidad del ordenamiento interamericano: o la precisa fuente positiva de tal supraconstitucionalidad se encuentra muy oculta al observador crítico o se basa en el recurso al eterno derecho natural o a las cadenas ideológicas.

Como se sabe, las constituciones nacionales de los países americanos incorporan y/o jerarquizan los instrumentos internacionales de derechos humanos de cuatro maneras diferentes: con una jerarquía superior a la Constitución (supraconstitucional); con una jerarquía equivalente a la Constitución (constitucional); con una jerarquía inferior a la Constitución, pero por encima de las leyes nacionales (supralegal); y con una jerarquía equiparada a las leyes nacionales (legal).

En los sistemas de supraconstitucionalidad, los tratados internacionales de derechos humanos prevalecen por encima de la Constitución nacional, debido a que son los propios textos constitucionales los que disponen tal solución. Así, los casos de la Constitución de Guatemala de 1985 o la Carta de Honduras de 1982²⁴.

En los sistemas de constitucionalidad del derecho internacional de los derechos humanos, las constituciones nacionales colocan los tratados internacionales de derechos humanos en la misma jerarquía normativa de la constitución. Es, nuevamente, la propia Constitución la que concede a los tratados el rango constitucional. Así, los casos de las constituciones de Argentina (reformada profundamente en 1994) y Brasil (de 1988) y, discutiblemente, la

24 Podríamos incluir el caso de Venezuela, cuyo artículo 23 de su Constitución dispone la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, y además señala que los tratados sobre derechos humanos “prevalecen en el ordenamiento interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las instituidas por esta Constitución”. Con todo, como hicimos ver en otra ocasión, en el caso “López Mendoza versus Venezuela”, el Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, a raíz de una “acción innominada de constitucionalidad” declaró inejecutable e inconstitucional la sentencia interamericana. Ver: Zúñiga, Francisco, “Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica”, en Nogueira, Humberto, *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos*, (Librotecnia), 2012, pp. 417-433.

carta peruana de 1993²⁵.

Cuando la jerarquía adoptada por la Constitución es la denominada supra-legal o subconstitucional de primer grado, los tratados internacionales de derechos humanos no pueden modificar la Constitución, porque se hallan por debajo de esta, pero sí prevalecen sobre las leyes nacionales. Ejemplos encontramos en las constituciones de Costa Rica, El Salvador, Colombia o Paraguay.

Ahora bien, como se señaló también hay países con sistemas “legales” de incorporación de los tratados internacionales, en que la respectiva Constitución dispone que los tratados internacionales de derechos humanos tienen el mismo rango que la ley interna. Así sucede en los casos de Estados Unidos, Uruguay y México²⁶.

En definitiva, como se aprecia, los tratados internacionales sobre derechos humanos y los órganos encargados del control del cumplimiento de las obligaciones que mediante tales instrumentos asumen los Estados, pueden tener, en cada ordenamiento nacional, un rango superior, equivalente o inferior a la Constitución (y en este caso, superior o equivalente a la legislación ordinaria). Sin embargo, tal situación es establecida por las propias constituciones de los Estados partes y en ningún caso por el derecho internacional.

Así, correspondiendo a la jurisdicción constitucional de cada país (ejercida por uno o varios tribunales, dependiendo del caso) interpretar y controlar el Derecho de la Constitución (de cada Constitución), no corresponde que la Corte Interamericana entre a realizar dicho ejercicio; y, menos corresponde que, en base a las normas del derecho internacional, ordene o exhorte a un Estado a reformar su Constitución.

Esto adquiere mayor relevancia al considerar que la Corte Interamericana sostiene que el derecho material de control no consiste exclusivamente en las normas de la Convención Americana, sino también en las interpretaciones de las reglas convencionales emanadas de la propia Corte, vertidas tanto en sentencias como en opiniones consultivas y en el “*corpus iuris* convencional”, sin que exista claridad de si tal derecho material comprende tratados del sistema,

25 Bazán Chacón, Iván, “Aplicación del derecho internacional en la judicialización de violaciones de derechos humanos”, en Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (Lima), *Para hacer justicia. Reflexiones en torno a la judicialización de casos de violaciones de derechos humanos*, 2004.

26 Aunque la Suprema Corte de Justicia mexicana (SCJN), en sentencia de noviembre de 1999, interpretó que en virtud del artículo 133 de la Constitución, los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima de la ley federal y local. Para la SCJN, sólo la Constitución es la Ley Suprema a la que hace referencia el artículo 133. De esta forma, la SCJN abandonó la tesis que había sustentado desde 1992 de la equiparación entre los tratados y las leyes federales. Henderson, Humberto. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en Revista IIDH, vol. 39, p. 82.

extrasistema y otros instrumentos²⁷.

Finalmente, aunque es un problema general y no sólo relativo a la pretendida supraconstitucionalidad del ordenamiento interamericano, es menester referirse al problema relativo al efecto del juicio de convencionalidad practicado por la Corte Interamericana, es decir, a la “inconvencionalidad” o “anticonvencionalidad”. Esta declaración transita entre los extremos del binomio inaplicación-invalidación del acto estatal que involucra la responsabilidad del Estado e infringe el derecho material de la Corte. En el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*²⁸, la inconvencionalidad se traduciría en la invalidez de la norma de rango legal (autoamnistía dispuesta por un decreto ley), por carecer “desde un inicio” de efectos jurídicos, produciendo un deber judicial concreto de inaplicación de la norma invalidada. Quedan en la penumbra los efectos temporales de la sentencia interamericana, pero todo indica que son efectos *ex tunc* o retroactivos, ya que apuntan a un hecho que en definitiva obliga a recurrir al sistema interamericano. De esta manera, la inconvencionalidad plantea, en la perspectiva de los tribunales de la nación, un grueso problema y es que no les permite declarar inconstitucional o “derogar” la ley, sino conforme a los mecanismos previstos en el derecho interno. Quizás este problema es menor en un sistema de jurisdicción constitucional difuso o mixto, pero en nuestro país, las vías son el control concreto de constitucionalidad: vía acción de inaplicabilidad, vía cuestión de inconstitucionalidad, con el consiguiente control abstracto, o la reforma legal.

Afortunadamente, la Corte tuvo en consideración en su sentencia el problema planteado anteriormente, al ordenar al Estado dominicano, en los puntos resolutivos, textualmente:

18. El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para evitar que la sentencia TC/0168/13 y lo dispuesto por los artículos 6, 8 y 11 de la Ley No. 169-14 continúen produciendo efectos jurídicos, en los términos del párrafo 468 de la presente Sentencia.

19. El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional, legal, reglamentaria o administrativa, así como toda

27 Araya Corao, Carlos, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, en *Derecho Procesal Constitucional*, (Porrúa), 2001.

28 Corte IDH, caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006.

práctica, o decisión, o interpretación, que establezca o tenga por efecto que la estancia irregular de los padres extranjeros motive la negación de la nacionalidad dominicana a las personas nacidas en el territorio de República Dominicana, en los términos del párrafo 469 de la presente Sentencia.

20. El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas legislativas, inclusive, si fuera necesario, constitucionales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular un procedimiento de inscripción de nacimiento que debe ser accesible y sencillo, de modo de asegurar que todas las personas nacidas en su territorio puedan ser inscritas inmediatamente después de su nacimiento, independientemente de su ascendencia u origen y de la situación migratoria de sus padres, en los términos del párrafo 470 de la presente Sentencia.

Como se ve, la Corte establece expresamente que las medidas que tome el Estado estarán destinadas a “evitar” que la sentencia del Tribunal Constitucional y la Ley N° 169-14 “continúen produciendo efectos”; debe “dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza” y “adoptar, en un plazo razonable, las medidas legislativas, inclusive, si fuera necesario, constitucionales, administrativas y de cualquier otra índole” En suma, deja establecido que los efectos de la sentencia son hacia el futuro, lo cual es mucho más adecuado desde un punto de vista de su técnica, lo que quiere decir que la sentencia no es autoejecutable, porque la Corte Interamericana no es una “instancia” ni una “corte de casación supranacional”.

8. Conclusiones.

La sentencia comentada y que aborda diversas cuestiones desde la apatridia como estatus no admitido por el sistema a los derechos asegurados en la Convención –el derecho a la nacionalidad, el derecho al reconocimiento de la personalidad, el derecho al nombre, la libertad personal (en conexión con el derecho de expulsión del Estado y sus estándares mínimos, la prohibición de expulsiones colectivas o de nacionales, sin garantías), la protección de la honra, dignidad y familias, todo sin afectar el principio de igualdad y de no discriminación– sirve de pretexto para revisar el control de convencionalidad que ejerce la Corte Interamericana y sus presupuestos como la

supraconstitucionalidad de la Convención o del amorfo “corpus iuris interamericano”. También, sirve de pretexto para revisar brevemente los alcances que en nuestro país tiene el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República y la cuestión relativa a la posición de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento nacional o la doctrina del “bloque constitucional de derechos”.

En particular, la sentencia comentada deja en evidencia la vis expansiva de la doctrina interamericana acerca del control de convencionalidad en dos aspectos sensibles: el primero, la decisión acerca del deber de adoptar medidas de derecho interno, en cumplimiento del artículo 2 de la Convención, como ejercer el poder constituyente derivado para reformar la Constitución de República Dominicana (ya reformada por el poder constituyente derivado, en 2010) o los artículos 6,8 y 11 de la Ley N° 169-14, lo que no es nuevo en la jurisprudencia del sistema; y el segundo, la colisión de decisiones judiciales (Corte y Tribunal Constitucional local) y de controles, negando la especialidad y supremacía del control doméstico al enjuiciar la sentencia TC 0168/13 de 23 de septiembre de 2013.

Tal colisión de jurisdicciones (interamericana y constitucional) se da en el marco del control concentrado de constitucionalidad residenciado en un Tribunal Constitucional, que desde la doctrina del control de convencionalidad puede estar asestando un golpe mortal al sistema de controles del poder del Estado en la República Dominicana.

Lo expuesto nos obliga a reanudar el debate acerca del alcance que debemos dar al control de convencionalidad, dado que se trata de un camino bidireccional (Corte-tribunales domésticos), y que en su lectura máxima y activista puede importar un serio desbarajuste en el diseño del arreglo institucional de los Estados.-

REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA GRAN SALA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN 2014

*Cristián Apiolaza*¹

*Marcela Díaz*²

*Vicente Martínez*³

*Judith Schönsteiner*⁴

Resumen

Como en años anteriores, nuevamente presentamos una revisión de la jurisprudencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, elaborado en un proyecto docente. Mientras la Gran Sala, en años previos, tuvo que decidir un considerable número de casos sobre la correcta interpretación del margen de apreciación que el sistema europeo otorga a los estados, este año hubo un claro enfoque en el desarrollo o debate sobre las obligaciones positivas bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se revisarán doce decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el fondo de los respectivos casos.

Introducción

En el año 2014, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH o “el tribunal”) fue requerida para pronunciarse sobre temas bastante similares a los de años anteriores. Se pronunció sobre temas migratorios, en especial, los posibles conflictos entre la regulación de la Unión

1 Licenciado en Derecho y Magister en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Diego Portales.

2 Licenciada en Derecho de la Universidad Diego Portales y candidata a Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional en la misma casa de estudios.

3 Estudiante de Pregrado en Derecho, Universidad Diego Portales.

4 Doctora y LL.M. en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Essex, Reino Unido, y Magister Artium en Ciencia política por la Universidad Johannes Gutenberg, Mainz, Alemania. Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Europea sobre “ingreso por terceros Estados” y el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH o “el Convenio”) –los casos *Tarakhel* y *Jeunesse*– (sección 2), y sobre las posibles limitaciones al derecho a la libertad religiosa frente a la cultura predominante de un país –el caso *S.A.S.* (sección 3)–. Además, analizó, de manera similar a lo que tuvo que fallar en el caso *Stanev* en el año 2012,⁵ un caso sobre responsabilidad estatal por violaciones a los derechos a la vida y la integridad de un joven con discapacidad –el caso *Câmpeanu* (sección 4). De nuevo se pronunció –en el caso *Jaloud*– sobre el efecto de extraterritorialidad que tiene el Convenio Europeo en relación con actividades militares de los Estados partes fuera de su territorio (sección 5). Por último, tuvo que fallar una vez más sobre justicia transicional en materia de debido proceso –los casos *Margus* y *Mocanu*– y propiedad –el caso *Alisic et al.*– (sección 6).

Sumada a estas temáticas más usuales, se requirió al tribunal sobre un tema poco tratado por la Gran Sala en los últimos años: la expulsión masiva y sumaria de extranjeros, en el caso interestatal *Georgia contra Rusia* (sección 2). Cabe destacar, que lo más llamativo para el observador iusinternacionalista han sido las discusiones del tribunal al desarrollar, en tres casos emblemáticos, su jurisprudencia en materia de obligaciones positivas del Estado en la protección de los derechos consagrados en el Convenio.

En todos estos casos, el argumento de la mayoría resultó controvertido. En *Hämäläinen v Finlandia*, que trata sobre derechos de las personas transexuales, por existir disenso sobre si efectivamente se trataba de un caso de obligaciones positivas (y no de obligaciones negativas como lo había constatado la cámara); en *O’Keefe v Irlanda* por diferencias entre los jueces del tribunal respecto a las obligaciones positivas en materia de prevención del abuso sexual de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) y la correcta interpretación de lo que el Estado “debiera haber sabido” sobre abusos sexuales a NNA en colegios católicos, en Irlanda en los años 70. Finalmente, en *Fernández Martínez v España*, el TEDH decidió, en un fallo sumamente dividido (9 votos contra 8), que el Estado no había violado el derecho a la vida familiar de un ex-sacerdote despedido por el Estado de su puesto como profesor de religión, a solicitud del obispo del lugar. Los casos podrían ser analizados desde múltiples puntos de vista, pero en esta oportunidad, nos centraremos solamente en el aspecto

5 Aranis, Katerina, Benitez, Dinka, Macari, María Ignacia, Rey, Benjamín y Schönsteiner, Judith, “Revisión de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2012”, Anuario de Derecho Público 2013, (Ediciones UDP), 2013, p. 557 y sgtes.

de los fallos, que fue el más controvertido entre los jueces (sección I)⁶.

1. Un debate sobre la definición de obligaciones positivas: no discriminación, prevención de abuso sexual de NNA y autonomía de las instituciones religiosas

La señora Hämäläinen⁷ es una persona transexual que nació como hombre y se casó con una mujer, con quien tuvo un hijo, antes de someterse a un tratamiento hormonal y una cirugía de reasignación de sexo. Para obtener el cambio de su número de cédula, que en Finlandia indica el sexo de la persona, era necesario que la señora Hämäläinen se divorciara de su mujer, o bien, transformara la relación en una unión civil. En ese contexto, argumentó que tal requisito violaría su derecho a la privacidad y vida familiar (Art. 8 CEDH). El Estado sostuvo que aunque el requisito constituye una limitación de su derecho, no resulta desproporcional, porque existe una legislación que protege sus derechos bajo un acuerdo de unión civil, el cual en la mayoría de sus disposiciones es coextensivo con el matrimonio. En este sentido, la negativa de mantener el matrimonio es una decisión que caería dentro del margen de apreciación del Estado, reconocido por el TEDH, entre otras materias, cuando no existe consenso, sobre ciertos aspectos de los casos en litigio, entre los Estados partes del Consejo de Europa. En esta oportunidad el TEDH identificó el siguiente dilema jurídico a resolver: si “el respeto por la vida privada y de familia de la peticionaria implica una obligación positiva por parte del Estado a proporcionar un procedimiento eficaz y accesible que le permita reconocer el nuevo género de la peticionaria mientras ella siga casada”. Después de analizar el asunto, el Tribunal le terminó encontrando la razón al Estado y en su fallo señaló que no hubo violación del CEDH en el caso de la señora Hämäläinen.

Para llegar a esta conclusión, el tribunal procedió definiendo el test de balance del derecho con los “intereses [...] de la sociedad como un todo” (párr. 65), y establece que aplica un “cierto margen de apreciación” (párr. 67). En este caso concreto, esto significó determinar si el derecho obliga al Estado a adoptar legislación que permita a la peticionaria obtener el reconocimiento

6 Por su especificidad en el contexto europeo, no discutimos las decisiones que la Gran Sala emitió sobre reparaciones, durante el 2014.

7 TEDH, caso Hämäläinen contra Finlandia [GC], Sentencia de 16 de julio de 2014.

del cambio de sexo, mientras siga casada. Como el reconocimiento de la unión civil protege todos los elementos “esenciales” (párr. 71) de la relación con su ahora esposa; como no se le puede obligar a convertir la relación en una unión civil sin su consentimiento; y como los derechos del niño que las dos tienen juntas no se afectan; el requisito del divorcio fue justificado en este caso concreto y no constituye, según el tribunal, una carga desproporcionada para la peticionaria.

Considerando el argumento que el tribunal desarrolla, no se llega a entender por qué éste definió el test como uno de obligaciones positivas, si, tal como lo explicó la jueza Ziemele, el asunto dice relación con una “interferencia en materia de privacidad” (párr. 4, voto concurrente). Usualmente, el test de obligaciones positivas se aplica, en el TEDH, en relación a la prevención de violaciones a los derechos humanos, por parte de terceros. Ciertamente, la línea divisoria entre obligaciones positivas y negativas no es nítida al analizarla en diferentes situaciones, pero sorprende que la Gran Sala haya indicado tratar un tema que, tradicionalmente, analizó bajo estándares de “interferencia”, con un test de obligaciones positivas. Revisando el argumento en el caso *Hämäläinen*, no estamos convencidos de que el test aplicado por parte del tribunal haya sido, efectivamente, uno de obligaciones positivas, tal como fuera anunciado. Será útil en materia de obligaciones positivas, seguir observando al tribunal para dilucidar en casos futuros, cuáles son las diferencias que se establecen entre ambos tipos de obligaciones.

Otro aspecto que solo se discutió en el voto disidente de los jueces Sajó, Keller y Lemmens, es la pregunta de por qué el caso no se analizó, además, bajo el derecho de libertad de religión, consagrado en el Art. 9 del CEDH, ya que la negativa de la esposa a consentir una unión civil provenía de sus convicciones religiosas (párrs. 6 y 7). En este sentido, lo esperable sería que la ponderación entre los derechos generara un resultado distinto, especialmente en el caso de que ambas esposas actuaran como peticionarias.

En el segundo caso, que estamos analizando, sobre obligaciones positivas por abuso sexual en colegio privado, el enfoque de la discusión jurídica estuvo puesto en otro aspecto: cuál es el grado de fiscalización y prevención que Irlanda debiera haber ocupado, en los años 70, para prevenir el abuso sexual de NNA por parte de profesores, atendiendo a una situación en la que los padres de la niña no habían denunciado el abuso y ella lo hizo 20 años después de ocurridos los hechos. Además, el tribunal debía decidir cuál debiera

haber sido la respuesta de la justicia irlandesa una vez denunciado el caso en los años 90. El TEDH encontró una violación del derecho a la integridad personal⁸ y del acceso a la justicia⁹ en perjuicio de la señora O’Keeffe. Al examinar si el Estado supo o debiera haber sabido del riesgo que la niña corría de sufrir abusos por parte de su profesor, en un colegio católico financiado, pero no administrado por parte del Estado, el tribunal analizó los mecanismos de fiscalización, los criterios de revisión de los profesores, y las vías de denuncia abiertas a la niña y sus padres a lo largo del tiempo. La peticionaria alegó que el Estado podía y debía haber adoptado mejores regulaciones de protección a la infancia, a pesar de tener encargados los colegios a un actor privado¹⁰. Indicó, además, que la existencia de informes sobre abuso sexual a NNA significaba que el Estado estaba al tanto del riesgo. Señaló finalmente, que no existía un canal donde se exigiese que las denuncias hechas en los colegios católicos (llamados *National Schools*) fueran traspasadas al Estado¹¹. El Estado de Irlanda argumentó que los mecanismos existentes cumplían con el deber de protección.

El tribunal definió el test a aplicar, para interpretar el artículo 3 del Convenio, de la siguiente manera: “La obligación positiva de proteger debe interpretarse de tal manera que no se imponga una carga excesiva a las autoridades, tomando en cuenta, en particular, la imposibilidad de predecir el comportamiento humano, y las decisiones operacionales sobre los recursos [disponibles]. En consecuencia, no todo riesgo de maltrato implicaba un deber de las autoridades de tomar medidas para prevenir que este riesgo se concretara. No obstante, las medidas requeridas debieran proporcionar protección eficaz en caso de NNA y otras personas vulnerables y debieran incluir pasos razonables para prevenir el maltrato del que sabían o debieran haber sabido”¹². Este test reviste especial relevancia en el contexto de la educación primaria, tal como en este caso concreto, ya que los “NNA pequeños son especialmente vulnerables y están bajo el control exclusivo de [las] autoridades [escolares]”. El tribunal, además, ha considerado que “no es necesario demostrar que sin

8 Convenio Europeo de Derecho Humanos, Art. 3, sobre prohibición de tortura, tratos inhumanos y degradantes.

9 Convenio Europeo de Derechos Humanos, Art. 13.

10 TEDH, Caso O’Keeffe v. Irlanda [GC], Sentencia de 18 de Enero de 2014, párr. 124.

11 *Ibid.*, párr. 126.

12 *Ibid.*, párr. 144. Ver: y jurisprudencia a partir del caso X y Y v. Países Bajos 1985 sobre la violación de una joven con discapacidad mental (párrs. 21-27).

la omisión del Estado el abuso no hubiera ocurrido”¹³. Finalmente, el Estado no está liberado de su obligación de proteger fundando su argumento en que es la familia la que realiza la selección del colegio.

En el presente caso, el tribunal determinó que Irlanda no cumplió con estos requisitos. Además, en relación al acceso a la justicia, los recursos disponibles no fueron considerados adecuados, porque dependían de la acción de denuncia de la familia y no operaban ex officio¹⁴. Tres jueces, en su mayoría de países del este de Europa, no concordaban con la interpretación que la mayoría le dio a las obligaciones positivas, introduciendo el principio de subsidiaridad entre Estado y privados en el ámbito de educación y respetando el derecho de los padres de elegir la educación para sus hijos¹⁵. No obstante, no explicaron en qué medida este derecho se debe subordinar al interés superior del niño, y especialmente, su derecho a la integridad física y psicológica.

En el caso *Fernández Martínez contra España*¹⁶, relacionado con temas de autonomía religiosa –esta vez de la institución que representa una religión mayoritaria–, el tribunal falló, nuevamente, considerando la interpretación de las obligaciones positivas que emanan del Convenio. Es una de las decisiones más controvertidas de los jueces del tribunal, en los últimos tiempos. De hecho, mientras la Cámara y algunos jueces de la Gran Sala entendieron que era un caso de obligaciones positivas, la mayoría de la Gran Sala definió el problema jurídico como uno de interferencia directa por órganos estatales. En el caso se discute por un lado, la autonomía de la iglesia católica para decidir sin revisión estatal, sobre la idoneidad de un individuo, José Antonio Fernández Martínez, para realizar clases de religión en una escuela pública de España, y por otro lado, el derecho a la vida privada contemplado en el artículo 8 del Convenio, a causa de la no renovación del contrato laboral del señor Martínez tras haberse publicado en un artículo periodístico, la situación familiar del ex clérigo, su participación en el Movimiento para el Celibato Opcional y su disidencia en relación a la postura oficial de la iglesia católica en torno a ese tema. En este caso se aplicó el mismo criterio que *Pastorul Cel Bun contra Rumania*, que se analizó en este mismo Anuario en 2014.

¹³ TEDH, Caso O’Keeffe v. Irlanda [GC], op. cit., párr. 149.

¹⁴ *Ibid.*, párrs. 175 a 186.

¹⁵ *Ibid.* Voto parcialmente disidente de los jueces Zupancic, Gyulumyan, Kalaydjieva, De Gaetano, Wojtycyk, párr. 7.

¹⁶ TEDH, Caso Fernández Martínez v. España [GC], Sentencia de 12 de Junio del 2014.

En 1997, Fernández Martínez obtuvo la dispensa de celibato de parte de la iglesia católica, trece años después que fue solicitada, y contrajo matrimonio al año siguiente. En 1998, su contrato como profesor de religión en un colegio estatal no fue renovado, después de que una foto de él y su familia había sido publicada en un artículo sobre el Movimiento en el que participaba.

El tribunal resolvió mediante el ya conocido test de proporcionalidad de la interferencia con un derecho convencional y estableció que hubo interferencia estatal, ya que el ministerio de educación español acató las directrices que le envió el obispo respecto a la no renovación de Fernández Martínez en su puesto¹⁷. La interferencia tenía sustento en el Tratado firmado entre la Santa Sede y España en 1979, que autorizó al obispo para destituir a profesores de religión. La Gran Cámara estimó también que se persiguió un fin legítimo, cual es la protección de la autonomía de una institución religiosa. El TEDH examinó en seguida si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática y si era proporcionada en atención a un objetivo legítimo¹⁸, considerando el margen de apreciación amplio que el TEDH concede en materia religiosa. El tribunal aplicó en esta ocasión el raciocinio del caso *Sindicatul Pastorul Cel Bun*¹⁹, en el sentido de que el Estado no puede automáticamente interferir en decisiones internas de las instituciones religiosas, aunque sea para proteger derechos de sus miembros, y que la opción que existe para integrantes disidentes es la salida de la comunidad²⁰. Varios jueces discreparon de este raciocinio utilizado en el caso *Pastorul Cel Bun*, al no considerar ni examinar que la autonomía de las instituciones religiosas no es absoluta.

En virtud de esa autonomía reconocida por el TEDH, las iglesias pueden exigir respecto de ciertas personas de la comunidad, un especial deber de lealtad. En este sentido, la naturaleza del puesto que ocupa la persona es importante a la hora de evaluar la proporcionalidad de la medida²¹. El TEDH estimó que en virtud de su posición de sacerdote ordenado, conocedor de las normas de la iglesia y, posteriormente, profesor de religión, Fernández Martínez había aceptado voluntariamente los deberes de lealtad que le impone la

17 *Ibíd.*, párr. 115.

18 *Ibíd.*, párr. 124.

19 TEDH, Caso *Sindicatul "Pastorul Cel Bun" v. Rumania* [GC], Sentencia de 9 de Julio 2013, párr. 136.

20 TEDH, *Fernández Martínez v. España* [GC], párr. 127.

21 *Ibíd.*, párr.131.

iglesia y, hasta cierto punto, las intromisiones que pueden implicar en su vida privada y familiar²². En segundo lugar, la publicidad de su situación familiar, a través de un artículo periodístico, tensionó los vínculos de confianza entre él y la institución religiosa, en la cual se considera que si alguien enseña religión debe llevar una vida que no sea incompatible con lo que la misma institución prescribe. En tercer lugar, se estimó que la relación laboral a la que se encontró sujeto con el estado español, no lo desvinculó de los deberes particulares que le exige la iglesia. Los jueces disidentes consideran que este análisis no le hubiera correspondido al TEDH²³. En el Sistema Interamericano, se llamaría el análisis proporcionado, de cuarta instancia, considerándose también fuera de la jurisdicción del tribunal internacional.

Respecto a la proporcionalidad de la decisión, si bien su desvinculación del cargo de profesor lo afectó en su vida familiar y personal, el tribunal estimó que el daño se subsanaba a través del beneficio de desempleo que le entregó el obispo. Según el voto mayoritario (9 votos), una sanción menos lesiva habría puesto en riesgo la credibilidad de la iglesia²⁴. El voto disidente (8 votos), consideró que el TEDH debiera haber analizado si el poder estatal tenía posibilidades de emplear al solicitante en otro cargo de educación, ya que no puede eludir su responsabilidad internacional dejando la discrecionalidad en manos de un tercero, especialmente, si se considera que la deferencia hacia la iglesia y su autonomía fue libremente consentida por el Estado a través de un tratado internacional. También, señaló que el artículo 9 no tutela derechos a la disidencia dentro de una comunidad religiosa, ya que el modo de ejercer la libertad de pensamiento en el contexto de una comunidad con la cual se disiente, es abandonándola libremente²⁵.

Son interesantes los criterios que elaboró la minoría en relación al escrutinio que el Estado español debiera haber efectuado sobre la decisión eclesial: si la decisión de la institución religiosa, interfiere con derechos fundamentales, debiera ser debidamente razonada, no arbitraria, –y garantizar que no desbordará el propósito por el cual se le concedió la autonomía. En concreto, las autoridades estatales deben “verificar que una tal decisión eclesiástica no

22 *Ibíd.*, párr.135.

23 *Ibíd.*, Voto disidente Spielmann et al, párr. 24.

24 *Ibíd.*, párr. 146.

25 *Ídem.*

produce efectos que constituyen una interferencia indebida con los derechos fundamentales”²⁶ de quienes son afectados.

Llama la atención que el TEDH (y tampoco los jueces disidentes) no analiza si el deber de protección del Estado para con los miembros disidentes de comunidades religiosas no es mayor si se trata de derechos laborales, especialmente, si se considera la dificultad de obtener un empleo alternativo. En el caso *Schüth contra Alemania*, había argumentado que si no existe una opción de empleo alternativo (en ese caso, de un organista), el test de proporcionalidad es más estricto y encontró, de hecho, una violación. Este criterio, para el TEDH, no aplica cuando se trata de la enseñanza de la religión, ya que no compete a las autoridades estatales entrometerse en asuntos internos de comunidades religiosas porque ello atentaría contra su autonomía, que es un pilar fundamental para asegurar el pluralismo en una sociedad democrática²⁷. Siguiendo el razonamiento de la minoría, no quedó claro en el caso Fernández Martínez por qué el TEDH no exigió el cumplimiento de la obligación de proteger los derechos laborales de un profesor empleado por el Estado, a través de alguna medida alternativa, o de mitigación²⁸.

2. Protección de la familia y expulsión de migrantes

En lo que dice relación con personas migrantes y su derecho a la vida familiar, hay dos casos que son conocidos por la Gran Sala en 2014: *Tarakhel contra Suiza y Jeunesse contra Países Bajos*. En ambos casos, el TEDH tenía que dirimir un conflicto entre dos normas internacionales: por un lado, la Regulación Dublín²⁹ y, por otro, el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, decidió un caso interestatal sobre expulsiones masivas de nacionales de Georgia desde Rusia. El raciocinio que siguió el TEDH entrega un aporte significativo a la protección de los intereses de NNA, y en relación a prácticas sistemáticas en el contexto de expulsiones de extranjeros.

26 *Ibíd.*, Voto disidente Spielmann et al, párr. 21.

27 *Ibíd.*, párr.128.

28 *Ibíd.*, Voto disidente Spielmann et al, párr. 35.

29 La Dublin Regulation, prescribe una presunción de cumplimiento de los derechos que emanan de la convención, a favor de los Estados miembros respecto a personas migrantes. Regulation (EU) No 604/2013 (Regulación Dublin).

En el caso Tarakhel, Golajan Tarakhel, su esposa y sus seis hijos, todos nacionales de Afganistán, ingresaron a Italia el año 2011 como solicitantes de refugio. Las autoridades italianas los transfirieron hacia un centro de recepción para quienes buscan asilo. De acuerdo a los recurrentes, las condiciones de aquel centro no eran las adecuadas para albergar a la familia, por carecer de las condiciones sanitarias apropiadas, así como también de privacidad, además de constatarse la existencia de situaciones de violencia entre los ocupantes del centro³⁰. En vista de estas condiciones, la familia abandonó el centro en Italia y solicitó refugio primero en Austria y luego en Suiza³¹. Las autoridades suizas constataron que las condiciones de los refugios en Italia no eran las adecuadas; no obstante, solicitaron a las autoridades italianas hacerse cargo de la familia Tarakhel, rechazando las peticiones de asilo así como también las futuras apelaciones que se realizaron en virtud del mismo asunto.

La Gran Sala declaró, por catorce votos contra tres, que habría una violación del artículo 3 del Convenio si es que Suiza regresara a la familia Tarakhel a Italia, sin asegurarse de que las condiciones de vida allí serán las adecuadas en atención a las necesidades particulares de los niños y la familia³². Así, se consideró la jurisprudencia asentada por la misma Gran Sala, discutida en Anuarios anteriores, sobre condiciones de vida en los asilos para solicitantes de refugio o asilo³³.

Para llegar a esta conclusión, la Gran Sala recurrió a principios generales ya establecidos en jurisprudencia previa. En este sentido, señaló que se puede comprometer la responsabilidad de un Estado cuando este expulsa a un petionario de asilo, existiendo indicios sustanciales de que en su país de origen puede ser objeto de torturas, castigos o tratos inhumanos y degradantes, surgiendo en estos casos la obligación de no devolución³⁴.

En este contexto, es preciso dilucidar cuando considera la Gran Sala que se alcanza el umbral de malos tratos que prohíbe el artículo 3. La Gran Sala mantuvo un criterio utilizado en el caso *Kudla contra Polonia* y también en *M.S.S*

30 TEDH, Caso Tarakhel contra Suiza [GC], Sentencia de 4 de Noviembre del 2014, Párrafo 11

31 La regulación de Dublin otorga a Austria y Suiza el derecho de rechazar cualquier solicitud de asilo, argumentando que el Estado responsable de esta decisión es el país donde los solicitantes por primera vez tocaron suelo de la Unión Europea. Artículo 7, Capítulo III, Regulation (EU) No 604/2013 (Regulación Dublin).

32 TEDH, Caso Tarakhel contra Suiza [GC], p. 52.

33 M.S.S. contra Grecia y Bélgica. Ver Anuario 2013, Aranis, Katerina, por todos, op. cit.

34 *Ibíd.*, párr. 93.

contra Bélgica y Grecia, en los cuales sostuvo, que los “malos tratos”, para encontrarse dentro de los márgenes del artículo 3, deben alcanzar un cierto nivel de severidad³⁵. La valoración que se realizó en relación a la severidad es bastante relativa, y dependerá en gran medida de las circunstancias particulares de cada caso, como lo son la duración del maltrato, las consecuencias físicas o síquicas del mismo y, en algunos casos, la edad, sexo y salud de la persona maltratada.

Así, es preciso distinguir por un lado, la obligación de “no devolución” y, por otro lado, las condiciones de vida en los asilos. El principio de no devolución para configurarse como tal, requiere de pruebas sustanciales que permitan hacer creíble que una persona puede correr peligro de torturas o trato inhumano. Una de las fuentes de las cuales puede provenir este riesgo de torturas y trato inhumano, son los procedimientos de asilo en aquellos casos en los que se observan fallas sistemáticas³⁶. En consecuencia, cuando se devuelve a un peticionario de asilo a un estado que le ofrece condiciones de vida deficientes, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, se puede caer dentro de los márgenes del artículo 3 y comprometer su responsabilidad en este sentido.

La Gran Sala para evaluar la existencia de riesgo señaló respecto al proceso de identificación, que este tardó solo 10 días y tanto las autoridades suizas como las italianas obtuvieron toda la información relativa a la familia Tarkhel, aun cuando en un primer momento ellos entregaron identificaciones falsas. Por este motivo, este aspecto no fue relevante para la Gran Sala en el resto del razonamiento³⁷. En lo que dice relación con las facilidades de recepción, ni las autoridades italianas ni las suizas lograron sostener que la capacidad para recibir a peticionarios de asilo fuese suficiente, considerando el incesante flujo de inmigrantes hacia territorio italiano. La Gran Sala cita las recomendaciones del año 2013 realizadas por la UNHCR, que describen una serie de problemas dentro de los centros de refugio para asilados en Italia, vinculados principalmente con el deterioro de las condiciones de recepción y sobrepoblación. Sin embargo, puntualiza que dicha realidad no puede ser

35 *Ibíd.*, párr. 94.

36 *Ibíd.*, párr. 103. Los parámetros para evaluar un procedimiento de asilo se basan en el reporte del comisionado de derechos humanos de la UNHCR para el caso *Mohammed Hussein* y dicen relación con la lentitud en el proceso de identificación de los solicitantes de asilo, la inadecuada capacidad de las facilidades de recepción y las condiciones de vida en las facilidades disponibles. *Ibíd.*, Párrafo 106.

37 *Ibíd.*, párr.107

comparada con la situación que se vivía en Grecia al momento del caso *M.S.S contra Bélgica y Grecia*, por tanto el razonamiento no puede ser igual. De todas formas, plantearon serias dudas respecto a la capacidad de recepción en Italia por la sobrepoblación en los centros así como la carencia de privacidad y salubridad.

Considerando estos dos últimos puntos, la Gran Sala señaló que para alcanzar el nivel mínimo de severidad que se le exigen a los “malos tratos” para entrar dentro de los límites del artículo 3, es relevante atender a las circunstancias particulares de la familia Tarakhel. Se observó que existe un deber de “especial protección “al estar en presencia de peticionarios de asilo que conforman un grupo vulnerable, condición particularmente agravada por la presencia de niños. Por ello, sostuvo el tribunal, las condiciones de recepción deben adaptarse a las especiales necesidades de los niños, de lo contrario, se configuraría el estándar de malos tratos que prescribe el artículo 3.: se produciría una violación del artículo 3 si las autoridades Suizas no asegura que la familia Tarakhel al llegar a Italia, recibirá un tratamiento acorde a la edad y necesidades de los niños.

Otro aspecto relevante de este fallo, es que se recordó el criterio utilizado en el caso *M.S.S*, en cuanto se permite revertir la presunción de cumplimiento contenida en la Dublin Regulation a favor de los Estados, en los casos en que se verifiquen faltas sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de vida de quienes buscan asilo en un estado miembro y que se traduzca en un trato inhumano o degradante³⁸. Por lo anterior, de acuerdo con la CEDH, Suiza debe optar por negarse a transferir a los solicitantes de asilo a Italia si considera que allí no se estarían cumpliendo con las obligaciones procesales que plantea la Dublin Regulation al recibir a solicitantes de refugio.

Sin embargo, para el voto disidente³⁹ la situación de los Tarakhel debió compararse con el umbral fijado en el caso *M.S.S*. y concluyeron que su situación no es asimilable a la de los solicitantes de asilo en Grecia. En primer lugar, los jueces argumentaron que el daño aún no se había producido efectivamente, atendiendo a que todavía no se había concretado el regreso de la familia a Italia y a que las condiciones de vida en los refugios en Italia no alcanzarían el nivel de malos tratos que supone el artículo 3. En segundo lugar, porque la situación de los refugiados en Grecia era de carácter grave debido

38 *Ibid.*, párr. 103

39 TEDH, *Caso Tarakhel contra Suiza* [GC], Voto disidente suscrito por los jueces Casadevall, Berro-Lefevre y Jaderblom, p. 53.

al hacinamiento en los lugares de refugio y porque se incumplían varias de las garantías procesales previstas por la Dublin Regulation para los países de entrada de refugiados. La situación en Italia, según los jueces disidentes, no alcanzó el umbral necesario de gravedad para encontrar una violación del artículo 3 CEDH, en relación a las condiciones de vida.

El segundo caso, relacionado con situaciones migratorias y familia, considera la ponderación del incumplimiento de procedimientos nacionales migratorios y de residencia, con el derecho a la vida familiar. La señora Meriam Margriet Jeunesse, nacional de Surinam y que vivía desde hace 16 años en los Países Bajos, denunció que la negativa de las autoridades de esos países a otorgarle un permiso de residencia para poder permanecer en Holanda junto a sus tres hijos, todos de nacionalidad holandesa, y su esposo, originario de Surinam pero también nacionalizado holandés, violaba el derecho a la vida familiar. A juicio del tribunal, el asunto principal consistía en resolver si a pesar de las fallas procesales, es decir, la falta de cumplimiento con los requisitos formales de solicitud de residencia por parte de la señora Jeunesse, eximió a los Países Bajos de permitirle desarrollar una vida familiar dentro del territorio⁴⁰.

Para estos efectos el TEDH citó principios utilizados anteriormente en el caso *Butt contra Noruega*⁴¹, especialmente, la obligación para los estados de adoptar medidas positivas con el fin de proteger la vida familiar. A pesar de reconocer un margen de apreciación a la hora de ponderar las circunstancias particulares del individuo contra los intereses de la comunidad⁴², y del mismo modo que ocurriera en el caso *Tarakhel*, fue la presencia de menores en la familia, lo que el TEDH consideró decisivo para hacer valer el derecho a la familia por sobre el interés público y la discrecionalidad del Estado en materia de política migratoria.

El TEDH observa: “Considerando las circunstancias específicas del caso, es cuestionable que una política general de inmigración per se pueda considerarse razón suficiente como para rechazar la residencia de [la señora Jeunesse] en los Países Bajos”⁴³. Meriam Margriet Jeunesse tiene tres hijos

40 TEDH, Caso Jeunesse contra Países Bajos [GC], Sentencia de 3 de Octubre de 2014, Párrafo 105.

41 *Ibíd.*, párr.105.

42 *Ibíd.*, párr.107.

43 *Ibíd.*, párr.121.

pequeños que nacieron en los Países Bajos y por lo tanto son holandeses. Los niños no conocen Surinam y han desarrollado toda su vida en los Países Bajos, lugar donde viven bajo el cuidado permanente de su madre, en vista de que su padre por motivos de trabajo, se ausenta por tiempos prolongados de la casa familiar. En este contexto, el Tribunal señaló que hay un consenso internacional respecto a la suprema importancia que reviste el interés superior de los niños⁴⁴. Si bien por sí solo no es un aspecto decisivo⁴⁵, tiene un peso significativo a la hora de hacer la respectiva ponderación de derechos⁴⁶ en el marco del test de proporcionalidad. En este caso el TEDH, limitó el margen de apreciación del Estado holandés y concluyó que hubo una violación del artículo 8 CEDH.

Desde el punto de vista chileno, es indudable que los argumentos elaborados por el TEDH son un parámetro a tener en cuenta en términos comparativos, más aún si se considera el notable crecimiento que el fenómeno de la migración ha tenido en nuestro país. Existen casos de amparos resueltos por la Corte Suprema, en los cuales la jurisprudencia ha indicado que la aplicación de las normas de extranjería tienen que considerar las circunstancias particulares de las personas involucradas⁴⁷. Incluso cuando parte de estas circunstancias involucra la comisión de delitos, nuestro supremo tribunal ha considerado que un juicio de proporcionalidad adecuado no debe desatender la existencia de una familia si está conformada por el extranjero que se pretende expulsar y sus hijos chilenos⁴⁸.

En un caso interestatal entre Georgia y Rusia, el TEDH debía decidir si Rusia estaba violando la prohibición de expulsiones masivas y sumarias contra extranjeros de nacionalidad georgiana. A finales del año 2006, el clima de tensión política entre Georgia y Rusia era evidente. En ese contexto, entre

44 *Ibíd.*, párr.109.

45 La Corte consideró también, que la solicitante no estaba en las mismas condiciones que otros migrantes y que por tanto procedería una evaluación diferente de sus circunstancias personales, ya que era holandesa hasta 1975, año en el que Surinam se independiza de Holanda y ella pierde la nacionalidad de manera “no voluntaria” (párr. 115). Esto se suma, al hecho de que la presencia de la solicitante fue largamente tolerada por las autoridades, quienes conocían su situación irregular en el país y conocían su domicilio (párr. 116). Es así como para la Corte, el balance de derechos realizado por las autoridades holandesas era insuficiente (párr.120).

46 *Ídem.*

47 Corte Suprema de Chile, Rol 8518-2012, Sentencia de 3 de diciembre de 2012, Rol 5148-2013, Sentencia de 12 de agosto de 2013 y Rol 11521-2014, Sentencia de 12 de Junio de 2014.

48 Corte Suprema de Chile, Rol 6649-2013, Sentencia de 9 de Septiembre del 2013.

septiembre del 2006 y enero del 2007, se realizaron numerosas detenciones y expulsiones de ciudadanos georgianos residentes en Rusia. En la práctica, como se pudo corroborar, Rusia emitió 4.634 órdenes de expulsión contra nacionales georgianos, de los cuales 2.380 fueron detenidos y expulsados por agentes del Estado, mientras que los restantes 2.254 abandonaron el país por sus propios medios. De ahí que el Estado de Georgia alegara ante el TEDH, que Rusia incurrió en una práctica administrativa de detención y expulsión colectiva de personas, prohibida por el derecho internacional, cuestión que se sustenta, además, en la entrega, como prueba, de diversos instructivos y circulares emitidos por parte de autoridades de Rusia, con el objetivo de “reforzar” el control respecto de inmigrantes georgianos ilegales.

Como agravante, los procedimientos mediante los cuales expulsaron a los georgianos de Rusia, fueron extremadamente breves e irregulares, con una duración no mayor a cinco minutos. Hubo personas que, incluso, no fueron admitidas en los tribunales o se encontraron con jueces que los disuadían de apelar a sus decisiones. Por otra parte, las condiciones de detención fueron inhumanas, principalmente a causa del hacinamiento y las malas condiciones de higiene. Por si fuera poco, muchos fueron trasladados en aviones de carga sin medidas apropiadas de seguridad e higiene (iban de pie y sin baño) durante el vuelo.

La Gran Sala del Tribunal Europeo tuvo que hacerse cargo del análisis de la privación de libertad, en el marco de las detenciones masivas e ilegales (artículo 5 del Convenio) y la prohibición de los tratos degradantes respecto de las condiciones de detención (artículo 3 del Convenio), que consideró habían sido violados. Pero lo central fue juzgar la práctica administrativa de expulsión colectiva de inmigrantes, su prohibición por parte del TEDH y la obligación de los Estados de proporcionar los medios para que las personas afectadas puedan recurrir a la justicia ante estas resoluciones (artículo 4 del Protocolo N° 4 del Convenio).

El Tribunal Europeo estableció que, con referencia a la jurisprudencia emanada de los casos *Irlanda contra Reino Unido* y *Chipre contra Turquía*, para corroborar la existencia de una “práctica administrativa” es necesario contar con dos elementos. El primero, la repetición de actos, es decir, “una acumulación de infracciones idénticas o análogas que son lo suficientemente numerosas y están lo suficientemente interconectadas para no constituir incidentes o excepciones meramente aisladas, sino un patrón o sistema”⁴⁹. El segundo, la

49 TEDH, Caso Georgia contra Rusia [GC], sentencia de 3 de julio de 2014, párr. 123.

tolerancia oficial (o de las autoridades) frente a actos ilegales que se hace presente cuando “los superiores de los inmediatamente responsables, aunque conscientes de tales actos, no hacen nada para castigarlos o evitar su repetición; o cuando una autoridad superior, enfrentando numerosas denuncias, manifiesta indiferencia negando cualquier investigación adecuada respecto de su verdad o falsedad, o cuando en los procedimientos judiciales se niega la realización de una audiencia imparcial de estas denuncias”⁵⁰.

En este caso concreto, estos criterios se cumplieron y por tanto hubo una violación del derecho a la libertad y la seguridad establecido en el art. 5(1) y 5(4) del convenio. Respecto a la prohibición de la tortura establecida en el art. 3 del Convenio, la Gran Sala afirmó que dada la reputación del sistema penitenciario ruso y las condiciones de detención de los inmigrantes georgianos –en especial, respecto del poco espacio de las celdas–⁵¹ se entiende también violada esta disposición.

3. Libertad religiosa y "valores de una sociedad abierta y democrática"

El caso de *SAS contra Francia*⁵² se originó a raíz de una ley, aprobada en Francia, el 11 de Octubre del 2010, la cual prohíbe el uso de prendas que cubran completamente el rostro, especialmente la Burka y el Niqab⁵³, con el objeto específico de combatir la discriminación de género del islam. La denunciante es una joven de nacionalidad francesa y religión musulmana, nacida en 1990. Explicó en la denuncia que ella utiliza regularmente la Burka y el Niqab, sin que su marido ni algún otro miembro de su familia la presione para ello. Agregó que lo hacía en público y en privado, pero no sistemáticamente, que era para ella un alivio no usarlos, y que deseaba poder elegir entre hacerlo o no, dependiendo de sus sentimientos religiosos. La denunciante explicó que le gustaría poder utilizarlos para cubrir su rostro en momentos como el Ramadán, cuando siente el deber de hacerlo en público para expresar su fe

⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 124.

⁵¹ *Ibíd.*, párr. 200. Se hace referencia al caso *Ananyev y Otros contra Rusia*, Nos. 42525/07 y 60800/08, del 10 de abril de 2012, párr. 143.

⁵² TEDH, caso *S.A.S. contra Francia* [GC], sentencia de 1 de julio de 2014.

⁵³ La Burka es una cobertura de cuerpo completo, que incluye una “malla” sobre la cara y el Niqab es un velo que cubre la cara dejando una abertura solo para los ojos. Caso *SAS contra Francia* [GC], Párrafo 11.

religiosa, personal y cultural, sin querer molestar a nadie. Además, indicó que entiende que el Niqab pudiera ser problemático para la seguridad pública en bancos o aeropuertos, por lo que no reclamaba poder tenerlo puesto permanentemente.

El TEDH (con dos votos disidentes) planteó que no hubo violación de los arts. 8 ni 9 por separado; además de considerar unánimemente, que no hubo violación del art. 14 en conjunto con el art. 8 o el 9. El voto mayoritario se fundamentó en un análisis de los requisitos establecidos en los incisos segundos de los artículos 8 y 9 del convenio, para determinar la conformidad de la prohibición con el CEDH. Según la jurisprudencia constante del TEDH, el test para ese tipo de casos analiza la existencia de limitación o interferencia al derecho en cuestión; una ley que la establezca; la intención de proteger un fin legítimo y necesidad para una sociedad democrática, incluyendo la proporcionalidad de la medida (párr. 111). El grado de proporcionalidad se determina tomando en cuenta el margen de apreciación (o discrecionalidad) otorgado al Estado en la materia específica, y el deber del TEDH de asegurar el cumplimiento con el convenio.

El TEDH encontró reunidos los primeros dos supuestos. Analizó la persecución de un fin legítimo que el Estado, en su defensa, definió como la protección de la seguridad pública, el respeto por la igualdad de género y el “respeto por un conjunto mínimo de valores de una sociedad abierta y democrática” (párr. 114). El TEDH encontró que la seguridad pública no puede servir de justificación, porque otras medidas hubieran sido suficientes para conseguir este fin (párr. 139). Luego, rechazó el carácter de fin legítimo tanto la protección de la igualdad de género como el respeto por la dignidad humana, porque, aunque ambos objetivos sean muy importantes para los derechos humanos y de los Estados miembros del convenio, no se pueden invocar para prohibir conductas defendidas por las mismas mujeres a quienes la regulación afecta.

Ahora, el TEDH entendió que bajo ciertas condiciones, el respeto por los requisitos mínimos de la vida en sociedad puede ser vinculado al fin legítimo de “protección de los derechos y libertades de otros”, reconocido por el artículo 9.2 del CEDH. El tribunal tomó en cuenta el punto defendido por el Estado sobre la necesidad de interacción social para la construcción de relaciones interpersonales, que conformarían “un elemento esencial de la vida comunitaria”; una lectura novedosa del mentado criterio del convenio, para la cual la mayoría no citó ningún antecedente de su propia jurisprudencia. Por lo tanto, el tribunal aceptó que la barrera levantada por el velo fuera percibida por el

Estado como una violación del derecho de otros de socializar. En consecuencia, no se encontró violación del convenio por parte de Francia.

Dicho esto, tal como lo observaron los jueces disidentes, no se dio una explicación clara sobre cómo es que “la vida en conjunto” calza dentro del concepto de “los derechos y libertades de otros” establecido en el convenio y por qué existiendo medidas menos lesivas a los derechos de la señora S.A.S., se determinara que la penalización de la conducta fuera considerada proporcional, especialmente tomando en cuenta que hubo argumentos en la discusión interna de la ley que abogaron por medidas menos restrictivas (párr. 24). Para los jueces disidentes, el fallo incluso contradice la misma jurisprudencia del TEDH, que considera el pluralismo como un valor inherente de una sociedad democrática (párr. 14). Finalmente, para estos jueces no está claro que uno de los requisitos para aplicar el margen de apreciación la falta de consenso europeo sobre una medida— se esté cumpliendo, ya que hay solamente dos países que contemplan una prohibición tan estricta como la francesa.

4. Protección de personas con discapacidad

El caso del *Centre for Legal Resources (CLR)*⁵⁴ en representación de Valentín Câmpeanu con Rumania, trata del derecho a la vida de una persona con una discapacidad mental diagnosticada como portadora de VIH. La víctima, un hombre nacido en Roma, el 15 de Septiembre de 1985, creció en un orfanato estatal. En 1990 se le diagnosticó primero como portador de VIH y, luego, una discapacidad intelectual profunda con un coeficiente intelectual de 30. Posteriormente, desarrolló síntomas asociados como tuberculosis pulmonar, neumonía, hepatitis crónica y fue transferido a un centro para niños discapacitados. El 30 de Septiembre de 2003, al cumplir 18 años, el panel de protección infantil del Condado de Dojl, en Rumania, decidió que Valentín no podía seguir siendo cuidado por el Estado, por ser mayor de edad y no estar cursando ningún tipo de estudios.

Tras haber intentado con el Pionara Mare Hospital Neuropsiquiátrico (PMH)⁵⁵, el Panel logró situar a Valentín en el Centro de Cuidado Médico y

54 TEDH, *Centre for Legal Resources en nombre de Valentín Câmpeanu* [GC], sentencia de 17 de julio de 2014.

55 En la época de los hechos, el hospital se encontraba en un estado deplorable y con recursos humanos severamente limitados. En 2003 y 2004, consta la evidencia de 109 pacientes que murieron en cir-

Social de Cetate-Dolj (CMSC⁵⁶), sin especialidad psiquiátrica, contra las recomendaciones del/la trabajador/a social que estaba a cargo del caso y con dos irregularidades: primero, todas las decisiones del proceso eran apelables, pero Valentín Câmpeanu no tenía representación legal por considerársele incapaz (interdicto) y no habersele designado un abogado estatal para defender sus derechos, y segundo, al enviar solicitudes a ambos hospitales, se mencionó solamente parte del diagnóstico (VIH), diciendo que el paciente estaba “socialmente integrado”.

Al entrar al CMSC, el febrero del 2004, se hizo un reporte en el que detallaban las condiciones de Valentín en el momento de su admisión. Este decía que el paciente se encontraba en un estado avanzado de “degradación física y psiquiátrica”, vestido con un buzo en pésimo estado, sin ropa interior ni zapatos y sin habersele dado medicamentos antirretrovirales para combatir el Sida, ni información sobre su situación médica. Se mencionó, como agravante, que el paciente se rehusaba a cooperar. El diagnóstico final del reporte consideraba su condición de portador de VIH, discapacidad intelectual severa y desnutrición. En la tarde del 6 de febrero de 2004, Câmpeanu estuvo muy agitado y al día siguiente se puso violento, atacó a otros pacientes, rompió una ventana y rajó su colchón, su ropa y las sábanas. De la información que contiene la sentencia, se entiende que era el primer cuadro violento que sufría.

El CMSC decidió que no podía seguir haciéndose cargo de su cuidado, por no tener la infraestructura para tratar trastornos psiquiátricos de ese nivel, siendo admitido en el PMH, el 13 de febrero, para un tratamiento de tres a cuatro días que mitigara su comportamiento agresivo. El 19 de febrero, Valentín dejó de comer y se negó a recibir sus medicamentos, frente a lo cual se le prescribió un tratamiento intravenoso de glucosa y vitaminas. El 20 de febrero, una comisión del CLR visitó a Valentín y lo encontró encerrado en una pieza aislada, sin calefacción y solamente con una cama, pero sin ropa de cama y vestido con la parte superior de un pijama. No podía comer ni usar el baño sin asistencia, pero el equipo del PMH se rehusaba a ayudarlo, por miedo a contraer VIH, por lo que su única fuente de alimentación era la glucosa proporcionada por la vía intravenosa. Valentín Câmpeanu murió el 20 de febrero de 2004, por insuficiencia respiratoria. No se le hizo la autopsia regular, argumentándose que su deplorable situación hacía obvio el motivo de

cunstancias sospechas.

56 Según la información entregada por el CLR, la Corte entiende que el CMSC es un centro pequeño, con capacidad para 20 pacientes. Antes del 2004, era catalogado como hospital psiquiátrico.

su muerte (VIH y deficiencia intelectual). Luego de su muerte, el CLR tramitó una serie de solicitudes de persecución penal, las que terminaron en decisiones de no investigar.

El razonamiento del tribunal respecto al derecho a la vida, dividió lo sustantivo, referido al derecho a la vida propiamente tal, y lo procedimental, a propósito del derecho a un recurso efectivo. En cuanto al aspecto sustantivo, el TEDH entendió que el Estado falló en función de las condiciones de tratamiento en que tuvo a Valentín: el tribunal consideró que habiendo permanecido la víctima toda su vida en manos de las autoridades públicas, el Estado debía haber tomado precauciones especiales para proporcionar una protección efectiva a sus derechos. Cuando el Estado toma en custodia a alguien sano y durante su cuidado la persona muere, es el Estado el que tiene que entregar una explicación convincente de los eventos que provocaron su muerte. En este caso particular, la Corte para configurar la negligencia de parte del Estado y, con ello, su responsabilidad en la muerte de la víctima, consideró la falta de información y razonamiento sobre su condición y tratamientos, y el patrón sistemático de muertes sin explicación en el PMH (129 pacientes en la época), situaciones documentadas en informes al Estado. De acuerdo a lo anterior, las autoridades no podían desconocer lo que sucedía en el lugar al que enviaron a Câmpeanu, por lo que se concluyó que hubo una violación del derecho a la vida.

5. Extraterritorialidad

Nuevamente, la Gran Sala tuvo que decidir un caso sobre la aplicación de extraterritorial del convenio en una situación de conflicto interno. En el caso *Jaloud*⁵⁷, un grupo de soldados holandeses de servicio en Iraq, dispararon y asesinaron a un ciudadano iraquí en un punto de control vehicular en la carretera. Al respecto, el Tribunal discutió sobre la jurisdicción que se tiene sobre el caso, ya que este sucedió fuera de Europa y el art. 1 del convenio entiende que los Estados que ratifiquen el Tratado le reconocen los derechos establecidos en este a todas las personas dentro de su jurisdicción.

Sobre la materia, en el caso *Al-Skeini*⁵⁸ del año 2012, discutido en el Anuario,

57 TEDH, caso *Jaloud* contra Países Bajos [GC], sentencia de 20 de noviembre de 2014.

58 TEDH, caso *Al-Skeini* contra Reino Unido [GC], sentencia de 7 de julio de 2011, discutido Anuario 2013, Aranis, Katerina, por todos, op. cit.

el Tribunal estableció que había tres criterios para determinar la jurisdicción: primero, y como regla general, el que los efectos se produzcan dentro del territorio del Estado parte; segundo, que aun fuera del territorio, que los actos violatorios hayan sido realizados por un agente estatal de un estado parte; y finalmente, que el Estado tenga un control efectivo sobre un área externa a su territorio nacional. En este último caso, no es necesario determinar el control específico que ejerza el Estado sobre los perpetradores del hecho. En el caso que se comenta, el TEDH reiteró estos tres criterios textualmente.

El Estado holandés se defendió principalmente con el argumento de que toda responsabilidad en Irak durante la guerra recaía sobre Estados Unidos o sobre el Reino Unido, por ser ellos los poderes ocupantes, según resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, y también en base explicando que el rol de apoyo que ejercían los militares holandeses en Irak los subordinaba a las órdenes de aquellos países a cargo. Al respecto, el tribunal consideró que, como Holanda mantenía el control total sobre su personal militar, no se podía decir que ese contingente estaba subordinado al Reino Unido o a Estados Unidos, desde una perspectiva de jurisdicción. Se declaró, entonces, el caso admisible, y en base a los hechos y los usuales criterios sobre proporcionalidad del uso de la fuerza, y el acceso a la justicia, se determinó la violación del artículo 2 del convenio, en su aspecto procesal. Lo interesante del caso es que un país que proporciona tropas para operaciones de paz u otras actividades militares colectivas, no se podrá excusar de posibles violaciones a los derechos humanos cometidos por sus soldados, aunque el mando central habría estado a cargo de otros Estados.

6. Garantías penales, debido proceso y justicia transicional

Como en el 2013, la Gran Sala fue requerida en casos relativos a garantías penales en relación a procesos sobre crímenes internacionales en la ex-Yugoslavia, y casos de justicia transicional, sobre responsabilidad del Estado por el derecho a la propiedad privada; y en relación al acceso a la justicia por el uso de la fuerza antes de la entrada en vigencia del convenio en Rumania. Revisaremos los tres casos, a continuación.

Fred Margus, peticionario en contra del Estado de Croacia, cumple actualmente una condena de 15 años en la Prisión Estatal de Lepoglava por la muerte de varios civiles y por haber herido gravemente a otro, durante la guerra en

Croacia, entre 1990 y 1996. Sin embargo, en septiembre de 1996, se dictó una Amnistía General respecto de todos los crímenes cometidos con ocasión de o en relación directa con la guerra en Croacia, entre el 17 de agosto de 1990 y el 23 de agosto de 1996, exceptuando todas aquellas violaciones del Derecho Humanitario y crímenes de guerra, incluyendo el genocidio. De esta forma, en junio de 1997, la Corte de Osijek, aplicó esta ley de Amnistía en el caso de Margus y cerró el proceso en su contra, argumentando que durante el periodo en que ocurrieron los crímenes, el imputado actuaba como miembro del Ejército Croata, utilizando el uniforme y armas militares reglamentarias, por lo que se consideró, entonces, que los delitos cometidos por el acusado estaban vinculados al conflicto armado en cuestión. Posteriormente, el 19 de septiembre de 2007, la Corte Suprema revocó el fallo de la Corte de Osijek, en función de un recurso presentado por la fiscalía. Esta institución judicial argumentó que “la descripción fáctica de los delitos en la acusación [...] no muestra que los actos en cuestión fueran cometidos durante la agresión, rebelión armada o conflicto armado en Croacia, o que fueran cometidos en relación con estos hechos”⁵⁹. Por ese motivo, señaló la fiscalía, la Amnistía debía ser interpretada de tal forma que sólo los crímenes cometidos con ocasión del conflicto armado y directamente relacionados con éste, quedarán cubiertos.

En un segundo proceso contra Margus, el 26 de abril de 2006, la fiscalía de Osijek presentó cargos contra el peticionario por crímenes de guerra en contra de la población civil. Este proceso fue seguido por un panel de tres jueces de la Corte de Osijek. El 21 de marzo de 2007, se dictó sentencia condenatoria a 14 años de cárcel por el asesinato de siete civiles y por haber provocado lesiones graves a otro. Margus apeló ante la Corte Suprema, alegando que un mismo juez lo había juzgado dos veces, pero la Corte desechó la apelación y elevó la condena a 15 años. A partir de estos hechos, el tribunal se hizo cargo del análisis de una supuesta violación del derecho al debido proceso (artículo 6 del Convenio) y del derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por los mismos hechos (artículo 4 del Protocolo N° 7 del Convenio).

En cuanto al primero de los temas, el argumento principal del peticionario es que se violó el debido proceso debido a que no se garantizó la imparcialidad del juez, aplicando un test objetivo⁶⁰. Lo más relevante, sostiene la Gran Sala, es que de todas maneras el solo hecho de que un mismo juez haya participado

59 TEDH, Caso Georgia contra Rusia, op. cit., párr. 19.

60 Ídem., párr. 84.

en dos procesos seguidos en contra de un mismo peticionario, no puede considerarse en sí mismo como incompatible con el deber de imparcialidad establecido en el art. 6 Párrafo 1 del convenio⁶¹.

En cuanto al derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por los mismos hechos, el primero de los temas a tratar por el Tribunal fue si esta alegación era compatible *ratione temporis* con el convenio. El Gobierno de Croacia sostiene que esta materia esta fuera de la competencia del tribunal porque el juicio en donde se aplicó la Amnistía concluyó el 24 de junio de 1997 y el convenio fue ratificado por Croacia el 5 de noviembre de 1997. La Primera Sección determinó, en relación a eso, que este derecho no puede ser excluido respecto a juicios ocurridos antes de la ratificación del convenio cuando en ellos se condenó a una persona por los mismos crímenes después, estando vigente el convenio⁶². Siguiendo esta última línea de argumentación, el TEDH se remitía a la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos emanada del caso *Gradinger contra Austria*, donde esa institución internacional sostuvo que el art. 4 del Protocolo N° 7 supone que haya habido dos procesos: uno donde el imputado/a haya sido condenado/a o absuelto/a de forma definitiva, y otro posterior donde este imputado/a haya estado en condiciones de ser juzgado/a o condenado/a nuevamente por los mismos hechos⁶³. Concluyó que es posible revisar eventos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia del convenio con respecto a un Estado, cuando las conclusiones halladas en esos eventos son incorporadas en una sentencia dictada después de dicha entrada en vigencia. Dicho de otra manera, que “el primer procedimiento se limita a establecer el contexto en el que el segundo conjunto se determinará”⁶⁴. Por ello, el Tribunal desechó el argumento de la inadmisibilidad presentado por el Gobierno.

En cuanto a la aplicabilidad de este mismo artículo, la Gran Sala sostuvo que el peticionario fue beneficiado erróneamente por una Amnistía, siendo responsable de hechos que constituían crímenes de guerra y graves violaciones a los derechos humanos, situación que permite la posibilidad de repetir el juicio⁶⁵. Estableció, además, que es de vital importancia que el Estado persiga

61 Ídem., párr. 87.

62 Ídem., párr. 93.

63 Caso *Gradinger vs. Austria*, Opinión de la Comisión, 19 de mayo de 1994, párr. 67-69.

64 TEDH, *Margus vs. Croacia*, op. cit., párr. 69.

65 Ídem., párr. 99.

criminallymente y sancione a sus agentes cuando cometen este tipo de delitos, que esos actos no están sujetos a prescripciones ni amnistías y que los Estados no pueden permitir que dichas acciones queden impunes⁶⁶. Hacer lo contrario, sería contradecir las obligaciones emanadas de los arts. 2 y 3 del convenio y una interpretación armoniosa y consistente de todas las disposiciones del mismo, y de la clara tendencia fruto de la evolución del Derecho Internacional que tiende a prohibir la concesión de amnistías por crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidios⁶⁷.

Sobre este último punto, aunque no existen tratados internacionales que prohíban expresamente las amnistías en casos de crímenes de derecho internacional, el TEDH sustenta su argumentación, primero, en la jurisprudencia de la Corte IDH. Así por ejemplo, en el caso *Masacre del Mozote y lugares aledaños contra El Salvador*⁶⁸, el Tribunal Interamericano examinó el art. 6(5) del Segundo Protocolo Adicional de las Convenciones de Ginebra sobre protección a las víctimas de conflictos nacionales y concluyó que dicha normativa no incluyó a los autores de crímenes de guerra o de lesa humanidad.⁶⁹ En segundo lugar, fundamenta su argumento en una excepción al principio *ne bis in idem* establecida en el art. 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que permite perseguir a una persona absuelta en un primer juicio por los delitos de genocidio, de lesa humanidad o crímenes de guerra, cuando existía la intención de proteger al sujeto enjuiciado de su responsabilidad penal⁷⁰. El Tribunal concluyó que hubo una violación del art. 4 del Protocolo N° 7 del mismo Convenio en este caso.

Al igual que en el 2013, el TEDH fue requerido para decidir sobre la aplicación del CEDH en casos cuyos hechos principales ocurrieron antes de su entrada en vigencia, pero donde el acceso a la justicia y la investigación de los hechos recaía en tiempos en los que el convenio ya estaba vigente.

66 Ídem., párr. 126. En términos similares, casos *Egmez vs. Chipre*, No. 30873/96, 21 de diciembre de 2000, párr. 7 y *Turan Cakir vs. Turquía*, No. 44256/06, 10 de marzo de 2009, párr. 69.

67 Ídem., párr. 127, 128 y 130.

68 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacre El Mozote contra El Salvador*, sentencia de fecha 25 de octubre de 2012.

69 Ídem., párr. 131. La norma en cuestión establece que “Al término de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que han participado en el conflicto armado, o a las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado...”

70 Ídem., párr. 136.

El 13 de junio de 1990, haciendo uso desproporcional de la fuerza, los organismos de seguridad reprimieron a los manifestantes que ocupaban la plaza de la Universidad de Bucarest y otros barrios de la capital de Rumania, causando varias víctimas civiles. Entre ellos estaba Velicu-Valentin Mocanu, esposo de Anca Mocanu, quien murió a causa de un disparo en la cabeza (por rebote), realizado desde el Ministerio del Interior, mientras volvía del trabajo y sin estar participando de las manifestaciones. Ese mismo día, Marin Stoica fue arrestado por un grupo de personas armadas mientras caminaba hacia su lugar de trabajo, para luego ser conducido a la sede de la televisión pública. En presencia de policías y militares, fue golpeado y atado por civiles, y luego llevado a un estudio de televisión, donde lo grabaron junto a decenas de otras personas. Esas grabaciones fueron posteriormente difundidas con comentarios que presentaban a las personas arrestadas como agentes de servicios secretos extranjeros. Finalmente, el demandante fue amenazado con armas de fuego, golpeado y herido en la cabeza con objetos contundentes, hasta perder el conocimiento.

La Gran Sala analizó su competencia *ratione temporis* respecto de este caso en particular, estableciendo que la obligación procesal de llevar a cabo una investigación efectiva, a partir de lo establecido en los arts. 2 y 3 del convenio, puede ser impuesta a un Estado, incluso en casos en que los actos contra la vida o la integridad corporal hayan sido anteriores a la fecha de entrada en vigencia del Convenio⁷¹. Precizando los límites de esta competencia temporal, siguiendo la jurisprudencia del caso *Janowiec y otros contra Rusia*⁷², estableció lo siguiente: a) que esta competencia está limitada a actos procesales que hayan o deberían haber sido llevados a cabo, tras la entrada en vigor del convenio respecto al Estado demandado; b) que dicha competencia está subordinada a la existencia de un vínculo entre el hecho generador de la obligación procesal y la entrada en vigor del Convenio; c) que este vínculo se definiría por la proximidad temporal entre el hecho generador y la fecha crítica, lapso de tiempo no superior a diez años –dentro de un criterio de proximidad temporal que de todas maneras no es decisivo en sí mismo–; y d) que este vínculo

71 TEDH, Caso Mocanu vs. Rumania, sentencia de 17 septiembre de 2014, párr. 202. Menciona los principios enunciados en el caso *Šilih contra Eslovenia*, N° 71463/2001, del 9 de abril de 2009, párr. 159-163, los que posteriormente fueron aplicados en los casos *Agache y otros contra Rumanía*, núm. 2712/2002, aps. 70-73, 20 octubre 2009, *Șandru y otros contra Rumanía*, núm. 22465/2003, ap. 59, 8 diciembre 2009, y *Asociación « 21 Diciembre 1989 » y otros contra Rumanía*, núms. 33810/2007 y 18817/2008, aps. 114-118, 24 mayo 2011.

72 Caso *Janowiec y otros contra Rusia*, N° 55508/2007 y 29520/2009, de 21 de octubre del 2013, párr. 128-151. Véase también Anuario 2014.

sólo puede ser establecido si lo esencial de la investigación –cumplimiento de medidas procesales para establecer hechos y comprometer responsabilidad de autores– tuvo lugar o debería haber tenido lugar con posterioridad a la entrega en vigor del Convenio⁷³.

En el caso que se analiza, una parte importante de las medidas procesales se llevaron a cabo con posterioridad a la entrada en vigencia del convenio para Rumania. Transcurrieron cuatro años entre el hecho revisado y la entrada en vigor del convenio respecto a Rumanía, lapso de tiempo relativamente breve e inferior a diez años, incluso menor al de otras causas examinadas por el tribunal⁷⁴, por lo que la Gran Sala se declaró competente *ratione temporis* para conocer la alegación de violación de la parte procesal de los arts. 2 y 3 del convenio. Es necesario mencionar, así como ya se hizo en el Anuario del año 2014, la crítica a este criterio de la cercanía temporal de los hechos que, a simple vista, parece menos claro que el establecido por la Corte IDH en el caso *Almonacid contra Chile*, donde se “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 1990. La Corte IDH sostuvo su jurisdicción sobre los elementos de ese proceso de investigación que ocurrieron después de la fecha de ratificación”⁷⁵.

En cuanto a la violación de las partes procesales de los artículos 2 y 3 del convenio, el tribunal estableció la necesidad de llevar a cabo una “investigación oficial efectiva”, dado que la puesta en práctica de la prohibición de homicidios arbitrarios y tortura y tratos o penas inhumanas o degradantes, por parte de los agentes del Estado, sólo es posible si existe un proceso mediante el cual se pueda controlar la legalidad del recurso a la fuerza criminal por parte de los agentes o bien investigar los homicidios arbitrarios y las alegaciones de tortura y malos tratos infringidas por los servicios de seguridad estatales⁷⁶. El TEDH entregó otras conclusiones esenciales a partir de esta investigación. En primer lugar, que deben adoptarse todas las medidas razonables para asegurar la investigación, incluso en contextos de violencia generalizada donde quienes llevan a cabo la investigación encuentran obstáculos y coacciones que impongan medidas de investigación menos eficaces o que retrasen la

73 Ídem., párr. 146-147.

74 Por ejemplo, *Paçacı y otros contra Turquía*, N° 3064/2007, 8 noviembre 2011, párr. 66-68 y *Jularić contra Croacia*, N° 20106/2006, 20 enero 2011, párr. 45-51.

75 Anuario 2014, pág. 597.

76 TEDH, *Mocanu vs. Rumania*, op. cit., párr. 316-317.

misma⁷⁷. Segundo: que debe preservarse la independencia tanto respecto de las instituciones y personas que investigan como respecto a las personas investigadas (no existencia de vínculo de carácter jerárquico o institucional)⁷⁸. Tercero: que las autoridades deben actuar de oficio con independencia de la modalidad de la investigación, la cual debe permitir identificar y sancionar a los responsables y debe ser lo suficientemente amplia en términos no sólo de considerar los actos realizados por los agentes del Estado, sino también el conjunto de circunstancias que los han rodeado (contexto socio-político)⁷⁹. Y Cuarto: que debe ser “profunda” en cuanto a que las autoridades deben esforzarse seriamente en descubrir que ha pasado, y no deben cerrar la investigación en base a conclusiones precoces o carentes de fundamento⁸⁰, tal como el mismo tribunal lo había establecido en el caso *McKerr contra Reino Unido*⁸¹.

Tal como en el caso *Kuric contra Eslovenia*⁸², el TEDH también tenía que evaluar nuevamente regímenes de propiedad y de bancos que se crearon durante la transición en la antigua Yugoslavia. El caso *Alisic et al.*⁸³ llegó a la Gran Sala, el 18 de marzo de 2013, por solicitud de Eslovenia y Serbia, que habían sido declarados responsables en la primera fase. La controversia principal de este caso, está en la radicación de la responsabilidad sobre una garantía estatal de depósitos en moneda extranjera, que se congelaron por la guerra de la ex Yugoslavia y nunca se devolvieron a los dueños. La pregunta, es, en este caso, si la responsabilidad se alcanzó a traspasar de los bancos a los Estados antes de que se produjera la separación de los territorios que conformaban la ex Yugoslavia, para aplicar los criterios de jurisdicción establecidos en casos anteriores.

En cuanto a los hechos, previo a la disolución de la RSFY (República Socialista Federativa de Yugoslavia), Emina Ališić y Aziz Sadžak realizaron depósitos en Ljubljanska Banka Sarajevo (L.B.S.) en marcos alemanes (en adelante,

77 Ídem., párr. 319.

78 Ídem., párr. 320.

79 Ídem., párr. 321.

80 Ídem., párr. 325.

81 Ídem., párr. 323-324.

82 TEDH, caso *Kuric et al. contra Eslovenia* [GC], sentencia de 26 de junio de 2012.

83 TEDH, caso *Alisic et al. contra Croacia, Eslovenia, Bosnia Herzegovina, Serbia y la República ex – yugoslava de Macedonia* [GC], sentencia de 16 de julio de 2014.

DEMs) en el año 1991. En las mismas condiciones, Sakib Šahdanović hizo un depósito en la sucursal Tuzla de Investbanka (Banco Serbio), en DEMs, Schillings austriacos y dolares estadounidenses. Los tres depósitos quedaron dentro de una clasificación llamada antiguos ahorros en moneda extranjera (*old foreign-currency savings*). Esto les otorgaba una garantía estatal de la RSFY, que luego fue asumida parcialmente por los distintos estados constituidos luego de la guerra civil.

En el momento de los depósitos, era uno de los llamados “Banco básico”, y formaba parte de la asociación de bancos Ljubljanska Banka Ljubljana (L.B.L.). En 1989 y 1990, se hizo una reforma al sistema de bancos que hizo desaparecer la estructura de bancos básicos y asociados, permitiendo que los básicos permanecieran independientes o se convirtieran en sucursales de las asociaciones. L.B.S. se convirtió en la sucursal Sarajevo de L.B.L., traspasando todas sus utilidades y créditos a este último y perdiendo su personalidad jurídica.

En 1991, Eslovenia asumió las deudas originadas en la garantía estatal yugoslava, pero solo las que se encontraban dentro de su territorio, mientras que en 1997, Bosnia Herzegovina (B.H.) hizo lo mismo, pero con una fuerte restricción al retiro de fondos. Luego, con una ley del 2004 y una del 2006, B.H. se hizo responsable y pagó las deudas correspondientes a los bancos bosnioherzegovinos.

En 1993, se creó un nuevo banco, llamado Ljubljanska Banka Sarajevo (en adelante, Nuevo L.B.S.), que habría de asumir todos los pasivos del antiguo L.B.S., ahora sucursal de L.B.L., pero no así los activos, que pasaron a L.B.L. En paralelo, Eslovenia nacionalizó L.B.L. y lo convirtió en el Nova Ljubljanska Banka.

Como las cuentas de Alisic y Sadzak correspondían a la sucursal en Sarajevo de un banco esloveno, quedaron fuera de la protección.

Investbanka Tuzla siempre fue sucursal sin personalidad jurídica de Investbanka. En 1992, se cerró la sucursal sin claridad sobre qué pasó con los fondos. En 1998 y nuevamente en el 2002, Serbia acordó pagar los antiguos ahorros de sucursales internas de bancos extranjeros y externas de bancos propios a ciudadanos serbios y extranjeros, no pertenecientes a los estados de la ex RSFY. En el 2001, se inició un proceso de privatización en Serbia, que obligó a Investbanka a condonar las deudas de las empresas estatales. En el 2002 se inició un procedimiento de quiebra contra Investbanka, el que sigue pendiente.

El Tribunal considera que Serbia y Eslovenia son los Estados responsables de violaciones a los arts. 1 del protocolo No. 1 y No. 13 del convenio. La no inclusión de los demandantes –y de otros en su situación– por parte de Serbia y Eslovenia en los planes de pago de “old” *foreign-currency savings*, constituye un problema. Fue catalogado como un “caso piloto”, por lo que se congeló la tramitación de otras denuncias en circunstancias similares y se le otorgó un plazo a los Estados para que solucionen el problema de manera generalizada antes de tramitar nuevas denuncias en el TEDH.

En la decisión del 2011, en la que se declaró admisible la denuncia, la Gran Sala del TEDH consideró que la garantía de la RSFY no se había activado hasta la disolución de ese país, por lo que la responsabilidad no se había transferido de los bancos al Estado Yugoslavo. Por esto, la responsabilidad sobre los depósitos antiguos de moneda extranjera se mantendría a nombre de Ljubljanska Banka Ljubljana e Investbanka. En base a lo anterior, se hizo inaplicable el principio de territorialidad establecido para las disoluciones estatales. El criterio clave utilizado por el tribunal en casos previos, es el régimen legal del banco. Se entendió que los Estados pueden ser responsables por deudas de compañías estatales si estas no son institucional y operativamente independientes del Estado. Los criterios clave, utilizados en decisiones anteriores del TEDH, son el status legal de la compañía (derecho público o privado); la naturaleza de su actividad (servicio público o negocio comercial ordinario); el contexto de la operación (como los monopolios y las actividades altamente reguladas); y la independencia institucional (existencia o ausencia de dominio estatal) y operacional (existencia o ausencia de control y supervisión estatal). Si bien los casos anteriores no versan sobre instituciones financieras, la Corte consideró que los criterios también se aplican a estas.

Al revisar los regímenes de los bancos específicos sobre los que se interpusieron las denuncias, el Tribunal consideró que independiente de la transferencia de activos por parte de Eslovenia a un banco nuevo, el Estado debe ser responsable por las deudas de L. B. Sarajevo. Sobre Investbanka, el TEDH entendió que sigue siendo parte del dominio público de Serbia, además de ser controlada por una agencia gubernamental (Agencia de Seguros de los Depósitos). En definitiva, el Tribunal encontró una violación del Protocolo al convenio, y pudo desarrollar su criterio en relación a la responsabilidad internacional de los Estados sobre empresas estatales, según sus distintas funciones y configuraciones de control.

7. Conclusión

Mientras temáticamente, el TEDH no fue requerido con asuntos completamente distintos a su jurisprudencia en años anteriores, pudo confirmar la interpretación que había hecho con antelación de ciertos derechos y concepciones jurídicas: el alcance del derecho a la familia en casos de expulsión de extranjeros; los criterios sobre extraterritorialidad; sobre responsabilidad del Estado por el cuidado en instituciones de salud mental (*Câmpeanu*); la no retroactividad en el derecho penal y las especificidades cuando se trate de una situación de transición y la comisión de delitos que se deben calificar como crímenes de lesa humanidad (*Margus*); y la definición del test de jurisdicción, *ratione temporis*, del mismo tribunal, en casos cuyos hechos principales ocurrieron antes de la entrada en vigencia del CEDH, pero cuyos procesos fueron llevados adelante después de la fecha en que se suscribió el acuerdo.

El tribunal pudo desarrollar su jurisprudencia, en relación a la definición del Estado responsable por el actuar de sus soldados en misiones militares compartidas bajo el mando general de otro Estado (*Jaloud*); la expulsión masiva y sumaria de extranjeros (*Georgia contra Rusia*); y de manera discutible, en relación a las limitaciones permitidas a la libertad de religión en nombre de razones que no están explícitamente mencionadas en el convenio, pero que el TEDH considera subsumidas bajo el término "derechos de los demás" (S.A.S.).

Finalmente, el TEDH tuvo que lidiar con la definición del alcance y diferencia entre casos de obligaciones positivas en relación a los actos de terceros, y casos que simplemente constituyen limitaciones (directas por parte de algún órgano estatal) a algún derecho consagrado en el convenio. La dificultad surge, en los casos O'Keeffe, Fernández Martínez y Hämäläinen, de la pregunta sobre cómo evaluar la actuación (o pasividad) de los órganos de fiscalización de actos de privados. Mientras en el primer caso la falta de debida diligencia en los órganos de supervisión para los colegios católicos fue considerada decisiva para atribuirle responsabilidad internacional al Estado, en Fernández Martínez, tratándose del derecho laboral y de si un profesor de religión podía disentir de la posición oficial de la Iglesia Católica, el TEDH encontró –con la mayoría más estrecha posible– que el Estado español estaba en lo correcto cuando no fiscalizó este acto. En el caso finlandés de una mujer transexual que quería ejercer su derecho al cambio de nombre sin romper su vínculo matrimonial con otra mujer (el matrimonio igualitario no existía en

Finlandia en el momento de los hechos), el TEDH determinó, con algunos votos disidentes, que era un caso en el que ninguna obligación positiva podía ser requerida al Estado. En general, lo controvertido que estos últimos tres casos resultaron ser para el mismo tribunal, sugiere que los casos futuros sobre obligaciones positivas serán de mucho interés para cualquier observador u observadora del TEDH.

CÁTEDRA JORGE HUNEEUS

REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY Y SUPREMACÍA JUDICIAL¹

Jeremy Waldron^{2*}

1. El gobierno de los jueces.

La Biblia enseña que la antigua Israel fue gobernada por jueces –“*Yavé les envió jueces*”³– antes de ser gobernada por reyes. E, incluso en el mundo moderno, la idea del gobierno de los jueces –la soberanía o la supremacía de la judicatura– ejerce una intensa fascinación en algunos intelectuales. Me refiero a intelectuales que observan en el carácter de los jueces una educación, unas habilidades y unos intereses coincidentes con los suyos, virtudes que definitivamente no perciben en la democracia, en donde el pueblo se auto-gobierna. Esos intelectuales también se sienten atraídos por la imagen del filósofo-rey de Platón⁴. Pero como el mismo Platón eventualmente reconoció⁵, la expectativa de contar con un filósofo-rey es implausible. A diferencia de las colmenas de abejas, donde prosperan las reinas, en las sociedades rara vez surge un rey-sabio. Adicionalmente, sin perjuicio de un puñado de figuras (como Marco

1 El título original de la charla es “Judicial Office and Judicial Review”, dictada el 27 de noviembre de 2014 en el marco de la Cátedra de Derecho Constitucional, Jorge Huneus Zegers, de la Universidad Diego Portales.

2 University Professor de la Facultad de Derecho de la Universidad de New York (NYU), ha enseñado en las Universidades de Edinburgo, California-Berkeley, Princeton, Columbia y Oxford. Miembro de la British Academy y de la American Academy of Arts and Sciences.

* Traducción de Tamara Carrera Briceño (Universidad Diego Portales).

3 Jueces 2:18.

4 Platón, *Republic*, 473. “Until philosophers are kings, or the kings and princes of this world have the spirit and power of philosophy, and political greatness and wisdom meet in one, and those commoner natures who pursue either to the exclusion of the other are compelled to stand aside, cities will never have rest from their evils, –nor the human race, as I believe”.

5 Platón, *The Statesman*, 301E. “In real life countries aren’t like hives of bees: they don’t simply grow a king-an individual whose mental and physical attribute make him stand out from the rest”.

Aurelio), los monarcas no se caracterizan por sus intereses intelectuales o por su perspicacia. Pero un filósofo-juez, o un panel de filósofos-jueces (en lo que Ronald Dworkin llamaba un ‘foro de principios’) parece ofrecer una posibilidad más realista de instalar el ‘gobierno de la razón’, a condición de que se le otorgue poder a los jueces. Poder sobre la gente, o poder sobre el rey, si es necesario. Eso es lo que muchos piensan.

Yo soy totalmente contrario a esa posición. Soy alguien para quien la perspectiva de la soberanía judicial no es mejor que cualquier otro tipo de soberanía, y es considerablemente peor que formas de gobierno que están, en última instancia, subordinadas a la rendición de cuentas ante el pueblo. Aunque a los jueces el discernimiento del pueblo les parezca inferior, es preferible la idea de una república autogobernada, y no es seguro que esto sea compatible con el hecho de que la máxima autoridad resida en los tribunales.

2. Abraham Lincoln y el auto-gobierno.

No puedo citar una autoridad bíblica para defender el punto anterior, pero puedo invocar a lo que (para un norteamericano) es la siguiente mejor cosa, las palabras de Abraham Lincoln. En 1861, en su primer discurso inaugural como Presidente de los Estados Unidos (justo antes del inicio de la Guerra Civil), Lincoln reflexionó sobre los métodos que podrían ser utilizados para resolver las cuestiones en disputa respecto de la esclavitud. Éstas no están resueltas por la Constitución, dijo, porque la Constitución no señala explícitamente si la esclavitud puede (o debe) estar permitida en los territorios occidentales del país que aún no se convertían en estados. Quizá estas cuestiones pueden ser resueltas mediante una votación, mediante una división entre la mayoría y la minoría. Como lo puso Lincoln: “*Si la minoría no consiente, la mayoría deberá hacerlo, o el Gobierno debe cesar*”⁶, y el asunto se resolverá mediante una guerra. Lo cual, por supuesto, es lo que pasó, en el conflicto más sangriento de la historia de Estados Unidos. Luego Lincoln añadió: “*No me olvido de la posición asumida por algunos de que las cuestiones constitucionales deben ser decididas por la Corte Suprema, ni niego que esas decisiones... tienen... derecho a un muy alto respeto y consideración*”⁷. Pero, continuó:

6 “*If minority will not acquiesce, the majority must, or the Government must cease*”.

7 “*I do not forget the position assumed by some that constitutional questions are to be decided by the Supreme Court, not do I deny such decisions... are... entitled to very high respect and consideration...*”.

“Al mismo tiempo, un ciudadano sincero debe confesar que, si políticas del Gobierno en cuestiones vitales que afectan a todo el pueblo deben ser irrevocablemente fijadas por las decisiones de la Corte Suprema..., el pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante, habiendo prácticamente entregado su Gobierno en las manos de ese eminente tribunal”⁸.

Ahí lo tenemos, en las palabras del hombre que tal vez fue el Presidente más grande que los Estados Unidos haya tenido alguna vez. Si permitimos que los jueces decidan las cuestiones claves que enfrenta la república, entonces “el pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante”, habiendo abdicado de su autoridad y de su auto-gobierno para entregarlas “en las manos de ese eminente tribunal”.

Como he dicho, puede haber algunas personas que celebren la perspectiva de la supremacía judicial. Pero no Abraham Lincoln, y creo que nosotros tampoco deberíamos hacerlo.

3. Oposición a la revisión judicial de la Constitución.

Estoy seguro de que mi perspectiva no les parecerá una sorpresa. Soy reconocido como un crítico de la práctica de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes⁹. Me opongo a una institución que Chile comparte con el país donde vivo (los Estados Unidos), esto es, una revisión judicial de la constitución activista, con disposiciones que facultan a los tribunales ordinarios a controlar la legislación en cuanto a su constitucionalidad, y de anular –o negarse a aplicar– preceptos que consideren contrarios a la Constitución.

Estoy consciente de que mi opinión es minoritaria en estos asuntos. Muchos países y muchas personas celebran el nexo entre constitucionalismo y derechos humanos. Les gusta el hecho de que estos últimos representen un límite a lo que su parlamento pueda hacer. Les gusta, además, que estos límites estén expresados en la Constitución, es decir, en el mismo documento o carta que constituyó al parlamento. De la misma forma en que les gusta el hecho

⁸ *“at the same time, the candid citizen must confess that if the policy of the Government upon vital questions affecting the whole people is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court,... the people will have ceased to be their own rulers, having to that extent practically resigned their Government into the hands of the eminent tribunal”.*

⁹ Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, 115, 2006; y *Law and Disagreement*, (Oxford University Press), 1999.

de que éstas no sólo sean “barreras de pergamino”¹⁰, sino que restricciones sustanciales, que son ejercidas mediante procesos deliberativos que, en los hechos, crean derecho.

El debate acerca de la revisión judicial de la Constitución a menudo parece inmanejable, y mucho hay que decir desde ambos lados. Considere el lector cómo se resuelve la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo:

– En noviembre de 2003, la Corte Suprema de Massachusetts (en Boston, EE.UU.), dictaminó que las leyes estatales de concesión de licencias de matrimonio violaban el derecho constitucional estatal a la igualdad, por el hecho de restringir el matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer¹¹. La decisión animó a muchas personas que no sentían que sus derechos estaban siendo reconocidos, y que, como hombres y mujeres homosexuales, habían sido tratados como ciudadanos de segunda clase producto de las leyes de matrimonio existentes. Los demandantes y sus partidarios fueron capaces de sentir que, finalmente, el problema de sus derechos estaba siendo enfrentado directamente. Una buena decisión y un proceso donde la invocación de derechos es constante y seriamente considerada¹², son razones por las cuales muchas personas aprecian la institución de la revisión judicial de la Constitución.

– Pasando ahora a un caso chileno, en el año 2011 el Tribunal Constitucional rechazó una apelación¹³ interpuesta por dos parejas homosexuales que buscaban inscribir sus matrimonios (que habían tenido lugar en el extranjero) en el Registro Civil de Chile¹⁴. Este órgano se negó a inscribir dichas uniones basándose en que el Código Civil, en su artículo 102, define el matrimonio como un contrato solemne entre un hombre y una mujer. El Tribunal Constitucional chileno señaló que

10 [Nota de la Traductora] En original, “parchment barriers”.

11 Goodridge v. Department of Public Health, 798 N.E.2d. 941 (Mass. 2003).

12 La expresión se adapta de una frase de Dworkin, Ronald, “Political Judges and the Rule of Law”, en su colección *A Matter of Principle*, (Harvard University Press) 1985, p. 32.

13 [Nota de la Traductora] El asunto consistió en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Tribunal Constitucional, Rol N° 1881-10, sentencia de fecha del 3 de noviembre de 2011.

14 El relato proviene de *Iol.co.za*, Chile court rejects gay marriage appeal, 04 de noviembre 2011, disponible en <http://www.iol.co.za/news/world/chile-court-rejects-gay-marriage-appeal-1.1171482#.VHO-KhmdoyUk>

la pretensión de cambiar una ley relativa al matrimonio civil no era un asunto que dicha corte debía zanjar, sino que una labor del parlamento. Sostuvo que correspondía al legislador regular la unión civil entre dos personas, con independencia de su orientación sexual, incluyendo la apertura de la institución del matrimonio a personas del mismo sexo, en caso de considerarlo conveniente. Tengo entendido que el legislador chileno está considerando un proyecto de ley de ese tipo, y que el Tribunal Constitucional se ha negado a bloquearlo, si se aprueba¹⁵.

En este asunto apoyo a la corte constitucional chilena. Los tribunales deben mantenerse al margen de esta cuestión. Un cambio de un aspecto fundamental del matrimonio es un asunto que afecta a todos en la sociedad. Ello debe decidirse en una institución donde el pueblo o sus representantes pueden determinar, más allá de sus desacuerdos, si quieren hacer este cambio de su estructura social. Tal vez deberíamos celebrar este cambio legislativo cuando suceda. Pero una república democrática no debe ser indiferente a cómo suceden este tipo de cambios, al proceso político a través del cual se producen.

4. ¿Protege la revisión judicial las violaciones de derechos? El récord estadounidense.

Los defensores de la revisión judicial de la Constitución sostienen que la verdadera finalidad de dicha práctica es la de proteger los derechos humanos ante abusos. Pero si ese es el punto de la revisión judicial, entonces hay que reconocer que, en general, ha fracasado en los Estados Unidos.

Los peores abusos de los derechos humanos de la historia de los Estados Unidos estuvieron vinculados a la persistencia de la esclavitud durante los primeros ochenta años de existencia de la república. Pero la autoridad judicial nunca se movilizó contra la esclavitud –ni una sola vez– y hay varios casos en que la revisión judicial de la Constitución empeoró la situación o bloqueó intentos de mejorar las cosas, casos donde se utilizó la revisión judicial con el fin de anular esfuerzos legislativos que buscaban mitigar los peores efectos de la esclavitud.

¹⁵ [Nota de la Traductora] El autor se refiere al proyecto que se convirtió en la Ley N° 20.839, respecto del cual el Tribunal Constitucional realizó un control preventivo en la sentencia de fecha 2 de abril de 2015, Rol N° 2786-15.

Un ejemplo es el caso *Prigg v. Pennsylvania*,¹⁶ en que la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó una ley estadual que buscaba proteger a los fugitivos afroamericanos de cazadores de esclavos en un estado libre.¹⁷ Otro ejemplo es *Scott v. Sandford*¹⁸ –conocido popularmente como “el caso Dred Scott”– en que la Corte anuló legislación del Congreso que prohibía la esclavitud en todo el territorio nacional, argumentando que no tenía competencia para transformar a un hombre negro en un ciudadano.^{19*} Casi treinta años más tarde, después de la Guerra Civil, en los casos de derechos civiles de 1883²⁰ –cuando la cuestión de la ciudadanía de los afroamericanos ya había sido resuelta por la Guerra Civil, mediante una proclamación del ejecutivo y una enmienda constitucional–, la Corte Suprema revocó la Ley de Derechos Civiles de 1875, que pretendía garantizar el acceso a lugares públicos a todas las personas sin distinción de raza, color o condición previa de servidumbre. Adicionalmente, la Corte limitó el efecto de la Ley de Derechos Civiles de 1871, que buscaba proteger del terror racial a los afroamericanos en los estados del Sur.

También podríamos mencionar *Plessy v. Ferguson*²¹, en el que la Corte confirmó las leyes de segregación, aunque este caso fue más un pecado de omisión –al no derribar una práctica tiránica– que un pecado de acción²² (como en los casos “*Prigg*”, “*Dred Scott*” y los “Casos de Derechos Civiles”, donde la Corte activamente bloqueó los esfuerzos de la legislatura para luchar contra la esclavitud y la segregación).

¹⁶ *Prigg v. Pennsylvania*, 41 US 539 (1842).

¹⁷ Los defensores de la práctica pueden decir que debemos culpar al texto de la Constitución por estos resultados, no la revisión judicial. Dicen, por ejemplo, que era la Cláusula de Esclavos Fugitivos de la Constitución que obligó a la decisión en *Prigg v. Pennsylvania*. Pero este argumento no es suficiente. Sin la revisión judicial para amplificar sus efectos y enfocarlos en la toma de decisiones políticas difíciles por parte del poder judicial, una desafortunada disposición constitucional podría haber caído en desuso, desestimada desde un principio como admonitoria (que fue como muchos legisladores nortinos enfrentaron la Cláusula de Esclavo Fugitivo) y tratándola cada vez menos relevante para los fines de la política moderna. Decimos que una Constitución necesita una revisión judicial o no se hará cumplir; pero si la revisión judicial debe estar presente entre nosotros como un mecanismo de aplicación activa es mejor que recemos para que tengamos las disposiciones constitucionales adecuadas.

¹⁸ *Scott v. Sandford*, 60 US 393 (1857).

¹⁹ [Nota de la Traductora] El autor utiliza la expresión “to make a black man a citizen”.

²⁰ *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

²¹ *Plessy v. Ferguson*, 163 EE.UU. 537 (1896).

²² En la liturgia de mi iglesia, confesamos a Dios no sólo lo que hemos hecho, las cosas que no deberíamos haber hecho, sino también lo que hemos dejado de hacer, cosas que debería haber hecho. Los pecados de omisión y los de comisión.

No sería hasta 1954 –ochenta y nueve años después de la aprobación de la Décimo Cuarta Enmienda, y 163 años después de la promulgación de la Carta de Derechos original– que la Corte Suprema finalmente actuó en contra de la segregación racial e, incluso entonces, su acción fue vacilante, controvertida y fuertemente resistida. Su decisión en el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*²³ ha sido un icono para los defensores de la revisión judicial de la Constitución desde entonces. Pero, finalmente, fue el Congreso el que promulgó la gran Ley de Derechos Civiles de 1964, asegurando el camino de la igualdad racial y sexual en los Estados Unidos.

Los casos de esclavitud y segregación racial que he mencionado desmienten cualquier afirmación respecto de la incapacidad de los legisladores de tratar asuntos sobre derechos humanos de manera responsable. En los tres primeros casos raciales mencionados –*Prigg*, *Dred Scott*, y los casos de derechos civiles de 1883–, los legisladores habían hecho su trabajo, siendo los tribunales quienes decidieron deshacer lo avanzado.

Por supuesto, cualquier institución de gobierno puede trabajar para el bien o para mal. Ello ocurre con la democracia y con las instituciones elegidas – como los defensores de la revisión judicial de la Constitución siempre han subrayado–, pero también ocurre con las instituciones judiciales.

El récord reseñado más arriba se refiere solamente a los Estados Unidos. Otras experiencias de revisión judicial de la Constitución alrededor del mundo no han hecho un daño comparable al perpetrado por la Corte Suprema de Estados Unidos en su campaña a favor de la esclavitud y contra las primeras etapas de la aplicación de los derechos civiles. Esto es, por una parte, producto de que el sistema norteamericano de revisión judicial es más antiguo que las instituciones equivalentes en Europa y otros lugares. Y, por la otra, consecuencia de que otros sistemas constitucionales no facultan a sus tribunales a hacer tanto daño. Pero incluso aquellos países que tienen una revisión judicial de la Constitución fuerte parecen haberla utilizado con más sabiduría. Esto parece ser el caso en Alemania, Canadá y Sudáfrica, por ejemplo, y, en general –a pesar de que es un caso un poco diferente– es cierto respecto de la forma en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ejercido sus poderes.

23 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 EE.UU. 483 (1954).

5. Discrepancias en cuestiones cruciales.

Enfáticamente, lo que es cierto respecto de la manera en que todas las instituciones judiciales mencionadas en la sección anterior ejercen su poder (la Corte Suprema de Estados Unidos y el Tribunal Constitucional chileno incluidos), es que en ocasiones son llamados a decidir sobre asuntos en los cuales la comunidad política se encuentra profundamente dividida. He mencionado el matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero además hay una serie de cuestiones a las que se enfrenta toda democracia moderna en las cuales – cuando existen sistemas de revisión judicial de la Constitución— se producen decisiones de los tribunales. Estos incluyen el aborto; la discriminación positiva; la pena de muerte; la división entre la Iglesia y el Estado; las condiciones carcelarias; los derechos de los presuntos delincuentes; el tratamiento de los detenidos en la guerra contra el terrorismo; la privación de derechos de los presos; la quema de banderas; el control de armas; los discursos de odio; los derechos lingüísticos; el servicio militar; los derechos de las minorías culturales y lingüísticas; la obscenidad y la pornografía; los poderes de la policía; el derecho a la intimidad; los límites precisos del libre ejercicio de la religión; la regulación de las elecciones; y otros. Algunos de estos asuntos son más importantes que otros, y la situación varía en la medida en que algunos de estos problemas son asuntos vitales. Por ejemplo, generalmente el control legislativo sobre el acceso de las personas a las armas de fuego no es un asunto sujeto a revisión judicial en Europa, mientras que otros problemas (como la pena de muerte) han sido resueltos en sede judicial en ese continente, aun cuando no lo han sido en los Estados Unidos. Sin embargo, con algunas variaciones, la lista que he ofrecido comprende un conjunto de lo que he llamado en otra parte “cuestiones cruciales”²⁴ que toda democracia moderna tiene que enfrentar.

Estas cuestiones definen las principales opciones que cualquier sociedad moderna confronta. Como mi maestro –el recientemente fallecido Ronald Dworkin— lo caracterizó (a pesar de ser él un defensor de la revisión judicial de la Constitución), éstas son “*preguntas difíciles, controvertidas y profundas de moralidad política, que filósofos, estadistas y ciudadanos han debatido durante muchos siglos*”²⁵, en que el pueblo y sus representantes simplemente tienen

24 [Nota de la Traductora] “Watershed issues”, en inglés.

25 “*intractable, controversial, and profound questions of political morality that philosophers, statesmen, and citizens have debated for many centuries*”.

que “*acceptar las deliberaciones de una mayoría de los jueces, cuya opinión en estos grandes temas no es particularmente especial*”²⁶.

Entonces, ¿por qué algunas sociedades permiten que sus jueces tengan la última palabra en asuntos como éstos, en lugar de sus legisladores? Una teoría defiende que, en estos asuntos cruciales, se definen importantes cuestiones de principio, y los legisladores no son capaces de enfrentar de manera responsable cuestiones de principio. Yo no acepto eso en absoluto. A mi juicio, es erróneo sugerir que los legisladores son ineptos para adoptar decisiones de principios. En los años 1960 y 1970, en sistemas sin revisión judicial de la Constitución, el legislador se ocupó de manera directa y adecuada de cuestiones de principio: dan fe de ello las reformas legislativas adoptadas en materia de pena de muerte, aborto y despenalización de la homosexualidad en países como el Reino Unido y Nueva Zelanda en dicho periodo. Por otra parte, la historia de los Estados Unidos —que exploré más arriba— muestra que los tribunales de ninguna manera son siempre confiables en asuntos de moralidad pública, como lo fue el caso de la injusticia de la esclavitud y la segregación racial.

La otra teoría —más conocida, aunque no es incompatible con la primera— es que, dado que los asuntos en cuestión se rigen por una Constitución, deben ser zanjados como un problema de aplicación del derecho, y no como un asunto de adopción de medidas legislativas. Para esta postura, todo es una cuestión de aplicación del derecho. Teniendo en cuenta lo que señala la Constitución, no puede considerarse que el poder legislativo tenga libertad en dichos asuntos.

El problema es que el hecho del desacuerdo es tan porfiado en el ámbito constitucional como lo es en el ámbito moral. Las personas también discrepan basadas en su interpretación de la Constitución (o de la Carta de Derechos) en este tipo de cuestiones cruciales. En los Estados Unidos, por ejemplo, en cada uno de estos temas que he mencionado es indiscutible que las disposiciones de la Carta de Derechos (i) influyen en cómo el tema debe ser resuelto, y (ii) fracasa en precisar una solución de la cuestión que este más allá de toda duda razonable. Las disposiciones de la Constitución son casi siempre vagas y abstractas en sus formulaciones. Su abstracción se traduce en que personas que están en desacuerdo respecto de problemas morales específicos, pueden, no obstante, comprometerse con formulaciones constitucionales generales. Tanto opositores como defensores de la pena de muerte pueden estar de acuerdo

²⁶ “*accept the deliverances of a majority of the justices, whose insight into these great issues is no particular special*”.

en no permitir que los castigos sean crueles e inusuales. Tanto opositores como defensores de la discriminación positiva pueden comprometerse a no negar a nadie la igual protección de ley, y así, sucesivamente.

El hecho del desacuerdo no impide la aprobación de una Carta de Derechos, ni impide a los abogados a hacer argumentos basados en ella²⁷. Pero los desacuerdos sobre cuestiones cruciales siguen sin resolverse, dejándonos en una situación en la cual –cuando surge una pregunta sobre la constitucionalidad de una ley– no se discute la relevancia para la controversia de un precepto específico de la Carta de Derechos, sino que el contenido de fondo de la disposición legal en cuestión. Así, persiste el problema como una controversia entre personas razonables, entre legisladores razonables, y entre jueces razonables. Producto de esto último, todo se resuelve finalmente con una votación entre los jueces.

6. La revisión judicial y supremacía judicial

Estos argumentos no son concluyentes. No creo que haya ningún argumento concluyente a favor o en contra de la revisión judicial de la Constitución, dada la profundidad de las controversias morales e interpretativas que están involucradas.

Las cuestiones cruciales tienen, sin embargo, que ser resueltas. Las personas lucharon prolongada y duramente por el voto y la representación democrática. Querían el derecho a gobernarse a sí mismos, no sólo en las cuestiones mundanas de la política, sino que también en los elevados asuntos de principio que se presentan en las cuestiones cruciales que he estado discutiendo. Consideremos las luchas que han ocurrido en Gran Bretaña, Europa y en el continente americano. Primero, por la abolición de la necesidad de exhibir títulos de propiedad para acceder al sufragio. Segundo, por la ampliación del

²⁷ Lo anterior no consiste en negar que se pueden elaborar argumentos que parezcan concluyentes –al menos para aquellos que los preparan– como al soporte de disposiciones de derecho sobre los asuntos cruciales en cuestión. Si la revisión judicial se configuró en la sociedad, entonces los abogados argumentarían sobre estos temas utilizando tanto el texto como la fuerza gravitacional del texto de la carta de derechos (Dworkin). Cada lado en cada uno de los desacuerdos reclamará que su posición puede ser leída en los templados compromisos de la carta de derechos, si tan solo los textos se leyeran con generosidad o restringidamente. Y como una cuestión de estrategia política, ningún lado estará dispuesto a reconocer que lo que estoy asumiendo en este momento sería obvio: que la templada retórica de la carta de derechos fue simplemente refinamiento de los reales y razonables desacuerdos que es inevitable entre las personas que toman los derechos en serio durante el tiempo suficiente para ver una carta de derechos promulgada.

sufragio a las mujeres. Y, tercero, para terminar con el legado del desconocimiento de los derechos civiles en el contexto del racismo estadounidense. En todas estas luchas las personas dieron voz a una aspiración de auto-gobierno democrático y representativo, sin limitar este último a los detalles de política pública que quedan por resolver luego de que élites judiciales han decidido las principales cuestiones de principio.

Otros responderán que no se debe dar a una mayoría de los votantes o de los legisladores el derecho a decidir tiránicamente. Que requerimos de un tribunal para proteger a la minoría contra la tiranía de la mayoría. El problema es que también discrepamos respecto de qué es una tiranía y qué representa un resultado justo. Por otra parte, los tribunales también pueden actuar tiránicamente, como hemos visto fue el caso en los Estados Unidos.

Así es que permítanme intentar un camino diferente. Concedamos por un momento que –por difícil y controvertido que sea– existe un buen caso para favorecer la revisión judicial de la Constitución. Lo que quiero hacer en lo que queda de mi conferencia, es explorar el espacio que media entre la idea de la revisión judicial de la constitucionalidad de la ley, que en sus mejores momentos (lo reconozco) puede funcionar como un poder restrictivo modesto, y la idea de supremacía judicial en una Constitución –la idea que los jueces deben ser supremos, o incluso soberanos, en la política y respecto de los otros poderes, que se encontrarían constitucionalmente subordinados a ellos–.

Cualquier cosa que digamos a favor o en contra de la revisión judicial de la Constitución, ésta no es equivalente a la idea de supremacía judicial. Quiero explorar la manera en que la autoridad judicial podría diferenciarse de la noción de supremacía judicial, y la manera en que esa forma de actuar de la judicatura puede ser evitada.

7. Tipos de Revisión Judicial

¿Qué es la supremacía judicial? Bueno, probablemente se trata de una forma específica de efectuar una revisión judicial de la Constitución. La revisión judicial de la constitucionalidad de la ley cubre una variedad de prácticas en todo el mundo, y se pueden distinguir varias dimensiones.

(1) Existe una distinción entre la revisión judicial efectuada por los tribunales ordinarios y la idea –más kelseniana– de la revisión judicial de un tribunal

constitucional especializado. Entiendo que Chile tiene ambos tipos de revisión.

(2) A veces, existen disposiciones que facultan al Tribunal Constitucional para revisar legislación durante el proceso de su promulgación (o después de su promulgación, pero antes de que haya cualquier intento de aplicar dicho precepto a un caso particular). En otros casos, la revisión sólo es permitida cuando se aplica a un caso o controversia particular. Entiendo que Chile tiene exámenes de constitucionalidad tanto *ex post* como *ex-ante*.

(3) A veces, el punto de referencia de la revisión judicial es sólo una Carta de Derechos (como en el Reino Unido y en Nueva Zelanda). En otros casos, es el texto de una Constitución (como en los EE.UU. y en Chile). Allí, la revisión judicial puede circunscribirse solo a la protección de derechos, o también abordar otros aspectos de la Constitución –como el federalismo o la separación de poderes—²⁸.

(4) Cuando toman sus decisiones, los tribunales plurinominales utilizan diferentes procedimientos. En los Estados Unidos, la mayoría de los tribunales utilizan una decisión mayoritaria: cinco votos vencen a cuatro en la Corte Suprema.²⁹ Sin embargo, existen casos (el estado de Nebraska y el de Dakota del Norte, por ejemplo) en que se requiere de una súper-mayoría de jueces para revocar legislación³⁰. En sistemas de derecho continental, muchos tribunales no publican los desacuerdos entre sus jueces, utilizando procedimientos de toma de decisión informales, que no exponen a la corte cuando publica sus decisiones.

(5) Conectado con lo anterior, existen diferencias en los objetivos de la revisión judicial de la Constitución. Las cortes constitucionales pueden ser más o menos activistas, o más o menos deferentes respecto de la institución cuyas acciones controlan. Puede haber, por ejemplo, una presunción de constitucionalidad de la legislación que los tribunales deben ser reacios a revocar.

²⁸ La defensa más famosa de la revisión, *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)], no tiene relación con los derechos individuales: se trataba del poder del Congreso para nombrar y remover a los jueces de paz.

²⁹ Véase Waldron, Jeremy, “Five to Four: Why Majorities Rule on Courts”, 123 *Yale Law Journal* 1626 (2014).

³⁰ La Constitución del Estado de Nebraska (Artículo V.2) ordena que la “Supreme Court shall consist of seven judges”. Pero dice: “A majority of the members sitting shall have authority to pronounce a decision except in cases involving the constitutionality of an act of the Legislature. No legislative act shall be held unconstitutional except by the concurrence of five judges”. El requisito de la mayoría fue promulgada en 1920. La Constitución de Dakota del Norte es aún más estricta: Que requiere cuatro de cinco jueces para revocar la legislación (artículo VI, sección 4).

(6) Todo esto es muy interesante. Pero ninguna de estas distinciones es lo que estoy buscando cuando distingo entre una ‘mera’ revisión judicial y aquellas prácticas que equivalen a una supremacía judicial. Mucho más importante es la diferencia entre lo que llamaré una revisión judicial *fuerte* y una revisión judicial *débil*.

En un sistema de revisión judicial *fuerte*, los tribunales tienen la facultad de invalidar una disposición legal o impedir que entre en vigor. En la práctica estadounidense, pueden negarse a aplicar una ley en un caso concreto o pueden modificar el efecto de un precepto legal para que su aplicación se ajuste a los derechos individuales.

En un sistema de revisión judicial *débil*, por el contrario, los tribunales pueden examinar la conformidad de la legislación con los derechos individuales, pero no pueden negarse a aplicar –o moderar la aplicación de– la ley simplemente porque consideran que, de lo contrario, se podrían violar derechos.³¹ Dicho esto, su escrutinio puede tener algún efecto. En el Reino Unido, por ejemplo, los tribunales pueden revisar una ley con el fin de emitir una “declaración de incompatibilidad” en el caso de que el tribunal esté convencido de que la disposición es incompatible con el derecho convencional, es decir, con uno de los derechos enunciados en la Convención Europea de Derechos Humanos incorporada en el derecho británico a través de la Ley de Derechos Humanos del Reino Unido. La Ley de Derechos Humanos establece que “*no afecta a la validez, la operación continua, o la ejecución del precepto respecto del cual se pronuncia*”³². Pero, de todas formas, tiene un efecto. Un juez puede utilizar una declaración de esta naturaleza como una autorización para propiciar una rápida vía de procedimiento legislativo dirigido a solucionar la incompatibilidad”³³⁻³⁴.

31 Véase Gardbaum, Stephen, *El Nuevo Modelo de Comunidad de Constitucionalismo: Teoría y Práctica*, (Cambridge University Press), 2013.

32 Ley de Derechos Humanos de 1998 (Reino Unido), sección 4 (2) y (6). “*(It) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given*”.

33 Ley de Derechos Humanos de 1998 (Reino Unido), sección 10.

34 Hay casos intermedios. En Canadá, hay una previsión para la revisión judicial de la legislación, pero la Carta de derechos y libertades canadiense puede permitir que el Parlamento formule su legislación de una forma que aísla de este escrutinio: las asambleas canadienses pueden legislar “a pesar de” [“notwithstanding”] los derechos consagrados en la Carta. La sección 33 de la Carta de Derechos y Libertades canadiense reza:

(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but the provision of this Charter referred to in the declaration.

Es tentador decir que la diferencia entre una revisión judicial débil y una fuerte corresponde a la distinción entre la ‘mera’ revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación y la afirmación de supremacía judicial. Quizá una revisión judicial fuerte equivale a una afirmación que involucra supremacía judicial. Si alguien sostuviera esto, supongo que sabríamos a lo que se refiere. El problema es que el término *supremacía judicial* no tiene una definición canónica, por lo que las personas están obligadas a utilizarla de diferentes maneras. Pero en el debate norteamericano pienso que este uso del concepto *supremacía judicial* no ha sido útil. En lugar de ello, se ha asumido que una revisión judicial *fuerte* identifica un subconjunto de formas de ejercer este poder que equivale a la supremacía judicial. Por ello, sugiero instar a quienes cuentan con poderes de revisión judicial de la Constitución a evitar cualquier forma de revisión judicial fuerte en la dirección de la supremacía judicial.

8. El Estado de Derecho y el imperio de la ley³⁵

¿Qué tiene de malo la supremacía judicial? Si ya hemos comprometido los valores democráticos cuando autorizamos a los tribunales para anular las leyes. ¿Qué clase de daño adicional genera?

La respuesta tiene que ver con el Estado de Derecho. Déjenme explicarlo.

Los especialistas normalmente distinguen entre el *Estado de Derecho* y el *imperio de la ley*³⁶. Para algunos, el imperio de la ley se refiere a la estrategia que adopta un gobernante (o una institución dominante) en sus relaciones con sus súbditos. Si gobierna mediante la ley, el gobernante no sólo administra a sus súbditos con mandamientos y decretos particulares y con decisiones discrecionales. Gobierna además haciendo uso de un marco de legislación general establecido con antelación, para que las personas sepan cuál es su posición de antemano, de manera que exista un marco previo –más o menos determinado– a partir del cual todos puedan organizar sus expectativas y

En la práctica, sin embargo, la cláusula “notwithstanding” rara vez ha sido invocada. Cuando se ha invocado, en su mayoría ha sido en el contexto de políticas de Quebec. Ver Kahana, Tsvi, “The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion”, en *Journal of the Institute of Public Administration in Canada*, 44 (2001), p. 255.

35 [Nota de la Traductora] “The rule of law and the rule by law”, en original.

36 Véase, por ejemplo, Tamanaha, Brian, *On the Rule of Law: History Politics, Theory*, (Cambridge University Press), 2004, pp 92-3.

abordar los conflictos y controversias que surgen en cualquier sociedad compleja.

En la literatura, la idea del imperio de la ley es a menudo menospreciada. Está asociada con una cierta forma de autoritarismo, mediante la cual un hombre fuerte utiliza la ley como medio para subordinar a los ciudadanos, negándose a reconocer cualquier límite legal aplicable a sus propias acciones³⁷. Este es un falso Estado de Derecho, dicen los críticos, porque no está motivado por un amor real a la legalidad. Es, en palabras de John Locke, “no más de lo que todo hombre, que ama a su propio poder, beneficio o grandeza, puede y naturalmente debe hacer, para impedir que los animales se lastimen, o que se destruyan unos a otros los que trabajan como esclavos, sólo para su placer y beneficio”³⁸.

Esto deja fuera una parte importante del ideal del imperio de la ley. Ese ideal, en todas sus aplicaciones, insiste siempre –a lo menos– en la importancia del derecho y, por lo general, esta insistencia es considerada como una indiscutible parte del requisito de que los gobiernos respeten a los individuos y que gobiernen de una manera consistente con su libertad y su dignidad.³⁹ Por otra parte, el imperio de la ley es, de por sí, un importante ideal que demanda del gobierno –en la mayoría de las circunstancias– renunciar a toda acción puramente discrecional y someter las decisiones oficiales a lo dispuesto por normas jurídicas de algún tipo, normas que facilitan la planificación de los ciudadanos y que ofrecen los recursos para impugnar la acción administrativa.

Entonces, ¿qué prevé el Estado de Derecho? ¿Qué añade al imperio de la ley? Este último contempla la posibilidad de que *el más alto poder* en una sociedad esté también obligado por la ley y sujeto a la ley, así como el que los funcionarios gubernamentales del más alto nivel deban ejercer su poder dentro del marco de restricción de las normas públicas, en lugar que sobre la base de sus propias preferencias o ideologías⁴⁰.

37 Véase el análisis en Ginsburg, Tom y Moustafa, Tamir (eds.), *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, (Cambridge University Press), 2008.

38 Locke, John, *Two Treatises of Government*, Laslett, Peter (ed.), (Cambridge University Press), II, §93, 1988. “In absolute monarchies, indeed, as well as other governments of the world, the subjects have an appeal to the law, and judges to decide any controversies, and restrain any violence that may happen betwixt the subjects themselves, one amongst another”.

39 Véase, por ejemplo, Hayek, FA, *The Constitution of Liberty* (Macmillan), 1960, pp 148-161; Raz, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”; y Fuller, Lon, *The Morality of Law*, Edición revisada, (Yale University Press), 1969, pp.33-94.

40 Tamanaha, Brian, *On the Rule of Law*, (Cambridge University Press), 2004, p.92.

A veces, esto se asocia con la fantasía de que la ley deba ser el rey o señor en el sistema político.⁴¹ Sea o no que podamos hacer sentido de este tipo de ‘personificación’, es importante reconocer que la ley es producto de seres humanos. Siendo realistas, esta noción del Estado de Derecho se asocia con la idea de que algunas formas de derecho –como el derecho común, el derecho consuetudinario o las constituciones establecidas desde hace mucho tiempo– en cierto modo tienen un origen humano, pero son menos propensas que otras formas de derecho a ser vistas como el absurdo slogan que proclama el “gobierno de las leyes, y no de los hombres”⁴².

El que los hombres sean regidos por principios que surgieron como leyes hechas por otros hombres es, en cierto sentido, habitual e inmemorial. Este ideal está más alineado con la idea de que la ley es en última instancia la responsable, en lugar de aceptar que los hombres son regidos por una legislación que fue hecha por otros hombres la semana anterior. En este último caso, es demasiado evidente el aspecto muy humano de la ley que, se supone, está a cargo. En el caso anterior, sin embargo, es más fácil pasar esto por alto. Allí la ley que constriñe se nos aparece menos como un artefacto del poder político inmediato.

9. El Estado de Derecho y el gobierno de los hombres (¿jueces?)⁴³

En cualquier caso, quienes anhelan el ideal del Estado de Derecho también tienen que reconocer el hecho de que las leyes son interpretadas, aplicadas y ejecutadas por hombres, así como fueron elaboradas por los mismos. Y, aun cuando la ley haya surgido hace eones, su interpretación y aplicación debe llevarse a cabo en la actualidad.

Desde el punto de vista de estos exigentes ideales del Estado de Derecho, estamos obligados a hacernos preguntas sobre quiénes son los que realizan

41 Platón, *The Laws*, (Dover Publications), 2006, p. 81 (716): “For that state in which the law is subject and has no authority, I perceive to be on the highway to ruin; but I see that the state in which the law is above the rulers, and the rulers are the inferiors of the law, has salvation, and every blessing which the Gods can confer”.

42 Véase Epstein, Richard, *Design for Liberty: Private Property, Public Administration and the Rule of Law*, (Harvard University Press), 2011, p. 63, de la opinión de que el ascenso de la ley que surge “de abajo hacia arriba” (como los derechos de propiedad en el derecho común) es un mejor candidato para el Estado de Derecho que la ley que se entiende (legislación) como un artefacto de arriba hacia abajo del poder humano.

43 [Nota de la Traductora] “The rule of law and rule of men (judges?)”, en original.

la interpretación, la aplicación y la entrada en vigencia de la ley, indagando cómo se resuelve la contradicción entre Estado de Derecho y gobierno de los hombres. Esta será una cuestión a resolver por los tribunales y los jueces, entre otros.

Supongamos que consideramos al poder judicial como supremo en nuestro esquema constitucional, otorgándole poderes a los jueces para hacer caso omiso de las decisiones de todos los demás poderes del Estado. ¿Deberíamos considerar esto como un logro del Estado de Derecho? ¿O es sólo otra versión del gobierno de los hombres, aunque se trate de hombres vestidos con túnicas negras y sentados en una sala de tribunal con el código y la ley abierta ante ellos? ¿El Estado de Derecho significa el gobierno de los jueces? ¿Están limitadas las decisiones judiciales por la ley en mayor medida que las decisiones legislativas en un país que carece de revisión judicial de la Constitución? El problema se vuelve especialmente grave una vez que reconocemos que los jueces también tienen que aclarar o elaborar la ley. ¿Es el derecho creado por los jueces considerado como el epítome de un Estado de Derecho? ¿O como parte del problema que, se supone, el mismo Estado de Derecho debía resolver?⁴⁴

10. La visión de Thomas Hobbes sobre la soberanía

Thomas Hobbes creía que una sociedad bien organizada tendría en su cumbre a un soberano legislador, un comandante no comandado⁴⁵ (tal vez un monarca, tal vez un parlamento soberano), que gobernaría mediante la ley, pero que no estaría sujeto a restricción legal alguna. ¿Cómo podía estar sujeto a una restricción legal? Siendo la fuente de toda restricción y coerción legítima en la sociedad no habría nadie ni nada que pudiera contenerlo. Como Hobbes lo expresó en el *Leviatán* (1651):

El Soberano de una Comunidad política [...] no está sujeto a las Leyes Civiles. Porque como está dotado del poder de hacer y de repeler Leyes, él puede, cuando quiera, liberarse a sí mismo de tal sujeción mediante la derogación de las Leyes que lo atribulan [...] Tampoco es posible para ninguna persona

44 La primera vez que plantee estas preguntas fue en Waldron, Jeremy, "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept?", en *Law and Philosophy*, 21 (2002), 137, pp. 142-143 y 147-148.

45 [Nota de la Traductora] Juego de palabras, en el original es "uncommanded commander".

*estar atado a sí mismo, porque aquel que puede atarse puede desatarse a sí mismo. Por lo tanto, el que está solamente atado a sí mismo no se encuentra realmente atado*⁴⁶.

Esto suena como un argumento convincente y, en la despiadada lógica hobbesiana, parece indicar que es imposible aplicar el Estado de Derecho a la cúspide de un soberano.

En la actualidad se cree que hay otras opciones. Se piensa que es posible limitar el soberano con una Constitución y vigilar dicha limitación mediante un tribunal o un sistema de tribunales. Pero Hobbes rechaza la lógica del constitucionalismo. Es un error pensar que la soberanía puede ser limitada por una Constitución, dijo, porque se la tiene que vigilar mediante alguna otra entidad política, en este caso un tribunal:

*“Es un error, porque instala a las Leyes por encima del Soberano, instalando también al Juez por encima de él, con el Poder de castigarlo, lo que implica introducir un nuevo Soberano. Y, después, por la misma razón, a un tercer (Soberano), para castigar al segundo, y así sucesivamente, sin fin, hasta la confusión y disolución de la comunidad política”*⁴⁷.

Si se fijan bien, el de Hobbes es un argumento de regresión al infinito. Se tiene un monarca o parlamento legislativo que es un ‘comandante no controlado’, o se tiene a esa entidad controlada por una corte, la cual es, a su vez, un ‘comandante no comandado’. Y, si ese tribunal no debe ser un comandante no comandado, entonces tiene que ser controlado por otra entidad, y así sucesivamente⁴⁸.

46 Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Meta, Richard (ed.), (Cambridge University Press), 1988, Ch. 16, p.184. “*The Sovereign of a Common-wealth [...] is not Subject to the Civil Lawes. For having power to make, and repeale Lawes, he may when he pleaseth, free himselfe from that subjection, by repealing those Lawes that trouble him [...]. Nor is it possible for any person to be bound to himselfe; because he that can bind, can release; and therefore he that is bound to himselfe onely is not bound.*”

47 *Ibid.*, ch.29, p.224. Traducción libre del siguiente pasaje: “*Which error, because it setteth the Lawes above the Sovereign, setteth also a Judge above him, and a Power to punish him; which is to make a new Sovereign; and again for the same reason a third, to punish the second; and so continually without end, to the Confussion, and Dissolution of the Common-wealth.*”

48 Hobbes, De Cive, p.103 (. VI 18). En un trabajo anterior, De Cive, Hobbes insistió en que “in every City there is some one man, or Councell, or Court [...] that is, supreme and absolute, to be limited onely by the strength and fores of the City it selfe, and by othing else in the world: for if his power were limited, that limitation must necessarily proceed from some greater power; For he that prescribes limits, must have a greater power than he who is confin'd by them; now that confining power is either without limit, or is again restrained by some other greater than it selfe, and so we shall at length arrive to a power

En esta lógica, existe una autoridad humana final o no existe. Si existe, entonces cualquier argumento de estar bajo el imperio de la ley es fatuo, aunque la autoridad final sea una que lleva una peluca y se sienta en un tribunal. Siempre tiene que haber alguien que tenga la palabra final –no algún documento o texto, pero algún cuerpo o algún hombre o persona–.

11. La solución constitucionalista

Después de Hobbes, una generación de autores intentaron encontrar una forma de evitar esta lógica absolutista, como sucedió con el republicanismo de James Harrington; el liberalismo de John Locke; el constitucionalismo de la Ilustración de Montesquieu y de los Federalistas, y el intento de Dicey para conciliar el papel de la soberanía parlamentaria.⁴⁹ Este intento aun sigue con nosotros en los Estados Unidos y otras democracias avanzadas, mientras nos balanceamos inquietantemente entre la posición de que el Estado de Derecho necesariamente exige que la Corte Suprema tenga la última palabra ante cualquier crisis constitucional, y la posición de que la supremacía judicial es tan ofensiva para el Estado de Derecho como cualquier otra forma de hegemonía inapelable en un régimen constitucional⁵⁰.

Bueno, como he dicho más arriba, los constitucionalistas han creído posible romper esta rígida lógica hobbesiana mediante el empoderamiento de un tribunal que revise la constitucionalidad de la legislación sin dar a la corte un poder soberano absoluto. La idea es la siguiente: un tribunal no puede hacer nada, excepto chequear y restringir los legisladores en diversos temas. En sí mismo, no tiene un poder real en la creación de la ley. Así, no es un super-soberano hobbesiano.

Como lo expresó Alexander Hamilton en *El Federalista*, “La judicatura... no tiene influencia sobre la espada ni el erario; no tiene conducción ni de la fuerza o

which hath no other limit, but that which is the terminus ultimus [...]”.

49 Harrington, James, *The Commonwealth of Oceana*, Pocock, J.G.A. (ed.), (Cambridge University Press), 1992, pp.8ff.; Locke, John, *Two Treatises of Government*, pp. 326-30 (II, §§ 89-94); Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, Por todos Cohler, Ann (ed.), (Cambridge University Press), 1989, pp.54 ff. (Bk. 11, Chs.2-6); Madison, James; Hamilton, Alexander y Jay, John, *The Federalist Papers*, Goldman, Lawrence (ed.), (Oxford University Press), 2008, pp. 256 ff. and 379 ff. (N° 51 por Madison y N° 78 por Hamilton); and Dicey, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (Liberty Classics), 1982, pp.268-73.

50 Ver Waldron, Jeremy, Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept?, en *Law and Philosophy*, Volume 21, Issue 2, pp.147-148.

de la riqueza de la sociedad, no puede adoptar decisiones activas de ningún tipo".⁵¹

Cierto es que parece un comandante no comandado en las cuestiones concretas de que conoce, pero está lejos de ser un soberano con plenos poderes. La separación constitucional de poderes se encarga de ello.

12. ¿Puede un tribunal supremo convertirse en un soberano hobbesiano?

Pero la solución al problema hobbesiano –si es que se trata de una solución– es frágil y precaria. Podemos rápidamente retroceder al soberano hobbesiano cada vez que el tribunal que revisa la constitucionalidad de la ley se arroga el poder de elaborar leyes u otros poderes asociados con la soberanía.

Un poder judicial que se piensa a sí mismo como un creador de leyes está en peligro de convertirse en un soberano o un súper-soberano hobbesiano. Al asumir este rol adicional, dificulta que los constitucionalistas puedan negar que el poder de las cortes simplemente reproduce la fuerza humana en un nivel superior. Cuanto más poder los tribunales ostenten, mayor será el peligro de arruinar la solución constitucionalista del problema hobbesiano del Estado de Derecho aplicado al ápice del poder en una sociedad. Porque si un tribunal supremo dicta las leyes a las que la legislatura se va a someter, entonces –aquí y ahora– tenemos un creador humano de las leyes –un cuerpo de jueces– que no está obligado por el derecho en su rol como un productor humano de leyes (o si se encuentra limitado, debe ser obligado por una entidad cuya actividad propia, a su vez, plantea exactamente las mismas preguntas).

13. Formas de evitar la soberanía judicial

He dicho que soy conocido como un oponente de la revisión judicial de la constitucionalidad de la ley⁵². Pero estoy dispuesto a hacer una concesión a aquellos que defienden la revisión judicial. Creo que es posible que una

51 *The Federalist Papers*, p. 380 (N° 78 por Hamilton). “[t]he judiciary... has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or the wealth of the society; and can take no active resolution whatever” .

52 Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, 115, 2006; y *Law and Disagreement*, (Oxford University Press), 1999.

organización política pueda contar con un sistema de revisión judicial de la Constitución sin que, necesariamente, de lugar al problema hobbesiano que acabamos de identificar. El poder de la revisión judicial puede ser ejercido de una forma más o menos modesta, o en un espíritu más o menos agresivo o programático. Y ese “más o menos” puede hacer toda la diferencia.

La práctica de la revisión judicial está asociada característicamente con una Carta de Derechos, esto es, una lista de aquellas cosas que los poderes del Estado no deben hacer. Es interesante notar que generalmente esas cartas se presentan en forma de una lista, en lugar de una plataforma integrada o de una política coherente. Creo que esto puede ayudarnos a entender cómo la situación puede ir mal en la revisión judicial de la Constitución, inclinándose hacia la soberanía judicial.

En tanto los tribunales se limiten a los elementos particulares de una Carta de Derechos (la libertad de expresión; la libertad de religión; el debido proceso; la intimidad; la no discriminación; los derechos reproductivos, y así sucesivamente), y los traten uno a uno a medida que surjan casos particulares, entonces no habrá gran peligro de que los jueces se conviertan en un soberano hobbesiano. Por cierto, aun existirán objeciones democráticas a la revisión judicial de la Constitución –en la línea de lo que he argumentado en *Law and Disagreement* y “The Core of the Case Against Judicial Review”–, porque los tribunales estarán zanjando temas sobre los cuales hay una división seria en la sociedad como un todo, entre las personas y entre sus representantes, y de hecho entre los propios jueces.

No he abandonado esa crítica, pero he dicho que debemos dejarla a un lado para el propósito de la segunda parte de esta conferencia. Mi estrategia consiste en preguntar cuándo una característica antidemocrática de la revisión judicial se eleva al nivel de una afirmación de supremacía judicial, y estoy asumiendo que, en la actualidad, ese es el mayor de los abusos.

Creo que no hay peligro de que el poder judicial se convierta en un soberano hobbesiano en la medida que se limite a cuestiones particulares. Pero existe el peligro de que la revisión judicial se incline hacia la soberanía judicial si los tribunales comienzan a presentarse como si promovieran un programa o política coherente, en lugar de limitarse a responder ante un abuso particular identificado como tal por una Carta de Derechos –uno por uno, así como vayan surgiendo–. Sé que esto que planteo va contra la corriente de una gran parte de la teoría constitucional actual. El filósofo del derecho dirá que los jueces deben tener una visión global de la Constitución en su conjunto, un

programa coherente de principios, y que deben buscar en los casos que van conociendo una forma avanzar con ese programa. El programa en cuestión típicamente encarna una amplia visión progresista o liberal, o tal vez una visión global de una sociedad conservadora de libre mercado. Creo que mientras más se inclinen los jueces por esta manera de pensar sobre su rol, mayor será el peligro de que afirmen su poder particular inapelable como una plataforma ascendiente desde la cual determinen la forma general de gobernanza de la sociedad⁵³. Por lo tanto, la revisión judicial de la Constitución no debe ser entendida como una oportunidad para poner en práctica un programa social amplio, mediante decisiones sucesivas.

Asimismo, el poder judicial no debe asumir la tarea de oponerse a la visión, al programa o a la política general de los poderes electos. Es responsabilidad de los poderes electos del gobierno formar y llevar a cabo programas sociales en esa escala. La tarea de los jueces consiste simplemente en detectar e identificar determinados abusos, no la de oponerse a un programa político en su conjunto, lo cual no es su responsabilidad ni su rol.

Tengo en mente, como ejemplo, la postura que la Corte Suprema de los Estados Unidos adoptó contra la legislación social en lo que llamamos la ‘Era Lochner’. Esta época la definimos con referencia a un caso en particular, *Lochner v. New York* (1905),⁵⁴ en el que la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que una ley del estado de Nueva York que ponía un límite al horario de trabajo de los panaderos (de diez horas al día), era una “*injerencia irrazonable, innecesaria y arbitraria en el derecho y la libertad de la persona a contratar*”.

Este fue un largo período en la historia constitucional de los Estados Unidos (desde la década de 1880 hasta fines de la década de 1930), en la cual los tribunales estatales y federales suprimieron legislación tras legislación (170 en total) que en su conjunto buscaban instalar un programa de mejoras sociales progresistas.⁵⁵ Los tribunales estadounidenses exhibieron una postura de oposición amplia al programa perseguido por las ramas electas del estado, es-

53 Creo que los jueces deben ser especialmente cuidadosos con esto cuando la Constitución encarna los derechos sociales y económicos positivos, así como los derechos civiles y políticos, ya que puede ser más difícil mantener aparte los derechos sociales y económicos de una visión programática. Pero se puede lograr. No quiero sonar despectivo ante la inserción de derechos sociales y económicos en una constitución. Estos son muy importantes. Pero su presencia en una constitución no debe ser leída como un empoderamiento de los jueces para perseguir una visión global de la justicia social, ni nada por el estilo.

54 *Lochner v. New York*, Estados Unidos 45 198 (1905).

55 Véase el análisis en Forbath, William, *Law and the Shaping of the American Labor Movement*, (Harvard University Press), 1989, pp.170 y ss.

tableciendo en efecto un “stand-off” –una lucha de poder– entre aquellas ramas y ellos. Es importante entender cuántos años duró esta postura y cuántas leyes fueron revocadas: fue suficiente para desmoralizar a dos generaciones de legisladores progresistas y sus partidarios.

En mi opinión, esta forma de desplegar el poder de la revisión judicial de la Constitución también da lugar al problema hobbesiano. Por ahora, pareciera ser que los tribunales se han constituido en poseedores de vetos amplios, con la capacidad de decir “sí” o “no” a todo tipo de políticas públicas.

Otra forma en la que los tribunales pueden presentarse como soberanos mediante el ejercicio de la revisión judicial de la Constitución, es al hacer evidente que sus decisiones sobre asuntos importantes que enfrenta la nación dependen de las opiniones políticas de los funcionarios judiciales. Este punto fue planteado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en sus reflexiones sobre la legitimidad constitucional y *stare decisis* en el gran caso de 1992 *Planned Parenthood v. Casey*⁵⁶.

Al contemplar la posibilidad de que las decisiones constitucionales podrían mantenerse o anularse simplemente en función del grupo de jueces que sale y entra al tribunal, la Corte citó una observación de la disidencia del Juez Stewart en *Mitchell v. Grant*⁵⁷: “Un cambio fundamental de la jurisprudencia, basado en el solo cambio en la integración (de la Corte) invitará a que la población piense equivocadamente que esta institución no es demasiado diferente que las otras dos ramas (políticas) del gobierno”.⁵⁸ Stewart continuó diciendo que:

“Hay [...] un punto más allá del cual cambios frecuentes en la jurisprudencia debilitarán la disposición del país a creer en la buena fe de la Corte. Más allá de las diversas razones que explican y justifican un cambio en la jurisprudencia, no podemos olvidar que una decisión de ese tipo es usualmente percibida (y correctamente percibida) como, a lo menos, una declaración de que la decisión anterior fue un error. Hay un límite en la cantidad de errores que pueden plausiblemente ser imputados a cortes anteriores. Si ese límite es sobrepasado, la alteración de decisiones anteriores será tomada como evidencia de que, en lugar

56 *Planned Parenthood v. Casey*, 505 EE.UU. 833 (1992).

57 *Mitchell v. Grant*, 416 EE.UU. 600, 636 (1974).

58 Traducción libre de este pasaje: “A basic change in the law upon the ground no firmer than a change in our membership invites the popular misconception that this institution is little different from the two political branches of the Government”.

de una justificada re-examinación (de decisiones anteriores) basadas en cuestiones de principio, lo que en realidad impulsó el cambio fue la búsqueda de resultados específicos de corto plazo. La legitimidad de la Corte se desvanecerá en la misma medida en que aumenta la frecuencia de sus vacilaciones”⁵⁹.

El punto se refiere a la legitimidad: el pueblo americano ha “*entendido que la Corte está investida de la autoridad para decidir sus casos constitucionales y para hablar ante los demás desde sus ideales constitucionales*”.⁶⁰ Que estaba conectado, sostuvo la Corte Suprema, con “*el carácter de nación de personas que aspiran a vivir de acuerdo con el Estado de Derecho*”⁶¹.

Llevaré este argumento en una dirección ligeramente diferente. Un tribunal cuyos principios se modifican con cada alteración en el equilibrio de votación de su personal difícilmente podrá negar que su hegemonía representa más al gobierno de los hombres que al Estado de Derecho. Aquello, tal vez, es imposible de negar todos modos. Pero si ha de negarse, el tribunal debe plantear que sus miembros están sujetos a la ley, en lugar de que la ley se encuentre determinada por la voluntad o el voto de sus miembros. Y una “vacilación” demasiado frecuente, atribuible a los cambios en la política de la magistratura, hará inevitable el debilitamiento de ese planteamiento.

Por supuesto, no hay más remedio que los jueces voten cuando hay un desacuerdo genuino entre ellos respecto de qué es el derecho⁶². Sin embargo, el argumento aquí presentado es que si los jueces quieren evitar el problema de la soberanía judicial, como una versión del gobierno de los hombres, entonces como individuos tienen que suprimir la tendencia –del todo humana— a cuestionar las decisiones del pasado cuando ingresan a la corte, o a adoptar decisiones que dependan tendenciosamente de sus propias creencias y concepciones del derecho, que saben no son compartidas por sus

59 Ibid., p.866. Traducción libre de este pasaje: “*There is [...] a point beyond which frequent overruling would overtax the country's belief in the Court's good faith. Despite the variety of reason that may inform and justify a decision to overrule, we cannot forget that such a decision is usually perceived (and perceived correctly) as, at least, a statement that a prior decision was wrong. There is a limit to the amount of error that can plausibly be imputed to prior Courts. If that limit should be exceeded, disturbance of prior rulings would be taken as evidence that justifiable reexamination of principle had given way to drives for particular results in the short term. The legitimacy of the Court would fade with the frequency of its vacillation*”.

60 *Planned Parenthood v. Casey*, 505 EE.UU. 833 (1992).

61 Ibid.

62 Véase Waldron, Jeremy, “Five to four: Why Do Majorities Rule on Courts?”, en *Yale Law Journal*, 123 (2014), 1692.

colegas. Solo haciendo esto podrán los jueces mantener la impresión de que es el derecho el que guía sus decisiones, y no los opuestos puntos de vista acerca del mismo de jueces individualmente considerados⁶³.

⁶³ Véase también Postema, Gerald J., "Protestant Interpretation and Social Practice," en *Law and Philosophy*, 6 (1987), 283.

RECENSIÓN DE LIBRO

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN. DOS SIGLOS DE CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA (1810-2010) DE ROBERTO GARGARELLA (KATZ EDITORES, 2014, 390 PÁGINAS)

*María Belén Saavedra*¹

Introducción

En *La sala de máquinas de la Constitución*, Roberto Gargarella² nos confiesa dos incomodidades sobre el estudio del derecho latinoamericano. La primera, la poca atención que se le ha prestado al Constitucionalismo Latinoamericano; la segunda, la obsesión –casi obstinación– de los abogados y legisladores en enfocar las reformas y cambios constitucionales en los derechos y no en la organización del poder. De acuerdo al autor, esta forma de enfocar el Derecho ha generado un conflicto dentro de la propia Constitución, impidiendo que se realicen las reformas necesarias e incentivando a una parte de la Constitución (la orgánica) a trabajar contra la otra (dogmática).

El libro, al parecer, cumpliría una doble función. La primera inquietud del autor se percibe casi como una incomodidad académica, que es solucionada con un panorama descriptivo de lo ocurrido en doscientos años de historia (tema que por sí solo bastaría para escribir un libro). Esta parte del texto cumple una función educativa, tanto para un estudiante de Derecho como para cualquier interesado en la historia latinoamericana, que encontrará en los primeros capítulos el desarrollo de nuestra historia constitucional. La segunda inquietud, tal vez más relevante para los lectores, parece cumplir una función de alerta, casi un mandato a los curiosos intelectuales de siempre: la problemática de la sala de máquinas nos obliga a repensar el derecho constitucional latinoamericano, las reformas constitucionales y

¹ Alumna del Magíster de Derecho Constitucional y Litigación Adversarial UDP, Ayudante del Departamento de Derecho Público UDP.

² Sociólogo, abogado y doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, máster y doctor en Derecho por la University of Chicago y máster en Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias sociales.

cómo planteamos las políticas públicas. Los capítulos relativos a esta problemática deberían ser –ojalá fueran– leídos por los nuevos constituyentes de América Latina, sean parte del legislativo, de un órgano participativo o de una asamblea.

Con el fin de ser lo más fiel posible al texto del autor, esta reseña abordará las dos incomodidades de Gargarella. El primer capítulo versará sobre el constitucionalismo latinoamericano, dividiéndolo en cinco grandes etapas; la segunda, sobre la batalla interna de las constituciones latinoamericanas y la sala de máquinas.

1. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina

En este apartado el autor realiza un recuento de los últimos doscientos años de constitucionalismo latinoamericano, además de recordar el pensamiento de grandes juristas de distintas nacionalidades, entre ellos Juan Francisco Alberdi, Francisco Bilbao, Simón Bolívar, Victorino Lastarria, José María Samper y Domingo Samper.

1.1 El primer derecho constitucional latinoamericano (1810-1850)³

El primer capítulo del libro da cuenta de que, entre las décadas de 1810 y 1850, primaba la necesidad de instaurar constitucionalmente un poder político al margen del ejercido por las potencias europeas en todo el continente, de engrandecer la moral de los pueblos recientemente emancipados, y por último, de generar independencia económica y política.

El gran proyecto constitucional debía enfrentar también los “problemas de ese tiempo” o dramas de la época: entre ellos, la injusticia social, la crisis económica y el desorden político. Al tratarse de países de corta vida independiente, fue un período de desconcierto pero también de posibilidades, entre otras, la de sentar las bases de la organización constitucional.

La diversidad de proyectos latinoamericanos podría haber generado un sinnúmero de respuestas a las problemáticas antes planteadas, sin embargo, Gargarella identifica dos ideales fundacionales que sintetizan la vida constitucional de la región: la autonomía individual y el autogobierno colectivo. La autonomía individual que se entendía, como señala el autor, relacionada

3 Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, (Katz Editores), 2014, pp. 13-48.

con el actuar de la iglesia en la vida pública⁴, y el ideal del autogobierno colectivo relacionado con los albores de las revoluciones independentistas en toda América⁵.

De estas dos ideas fundacionales se desprenden, a la vez, tres posiciones respecto a cómo debemos pensar la Constitución: la posición conservadora, la republicana y la liberal⁶.

1.2. El “constitucionalismo poscolonial”⁷

Una vez planteadas las tres posiciones y habiéndose formado los bandos que las defendieron, resultó evidente que en Latinoamérica era necesaria una coalición para lograr llegar al gobierno de forma constante y de esa manera controlar la organización del poder. Es en esta etapa constitucional cuando aparece la denominada fusión (alianza) liberal-conservadora, la cual devino en lo que se denominó el constitucionalismo de “fusión”, cuyo principal punto de encuentro fue el temor y rechazo a la política radical tradicional. Tanto liberales como conservadores veían al bando radical como una amenaza “a la que asociaban con el aliento a decisiones irracionales, y consecuentes excesos”⁸.

Gargarella señala que esta etapa resulta fundacional para la historia de nuestro constitucionalismo, pues debido a estas alianzas se escribieron las constituciones más influyentes del continente, afianzándose una tradición jurídica que se centraba mayoritariamente en los siguientes puntos:

(a) Definía un sistema de frenos y contrapesos, en favor del Presidente. La mayoría de las Constituciones estudiadas por el autor utilizaban un sistema tradicional de separación de poderes, con una figura presidencial de

4 Señala el autor que “[l]as disputas en torno al lugar de la Iglesia, finalmente, solo resumen y ejemplifican una cantidad de conflictos suscitados en la región en torno a la autonomía individual”. *Ibíd.*, p. 21.

5 Sostiene el autor que “[b]ástenos mencionar, simplemente, que esas mismas revoluciones se basaron, antes que nada, en una reivindicación republicana del derecho a decidir de los locales, frente al dominio de potencias extranjeras dominantes”. *Ibíd.*

6 El autor describe a la posición conservadora como aquella que busca “organizar todo el sistema constitucional en torno a una particular concepción del bien (normalmente, una religión particular), a la vez que asumió una postura más restrictiva y elitista, en cuanto al papel que debía corresponderle a la voluntad mayoritaria”. *Ibíd.*, p. 22.

En cuanto a la republicana, el autor señala que es una posición cuyo “compromiso fundamental [es] con el ideal del autogobierno, y que tendió a considerar a la autonomía individual como un ideal desplazable en nombre del bienestar general, o las exigencias propias de una política mayoritaria”. *Ibíd.* Respecto a la liberal, sostiene que “vino a invertir el orden de prioridades de la anterior, para concebir todo el orden constitucional en torno al respeto de las libres elecciones individuales, y que se mostró por ello mismo dispuesta a fijar restricciones severas al mayoritarismo político”. *Ibíd.*

7 *Ibíd.*, pp. 49-162.

8 *Ibíd.*, p. 59.

facultades amplias. Es aquí donde nuestro país aparece como ejemplo del presidencialismo fuerte. En palabras de Juan Bautista Alberdi, Chile “ha hecho ver que entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial hay un gobierno regular posible; y es el de un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano”.

(b) Establecen una organización centro-federal. Las constituciones de este período rechazaron consagrar constitucionalmente un modelo de organización territorial, buscando apaciguar los ánimos, tanto de federalistas como de centralistas. La realidad era que, aunque el texto constitucional era una victoria para los federalistas, habitualmente conducía a prácticas centralistas, como consecuencia del presidencialismo mencionado en el primer punto.

(c) Resisten la inclusión de compromisos sociales favorables a grupos postergados y la participación ciudadana. Las Constituciones de fusión tienen en común el rechazo a todas las fórmulas de gobierno que, en ese entonces, los radicales republicanos habían querido instaurar. En palabras de Gargarella, “el triunfo del pacto liberal conservador, en los hechos, terminó significando la derrota del proyecto radical, y el vaciamiento de la Constitución de todas [las] cláusulas referidas a la mayor participación ciudadana, o a los deberes sociales del Estado”⁹.

Esta fusión ocupa un lugar preponderante en el análisis efectuado por el autor sobre el constitucionalismo poscolonial, sin embargo, no me gustaría dejar de referirme, muy brevemente, a lo que el autor denomina “los límites del pasado”.

El cuarto capítulo del libro está dedicado enteramente a las discusiones que tuvieron nuestros constituyentes sobre el pasado, la evaluación del mismo y las proposiciones sobre cómo actuar frente al legado de las tradiciones. Me parece, que en este capítulo el debate más notable dice relación con el sufragio universal, y el autor realiza un trabajo soberbio al describir esta parte de nuestra historia constitucional. Sin embargo, más importante, a mi juicio, es explicitar lo que subrepticamente se aloja en este capítulo: el deseo constante de la revisión de nuestro pasado, la discusión sobre las tradiciones constitucionales, el legado o la historia constitucional, aún muy presente en nuestro país. No es baladí que el autor dedique un capítulo entero a recordarnos que hoy seguimos discutiendo desde dónde, para qué, y hasta qué punto retomamos estos legados.

⁹ Ibid., p.71.

1.3. La crisis del constitucionalismo poscolonial¹⁰

La tercera etapa de nuestro constitucionalismo, que va desde finales del siglo XIX hasta inicios del siglo XX, se concentra en la crisis de ese constitucionalismo antes presentado. Si bien los movimientos liderados por la alianza liberal-conservadora habían sido sumamente exitosos en su llegada al poder y en imponer regímenes de “orden y progreso” (basados en el orden del conservadurismo y el progreso del liberalismo), lo cierto es que los avances que tuvieron en materia de bienestar económico no eran suficientes para buena parte de la población, que ya había empezado a buscar alternativas a las tres posiciones –conservadora, liberal y radical– predominantes a inicios de nuestra historia constitucional. Si bien los países de Latinoamérica eran, gracias a la fusión liberal-conservadora, más ricos, más sólidos en su estructura de poder y más integrados, las clases media y baja estaban empezando a alzarse como expresión de una sociedad más movilizada. Eran mayoritarias, exigentes y no estaban dispuestas a soportar la desigualdad reinante en el continente. El capítulo de crisis del constitucionalismo se basa en estas dos etapas: la primera, el ascenso y consolidación del sistema de orden y progreso liderado por la alianza liberal-conservadora, y la segunda, fase de crítica y posterior fractura del modelo.

El ascenso y consolidación del sistema de orden y progreso se vio marcado por la estabilidad política de sus gobiernos, el crecimiento económico y sus regímenes basados en un control disciplinario, y con un corte autoritario, de las sociedades. Además, en este período es vital la consolidación del positivismo.

La reacción contra el sistema de orden y progreso se desarrolla con la reactivación de los grupos radicales (fortalecidos internamente por el cambio en la composición social de los países del continente), tanto por la clase obrera, que busca retomar los ideales y reclamos de los movimientos revolucionarios de 1810, como por la llegada de inmigrantes (pobres) europeos. Ambos grupos sociales tienen en común el deseo de gobiernos que promuevan una mayor participación ciudadana, opción que se encontraba denegada por lo que el autor denomina “los gobiernos del ‘autoritarismo con progreso económico’”¹¹.

Este desencanto generalizado deviene en la aparición de dos corrientes políticas: por un lado, “un movimiento democratizador que trabaja contra el

¹⁰ *Ibíd.*, pp.163-198.

¹¹ *Ibíd.*, p. 174.

autoritarismo político dominante¹², y por otro, encontramos un movimiento más radical, relacionado estrechamente con grupos socialistas y agrarios”¹³.

El autor se detiene, por último, en la importancia de la Revolución Mexicana y la Constitución de 1917 en México, que se genera a partir de la nueva realidad social.

1.4. El “constitucionalismo social” (1930-1980)¹⁴

Esta cuarta etapa constitucional está centrada en dos hechos decisivos, uno de carácter político y el otro de carácter histórico. El primero, es la incorporación de las masas trabajadoras a la política. Este hecho generará un impacto en nuestro constitucionalismo al promover –y posteriormente consagrar– los derechos sociales en nuestras constituciones. El segundo punto crítico está representado por la crisis económica mundial de 1929, cuyas consecuencias se hacen notar enseguida, entre ellas: la imposibilidad tanto de seguir explotando los bienes primarios, que hasta entonces habían sido el motor del bienestar económico de la región, como de importar los productos que se requerían para consumo interno. Lo anterior genera un cambio abrupto en la política de neutralidad que, hasta entonces, proclamaba el Estado, el cual deberá asumir un papel intervencionista.

Los líderes del pacto liberal-conservador que hasta entonces habían gobernado con una actitud autoritaria bajo el modelo de “orden y progreso”, toman nota del ejemplo mexicano y empiezan a reconocer que es necesario ampliar los límites de los pactos constitucionales, y a consecuencia de esto, las demandas sociales empiezan a ser incluidas en la Constitución.

Cabe mencionar que este período está marcado por eventos históricos dramáticos y las diversas respuestas de los Estados frente a esos sucesos. El autor señala que existieron cinco salidas que se suscitaron en esa época: i) la salida autoritaria, ii) la salida reformista, iii) la salida populista, iv) la salida del pacto democrático excluyente, y v) la salida socialista¹⁵.

12 En este apartado el autor señala como ejemplo el Yrigoyerismo en Uruguay.

13 *Ibid.*, p. 175.

14 *Ibid.*, p. 199-242.

15 En cuanto a la salida autoritaria el autor señala que “[b]uscaba restablecer el viejo modelo de ‘orden y progreso’; respecto a la salida reformista, explica que “esta salida incluyó Constituciones que se aventuraron en un sendero inusual en el marco de la historia de la región, combinando la introducción de derechos sociales con formas moderadas de presidencialismo”. Por su parte, sobre la salida populista afirma que ésta “procuró garantizar el desarrollo de la paz social a través de acuerdos entre clases sociales contrapuestas (generalmente por medio de arreglos políticos entre empleadores y trabajadores, mediados por el Estado)”; sobre la salida del pacto democrático excluyente observa que “las élites tra-

Antes de avanzar a la quinta etapa del constitucionalismo latinoamericano, nos detendremos en un capítulo que el autor titula “injertar derechos sociales en Constituciones hostiles a ellos”¹⁶.

Luego de entender el contexto histórico en que se sitúan estas reformas, este capítulo se centra en las consecuencias de injertar en constituciones basadas en un modelo liberal-conservador una disposición alineada con un modelo radical, y en las dificultades que este injerto tiene al no lograr acoplarse adecuadamente en la Constitución. Entre las muchas posibles interrogantes y dificultades, el autor reconoce al menos tres, lo que él llama “impacto interno”, la traducción constitucional y las cláusulas dormidas. A continuación, explicaremos brevemente cada una de ellas.

(a) En cuanto al impacto interno, el autor señala que hay que enfocarse no sólo en la repercusión que las reformas –o injertos– tienen en el mundo exterior, sino también en cómo afectan a la propia Constitución. Por ejemplo, cómo la introducción de una Corte Constitucional puede alterar la organización del poder al afectar las capacidades y potestades de la Corte Suprema preexistente.

(b) La segunda interrogante llevará al autor a considerar los problemas de traducción constitucional. El trasplante constitucional de instituciones del modelo radical a una constitución liberal-conservadora, genera dos “idiomas” o posibles lenguajes con los que es posible interpretar la Constitución: uno liberal-conservador y uno radical. Esta dificultad puede confundir los llamados a hacer vale la carta constitucional, esfuerzo que, según el autor, es subestimado.

(c) La tercera interrogante, que el autor examina, es la cláusula dormida, entendiendo por tal la generación de instituciones que, se sabe de antemano, será difícil poner en marcha. ¿Se debe apostar por las novedades, por ejemplo, en materia de derechos? ¿O se debe evitar transformar a la Constitución en “mera poesía”?

En este último punto, el autor vuelve a una de las incomodidades planteadas en la introducción de este texto: la inclusión de derechos sociales en las Constituciones, como principal enfoque en las reformas en Latinoamérica, que se convierten en cláusulas dormidas no ejecutables. El autor muestra su rechazo a

taron de garantizar la estabilidad política repartíendose el poder (y evitando la práctica, hasta entonces dominante, de boicotarse entre sí); y finaliza describiendo que con la salida socialista “se trataba de invertir las condiciones de 1880, para asegurar el triunfo de los sectores que en aquellos años habían quedado políticamente excluidos y económicamente marginados”. *Ibíd.*, p. 202.

16 *Ibíd.*, pp. 243-268.

la tozudez con la que los juristas presentan los derechos sociales como las cartas de triunfo de las reformas constitucionales. Señala que, a pesar de que la introducción de los derechos sociales ha sido- parcialmente- exitosa en la región, los injertos constitucionales no pueden basarse en una posibilidad razonable de cumplimiento, ni mucho menos podemos resignarnos a esperar años por ellos, cuando el tema en cuestión toca los derechos fundamentales

1.5. El constitucionalismo contemporáneo¹⁷

La última etapa de la historia del constitucionalismo latinoamericano nace marcada por el advenimiento de dictaduras y crisis políticas. El derecho constitucional aparece íntimamente ligado a cómo los distintos países del continente lidiaron con las dictaduras y sus consecuencias. El autor divide esta etapa histórica en cuatro secciones. La primera corresponde a la reacción directa al autoritarismo de los años 70, con el surgimiento de nuevas constituciones que buscaban dejar atrás el orden constitucional impartido en los gobiernos de facto. El autor aquí señala, como ejemplos, las constituciones de Brasil y Chile, deteniéndose en cómo nuestra Constitución batalló especialmente por desprenderse –tras varias reformas– de los legados de la dictadura.

La segunda sección se refiere a cambios constitucionales marcados por el temor a repetir los hechos trágicos del pasado, que llevó a los Estados a cambiar sus estructuras de poder, a generar barreras legales ante violaciones futuras a los derechos humanos, y a incluir tratados de derechos humanos en sus marcos normativos. La tercera sección del capítulo describe los preparativos que se realizaron en las Constituciones para arribar a los programas de ajuste económico de los años 90. Por último, la cuarta sección se ocupará del constitucionalismo que reaccionó frente a las consecuencias que dichos programas económicos generaron en la población.

Luego de la reflexión histórica, el autor desarrolla una profunda meditación sobre el estado actual de las constituciones, señalando que están en constante “tensión interna”¹⁸. Esta tensión emana de la contradicción –fruto de los injertos constitucionales tratados anteriormente– entre, por un lado, una “Constitución ansiosa de asegurar la imposición del orden, por otro lado, una Constitución preocupada porque cada paso dado sea conforme el pleno respeto de garantías y derechos. Por un lado, una Constitución que pone

¹⁷ *Ibíd.*, pp. 269-308.

¹⁸ *Ibíd.*, pp. 284 y ss.

trabas a la democracia, manteniendo una organización del poder verticalista y concentrada y, por otro, una Constitución que aspira a una democratización de la sociedad a través de la distribución de nuevos derechos y la expansión de derechos más tradicionales, los derechos políticos”¹⁹.

2. La sala de máquinas de la Constitución²⁰

La sala de máquinas²¹, o el entramado de instituciones que dan forma y hacen efectivo el poder político, es el punto de inicio del penúltimo capítulo de la obra de Gargarella. En este capítulo el autor ejemplifica la “tensión interna” planteada en el capítulo anterior (centralización del poder versus la expansión de derechos), se adentra en las dificultades de los constituyentes para entrar en “la sala de máquinas”, y expone algunas excepciones donde pequeños intentos de constitucionalismo han logrado implementar cambios en la máquina de controles.

El autor señala que al enfocarse tozudamente en los derechos, los constituyentes dejaron de lado la organización del poder. Esa omisión dejó el tratamiento de los aspectos de organización del poder a los grupos afines o directamente relacionados con el poder dominante.

Así, contrasta la omisión de los constituyentes de hoy con lo realizado por los arquitectos de las constituciones liberal-conservadoras, quienes se esmeraron en proteger las libertades y derechos más preciados (las libertades económicas y la propiedad, respectivamente) en la Constitución y para eso no dudaron en introducir modificaciones en la sala de máquinas. Por ejemplo, podemos notar la importancia que estos derechos tienen en nuestra propia Carta Constitucional.

Los reformistas de hoy deberían considerar que: “para introducir cambios sociales en la Constitución, es necesario tomar como prioritario el trabajo sobre el área que hoy justamente descuidan, la de la organización del poder.”

¿Quiénes –y cómo– lograron triunfar ante el conflicto de tener una sociedad cada vez más democrática y gobiernos de turno que buscan mantener un ordenamiento cerrado y verticalizado?

¹⁹ *Ibíd.*, p. 285.

²⁰ *Ibíd.*, 309-346.

²¹ Según el autor: “el área de la Constitución en la que se define cómo va a ser el proceso de toma de decisiones democrático”. *Ibíd.*, p. 333.

Como excepciones a este error fatal el autor considera como rupturas – aunque pequeñas– al cerrojo de la sala de máquinas, la Sala IV en Costa Rica (1989), la Corte Constitucional colombiana (1991) y las modificaciones al procedimiento de acceso a los tribunales.

La Sala IV de Costa Rica, introducida en 1989, buscaba dedicarse exclusivamente a cuestiones constitucionales y aunque nunca fue de interés del reformista generar el impacto que produjo, la forma absolutamente desformalizada en la que se podían presentar casos, la hiperactividad del tribunal, además de la actitud políticamente desafiante de sus integrantes, generó un cambio extraordinario en el acceso a la justicia: 200.000 casos en 19 años de funcionamiento, casi todos amparos que fueron resueltos por la cuarta sala.

El caso de la Corte Constitucional colombiana introducida en el año 1991 es similar, pero con una importante diferencia: la Constitución colombiana fue producto de una asamblea de diversos representantes, siendo para muchos la primera Constitución de consenso genuino y no de meros acuerdos políticos. A pesar de todo, la Corte tampoco generó grandes expectativas, especialmente por la historia del poder judicial colombiano, independiente pero deferente al poder político.

Ambos ejemplos, según el autor, demuestran algo ya conocido por países como Sudáfrica: la desformalización de las acciones judiciales genera una nueva relación entre los individuos y el sistema judicial. Estos cambios, que provocan a su vez mayor litigiosidad, devienen en una preocupación mayor de los tribunales (ahora acosados por demandas de sectores menos aventajados, que antes no accedían al sistema judicial) en la protección de los derechos sociales y económicos.

A pesar del inmenso adelanto que estos países han generado, esta no es la única forma de introducir cambios en el cerrojo de la sala de máquinas, por lo que la última parte del libro de Gargarella se dedica a responder la pregunta: ¿qué hemos aprendido de dos siglos de constitucionalismo?

3. Comentarios finales

No es común terminar una reseña con un comentario final, y sin embargo me veo obligada, debido al impresionante trabajo que este libro supone, al menos a invitar a reflexionar sobre la enseñanza del derecho constitucional latinoamericano en nuestras escuelas. Este libro presupone repensar toda

nuestra visión de la Constitución (tan basada en hitos lejanos como la Revolución Francesa y la Independencia de Estados Unidos) y de paso las reformas que nuestro país planea llevar a cabo. Para conseguir ese objetivo y no cometer los errores de hace 200 años, parece necesario –tal vez indispensable– leer el libro de Gargarella y comprender los fenómenos históricos, socioculturales y legales que llevaron a nuestros antepasados a dejar con llave la sala de máquinas, y más importante aún, tener la posibilidad de decidir, con esta información tan valiosa a mano, si es ese el tipo de proceso fundacional que queremos llevar a cabo.

**CATÁLOGO DE
PUBLICACIONES
2015**

CATÁLOGO DE PUBLICACIONES

2015

Aileen Larraín L.¹

María Soledad Molina O.²

Con la asistencia de

Constanza Norambuena A.³ y Nicolás Álvarez C.^{4,5}

Introducción

La constante necesidad de intercambiar conocimientos y fortalecer el marco jurídico en el que nos desenvolvemos, tiende a que año a año sea mayor la producción jurídico-intelectual en nuestro país.

En ello, juegan un rol importante los distintos actores del derecho por cuanto las elaboraciones doctrinarias son fruto de un trabajo conjunto entre académicos, estudiosos del derecho y la colaboración de sus alumnos(as), entre otros.

Es así como en esta quinta edición del Anuario de Derecho Público, es posible observar una gran diversidad de temas contingentes abordados desde la óptica del Derecho Público, que reflejan el avance de la discusión en nuestro país. Para este equipo de trabajo, es importante plasmar la sistematización de la información existente, pues ello siempre ayudará a que año a año, el nivel y/o la cantidad de las publicaciones, aumente

1. Objetivo

Durante estos cuatro años de trabajo, nuestro móvil principal ha sido posicionar al catálogo del Anuario de Derecho Público UDP como un instrumento

1 Abogada. Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la Universidad Diego Portales.

2 Abogada. Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la Universidad Diego Portales.

3 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales y candidata a Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la misma institución.

4 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales.

5 El trabajo final estuvo bajo la supervisión de Tamara Carrera, Secretaria de Redacción del Anuario de Derecho Público y Javier Couso, Director de la misma.

de simplificación de búsqueda de todos los actores involucrados e interesados en las diversas áreas del Derecho Público, reuniendo en un solo lugar las innumerables publicaciones concebidas durante el año 2014.

Esto a su vez, contribuye al estudio informado y profundizado de los agentes del derecho. Así, el catálogo trae aparejado un segundo objetivo, cual es 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 Políticas⁶.

(iv) Luego, se realizó la pesquisa de Reportes de Organizaciones Internacionales acerca de Chile, tales como: Comisión Interamericana de Derechos

6 Listado disponible en http://www.conicyt.cl/fondecyt/files/2012/11/articles-40547_editorial.pdf

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 rotulados⁷, así como también por los nombres de los autores que frecuentemente publican en el área, excluyendo aquellos artículos relacionados con el derecho privado.

Este año, hemos definido como criterio incorporar las nuevas ediciones de un libro ya publicado, siempre que hayan transcurrido a lo menos tres años entre la última y la nueva edición. Dicho criterio cuantitativo pretende incorporar solo aquellas nuevas ediciones en las que sea posible encontrar información adicional a aquella contenida en la edición anterior.

Por otra parte, durante la búsqueda fue posible encontrar publicaciones de un mismo autor en editoriales distintas. Frente a ello, el catálogo sólo cumple la función descriptiva de plasmar todo lo que se encuentra disponible y por ello se incorporan todas las publicaciones que se encuentren.

Asimismo, se encontraron libros de ediciones anteriores, pero que en el año 2014 fueron publicados como artículo de bolsillo. Ellos fueron incorporados en la sección correspondiente a fin de plasmarlo como una publicación.

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 aumentó durante el año 2014, debido a la relevancia que tiene el Derecho Público a nivel nacional. Debemos enfatizar particularmente el aumento de artículos publicados, sobre todo a través de sitios electrónicos como los mencionados precedentemente.

⁷ 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.

Este año, se consolidó el criterio de clasificación implementado en la cuarta versión del Anuario de Derecho Público, respecto a la subdivisión por materia –constitucional, administrativo e internacional–, publicada en relación a los libros (I), capítulos de libros (II), artículos académicos (III), y reportes de organizaciones internacionales y nacionales acerca de Chile (IV).

4. Conclusiones

El resultado de la investigación arroja, 314 artículos académicos, 60 capítulos de libros sobre Chile de publicación nacional, 14 reportes sobre Chile, 88 libros publicados en Chile durante el año 2014.

Cuadro comparativo de resultados⁸

	2010	2011	2012	2013			2014		
Libros publicados en Chile	35	70	67	71			88		
				38	23	10	55	25	8
				Constitucional	Administrativo	Internacional	Constitucional	Administrativo	Internacional
Artículos académicos	242	316	273	256			314		
				136	53	67	147	69	98
				Constitucional	Administrativo	Internacional	Constitucional	Administrativo	Internacional
Reportes sobre Chile	--	36	5	12			14		

⁸ Se consigna que en esta versión, la sección de libros sobre Chile publicados en el extranjero que, durante el año 2014, había absorbido la sección de capítulos de libros publicados en el extranjero, ha sido eliminada.

Capítulos de Libros publicados en Chile	--	--	184	52			60		
				31	5	16	36	10	14
				Constitucional	Administrativo	Internacional	Constitucional	Administrativo	Internacional

El trabajo realizado por el equipo de investigación tiene por objeto incorporar todo lo publicado en materia de Derecho Público en Chile, con la mayor acuciosidad y pulcritud. Sin embargo, puede existir un margen de error a pesar que la labor realizada y la metodología seguida tienen como objeto minimizarlo⁹.

Con todo lo anterior, los invitamos a conocer el catálogo de publicaciones del año 2015.

⁹ Tal como en las versiones anteriores, solicitamos a toda la comunidad jurídica, que 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

1.1 Derecho Constitucional

1. Aguayo, Cristián y Skoknic, Ivo, *Fiscalización Laboral y Reclamo de Multas Administrativas*, Segunda Edición, (Libromar), 2014.
2. Aguilar, Gonzalo [Coord.], *Diálogo entre jurisdicciones*, (Librotecnia), 2014.
3. Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Gobierno presidente de la república libro homenaje al profesor Hernán Molina Guaita*, (Editorial Jurídica de Chile), 2014.
4. Atria, Fernando, *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*, (LOM Ediciones), 2014.
5. Ayala, José Luis, *Duda razonable. Racionalidad en la convicción penal*, (Librotecnia), 2014.
6. Bassa, Jaime, *Elementos para una teoría constitucional democrática*, (Librotecnia), 2014.
7. Blanco, Claudio, *Acoso laboral y procedimiento de tutela*, (El Jurista), 2014.
8. Bustos, Ricardo, *Jurisprudencia sobre el Recurso de Unificación de Jurisprudencia Laboral*, (Libromar), 2014.
9. Bustos, Rodrigo, *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*, (Librotecnia), 2014.
10. Castillo, Cristián, *La Prueba Ilícita en el Procedimiento de Tutela Laboral*, (Libromar), 2014.
11. Contreras, Pablo, *Secretos de Estado. Transparencia y Seguridad Nacional*, (Thomson Reuters) 2014.
12. Couso, Javier [Director], *Anuario de Derecho Público 2014*, (Ediciones UDP), 2014.
13. Cristi, Renato y Ruiz-Tagle, Pablo, *El constitucionalismo del miedo*, (LOM Ediciones), 2014.
14. Díaz, Luis; Matus, Laura; Olavarría, Óscar y Pantoja, Andrea, *Temas de Derecho del Trabajo*, (Libromar), 2014.
15. Fabio, Pascua, *Fuentes y control del derecho parlamentario y de la administración parlamentaria*, (Tribunal Constitucional), 2014.
16. Fermandois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico, Tomo II Regulación, tributos y propiedad*, (Ediciones UC), 2014.

17. Figueroa, Rodolfo, *Privacidad*, (Ediciones UDP), 2014.
18. Figueroa, Sebastián, *Hart en la teoría del derecho contemporánea*, (Ediciones UDP), 2014.
19. Fukuyama, Francis, *Political order and political decay: from the industrial revolution to the globalization of democracy*, (Farrar, Straus and Giroux), 2014.
20. Gamonal, Sergio, *El ABC del Contrato de Trabajo*, (Libromar), 2014.
21. García, Gonzalo y Contreras, Pablo, *Diccionario Constitucional Chileno*, (Tribunal Constitucional), 2014.
22. García, José Francisco, *¿Nueva Constitución o reforma? nuestra propuesta: evolución constitucional*, (Legal Publishing), 2014.
23. García, Leonardo [Ed.], *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, (Editora y Librería Jurídica Grijley), 2014.
24. Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, (Katz), 2014.
25. Gargarella, Roberto, *The Legal Foundations of Inequality. Constitutionalism in the Americas, 1776–1860*, (Cambridge University Press), 2014.
26. Iglesias, Marisa [Coord.], *SELA 2013: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, (Librería), 2014.
27. Jiménez, Fernando, *Derecho Constitucional*, (Editorial de la Universidad Católica de Santísima Concepción), 2014.
28. Legal Publishing, *Cuadernos de Extensión Jurídica: Recopilación Temática de Textos 1996-2013*, (Legal Publishing), 2014.
29. Lira, Elizabeth y Loveman, Brian, *Poder judicial y conflictos políticos (Chile: 1925-1958)*, (LOM Ediciones), 2014.
30. Llambías, Jaime, *Los nuevos desafíos para América Latina: economía, equidad, participación y desarrollo*, (RIL Editores), 2014.
31. Lupo, Nicola y Scaffardi, Lucia, *Comparative law in legislative drafting: the increasing importance of dialogue amongst parliaments*, (Eleven International Publishing), 2014.
32. Millaleo, Salvador; Oyanedel, Juan Carlos; Palacios, Daniel y Rojas, Hugo [eds.], *Sociología del derecho en Chile*, (Ediciones Universidad Alberto Hurtado), 2014.
33. Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional Chileno. Tomo III*, (Legal Publishing), 2014.

34. Noguera, Albert, *La igualdad ante el fin del estado social*, (Ediciones Sequitur), 2014.
35. Núñez, Cayetano, *Prevención de riesgos laborales en Chile*, (Librotecnia), 2014.
36. Núñez, José Ignacio [Coord.], *Teoría Constitucional*, (Ediciones Universidad Finis Terrae), 2014.
37. O'Donoghue, Aoife, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, (Cambridge University Press), 2014.
38. Palma, Eduardo, *En defensa de la educación pública, del derecho a la educación y la legalidad universitaria*, (Ediciones LOM), 2014.
39. Palomo, Rodrigo [Coord.], *La Organización sindical en Chile; XX Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (Librotecnia), 2014.
40. Paredes, Felipe, *La Garantía Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*, (Legal Publishing), 2014.
41. Pérez, Carlos [Coord.], *El Derecho Humano al Debido Proceso*, (Tirant lo Blanch), 2014.
42. Planet, Lucía, *Semana Corrida*, (Thomson Reuters), 2014.
43. Pozo, Nelson, *Razonamiento judicial*, (Librotecnia), 2014.
44. Rojas, Irene [Coord.], *La Negociación Colectiva en Chile*, (Libromar), 2014.
45. Silva, María Pía y Henríquez, Miriam [Eds.], *Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales*, (Legal Publishing), 2014.
46. Stuken, Ana María [Ed.], *Religión y República: Historia y Proyecciones de un Debate Contemporáneo*, (Ediciones UDP), 2014.
47. Szmulewicz, Esteban [Director], *Informe de Justicia Constitucional 2013*, (Ediciones Jurídicas de Santiago), 2014.
48. Tobar, Guillermo [Ed.], *IV Seminario Internacional de Bioética: Reflexiones en torno a la bioética*, (Ediciones Universidad Finis Terrae), 2014.
49. Tórtora, Hugo y Jordán, Tomás, *Estudios para una Nueva Constitución*, (Libromar), 2014.
50. Ugarte, José Luis, *Derecho del Trabajo: Invención, Teoría y Crítica*, (Thomson Reuters), 2014.
51. Vial, Tomás [Ed.], *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014*, (Ediciones UDP), 2014.
52. Vivanco, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Orgánicos de la Carta Fundamental de 1980. Tomo III*, (Ediciones UC), 2014.

53. Vivanco, Ángela, *Disposición sobre la vida humana y principios constitucionales: análisis del caso chileno*, (Ediciones Universidad Santo Tomás), 2014.
54. Walker, Francisco y Arellano, Pablo, *Derecho de las Relaciones Laborales. Un Derecho Vivo*, (Librotecnia), 2014.
55. Zúñiga, Francisco, *Nueva Constitución y momento constitucional: visiones, antecedentes y debates*, (Legal Publishing), 2014.

1.2 Derecho Administrativo

1. Aimone, Enrique, *Actividades económicas reguladas*, (Thomson Reuters), 2014.
2. Arancibia, Jaime y Alarcón, Pablo, *Sanciones Administrativas*, (Legal Publishing), 2014.
3. Araya, Gonzalo, *Reforma tributaria MIPYME: nuevo artículo 14 ter, incorporado por la Ley N° 20.780*, (Legal Publishing), 2014.
4. Avilés, Víctor, *Legalidad tributaria y mecanismos antielusión*, (Editorial Jurídica de Chile), 2014.
5. Barroilhet, Claudio, *Derecho Marítimo*, (Librotecnia), 2014.
6. Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo general*, (Legal Publishing), 2014.
7. Bermúdez, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, (Libromar), 2014.
8. Cheyre, Juan Emilio y Cobo, Nicolás [Eds.], *Transparencia en Chile: logros y desafíos a cinco años de vigencia de la ley*, (Orjikh Editores Limitada), 2014.
9. Contraloría General de La República, *Ley N° 18.834. Sobre Estatuto Administrativo*, (Libromar), 2014.
10. Cordero, Eduardo, *Derecho administrativo sancionador: bases y principios en el derecho chileno*, (Legal Publishing), 2014.
11. Escobar, Patricio, *Manual de capacitaciones sobre remuneraciones docentes*, (Libromar), 2014.
12. Hervé, Dominique [Directora], *Jurisprudencia Administrativa y Judicial Sobre Recursos Naturales*, (Legal Publishing), 2014.
13. Lastra, Carolina, *Tratado de jurisprudencia de Derecho Administrativo. Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado Interpretada*, (Legal Publishing), 2014.

14. Matute, Claudio, *Expropiaciones regulatorias*, (Thomson Reuters), 2014.
15. Montenegro, Sergio; Aranda, Jorge; Insunza, Ximena; Moraga, Pilar y Uriarte, Ana Lya [Eds.], *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental: recursos naturales: ¿sustentabilidad o sobreexplotación?*, (Thomson Reuters), 2014.
16. Moya, Francisca, *El Principio de Precaución: Un Estudio sobre el Modelo Europeo de Control de Riesgo*, (Thomson Reuters), 2014.
17. Orellana, Juan Pablo y Deutsch, Pedro, *Tributación de la Minería en Chile*, (Legal Publishing), 2014.
18. Peña, Sergio, *Jurisprudencia Ambiental*, (Editorial Metropolitana), 2014.
19. Poblete, Julia, *Ley de Bases y Estatuto Administrativo*, (Librotecnia), 2014.
20. Reyes, Miguel Ángel, *Medios de Prueba: situación comparativa entre los procedimientos civiles y contencioso-administrativos en Chile y derecho comparado*, (Librotecnia), 2014.
21. Ríos, Rodrigo y González, Rodrigo, *Manual de Derecho Aduanero*, (Libromar), 2014.
22. Rojas, Christian, *Las Potestades Administrativas en el Derecho chileno*, (Libromar), 2014.
23. Silva, Rodrigo, *Manual de Tribunales Ambientales*, (Editorial Jurídica de Chile), 2014.
24. Soto, Eduardo [Coordinador], *Administración y derecho: homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, (Legal Publishing), 2014.
25. Vargas, Rafael, *Jurisprudencia Ambiental. Casos Destacados 2013-2014*, (Metropolitana), 2014.

1.3 Derecho Internacional

1. Bonilla, Daniel, *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, (Cambridge University Press), 2014.
2. Canelo, Carola, *Derecho procesal internacional*, (Editorial Jurídica de Chile), 2014.
3. Dothan, Shai, *Reputation and Judicial Tactics. A Theory of National and International Courts*, (Cambridge University Press), 2014.

4. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*, (Naciones Unidas), 2014.
5. Nogueira, Humberto, *La Protección de los DD.HH. y Fundamentales de Acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los DD.HH.*, (Librotecnia), 2014.
6. Nogueira, Humberto y Galdámez, Liliana, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Ante los DD.HH. y el Derecho Constitucional Extranjero*, (Librotecnia), 2014.
7. Oficina Internacional del Trabajo, *Las reglas del juego: una breve introducción a las normas internacionales del trabajo*, (Oficina Internacional del Trabajo), 2014.
8. Picand, Eduardo, *Estudios de arbitraje: libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, (Legal Publishing), 2014.

2. CAPÍTULOS DE LIBROS PUBLICADOS EN CHILE

2.1 Derecho Constitucional

1. Aguirre, Federico y Bustos, Rodrigo, “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”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
2. Aldunate, Eduardo, “De los derechos sociales de prestación al gobierno aristocrático: Una discusión sobre el concepto de derechos sociales y su exigibilidad ante los tribunales”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
3. Álvarez, Juan José y Vial, Tomás, “Homoparentalidad en Chile y derechos humanos”, en Vial, Tomás [Ed.], Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales), 2014.
4. Ansoleaga, Elisa y Valenzuela, Ester, “Derecho a la salud mental en Chile: La infancia olvidada”, en Vial, Tomás [Ed.], Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales), 2014.
5. Carrera, Tamara, “Tradiciones de libertad de expresión tras el concepto de pluralismo en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre televisión digital”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
6. Casas, Lidia y Lagos, Catalina, “Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos”, en Anuario de Derechos Humanos, N° 10, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2014.
7. Casas, Lidia y Olea, Helena, “Trabajadoras de casa particular: Invisibilizadas y discriminadas”, en Vial, Tomás [Ed.], Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales), 2014.
8. Castro, Ery, “La elección de autoridades judiciales como aporte al nuevo constitucionalismo boliviano y latinoamericano”, Anuario de Derecho

- Constitucional Latinoamericano, Año XX, (Konrad Adenauer Stiftung), 2014.
9. Coddou, Alberto y Contreras, Pablo, “Nueva constitución y asamblea constituyente: La experiencia de “Marca Tu Voto””, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
 10. Collins, Cath, “¿Una nueva medida de lo posible? Verdad, justicia, memoria y reparaciones posdictadura”, en Vial, Tomás [Ed.], Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales), 2014.
 11. Couso, Javier y Beltrán y Puga, Alma, “Apuntes sobre el principio ne bis in idem”, en *El derecho humano al debido proceso: Sus dimensiones legal, constitucional y convencional*, (Tirant Lo Blanch, México), 2014.
 12. Couso, Javier, “Radical Democracy and the New Latin American Constitutionalism”, en SELA 2013, (Librería, Buenos Aires), 2014.
 13. Couso, Javier, “Religión y República en la era de las Teocracias Constitucionales: El caso de Chile”, en *Religión y República: Historia y Proyecciones de un Debate Contemporáneo*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
 14. De la Maza, Camila y Riveros, María Paz, “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: Política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”, en Vial, Tomás [Ed.], Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales), 2014.
 15. De la Mora, Diego y Pulido, Miguel, “Información presupuestaria y derechos económicos, sociales y culturales: lo procedimental es normativo”, en Anuario de Derechos Humanos, N° 10, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2014.
 16. Espinoza, Alexander, “La competencia del Gobierno para emitir declaraciones públicas y la libertad de expresión de los funcionarios públicos. Alemania, Venezuela y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XX, (Konrad Adenauer Stiftung), 2014.
 17. Espinoza, Olga; Martínez, Fernando y Sanhueza, Guillermo, “El impacto del sistema penitenciario en los derechos humanos: La percepción de las personas privadas de libertad”, en Vial, Tomás [Ed.], Informe Anual

- sobre Derechos Humanos en Chile 2014, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales), 2014.
18. Farrera, Gonzalo, “Constitución y afrodescendencia: la constitucionalización de la afrodescendencia en América Latina”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XX, (Konrad Adenauer Stiftung), 2014.
 19. Galdámez, Liliana; Salazar, Pedro; Sierra, Humberto y Rojas, Farit, “Reforma Constitucional y Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 10, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2014.
 20. Godoy, Rodrigo y von der Hunt, Marcel, “Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 10, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2014.
 21. González, Juan Andrés y Martínez, José Ignacio, “La regulación del lobby. Aciertos y desaciertos de la Ley 20.730”, en Couso, Javier [Director], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
 22. Hernández, Domingo, “Parámetros sobre el derecho a la protesta social y garantías constitucionales. El caso chileno”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XX, (Konrad Adenauer Stiftung), 2014.
 23. Jara, Camilo, “Derecho a la privacidad, libertad de expresión e interés público: el caso Cordero con Lara y otros”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 10, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2014.
 24. Jiménez, Guillermo, “Constitucionalización de los derechos sociales: Lecciones desde el Reino Unido”, en Couso, Javier [Director], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
 25. Lagos, Víctor Hugo y Rojas, Óscar, “Derechos de los migrantes y refugiados”, en Vial, Tomás [Ed.], *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales), 2014.
 26. Lorenzetti, Ricardo, “La evolución del derecho constitucional ambiental en América Latina”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XX, (Konrad Adenauer Stiftung), 2014.

27. Mewes, Ignacia, “Medio ambiente y derechos humanos: Organismos genéticamente modificados y derechos del obtentor vegetal”, en Vial, Tomás [Ed.], Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales), 2014..
28. Nogueira, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución chilena vigente”, en Couso, Javier [Ed.], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
29. Palma, Rosario y Sandrini, Renata, “Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del propio derecho indígena en delitos de violencia intrafamiliar”, en Anuario de Derechos Humanos, N° 10, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2014.
30. Pou, Francisca, “El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?”, en Anuario de Derechos Humanos, N° 10, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2014.
31. Ramos, Liliana y Muñoz, María del Pilar, “El derecho a una educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile”, en Vial, Tomás [Editor], Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales), 2014.
32. Varas, Karla y Toledo, César, “La huelga, un derecho fundamental”, en Vial, Tomás [Editor], Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales), 2014.
33. Vargas, Juan Enrique, “Nombramientos y promociones judiciales: ¿Es realmente la política el problema?”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
34. Veronese, Alexandre; Val, Eduardo y Bello, Enzo, “Notas comparativas sobre las recientes reformas en el control de constitucionalidad en Chile, Argentina y Brasil”, em Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XX, (Konrad Adenauer Stiftung), 2014.
35. Vial, Tomás, “El igual derecho constitucional de ingreso al país de los extranjeros: Comentario a la sentencia Rol 2.273 del Tribunal Constitucional”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
36. Zúñiga, Francisco, “Comentario en torno a la sentencia en causa Rol 2.081-II, sobre requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 206

del Código Civil, del 21 de marzo de 2013”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.

2.2 Derecho Administrativo

1. Barros, Alonso y Schönsteiner, Judith, “Diligencia debida: Proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos”, en Vial, Tomás [Ed.], Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales), 2014.
2. Cordero, Luis, “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”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
3. Infante, Paloma, “Principales desafíos de la Superintendencia del Medio Ambiente a un año de su entrada en funcionamiento”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
4. Insunza, Ximena, “Punta Alcalde: El riesgo de extender los límites”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
5. Núñez, Manuel, “La consulta indígena en el procedimiento de calificación ambiental: Desarrollo reglamentario y configuración judicial”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
6. Plumer, Marie Claude, “Las Concesiones Turísticas en las Áreas Protegidas: Un instrumento a considerar, bajo ciertas condiciones”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
7. Reyes, Francisca, “Las cortes y los conflictos socio ambientales: ¿Quo vadis poder judicial?”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.

8. Rivas, Antonia, “Territorios indígenas y política pública de entrega de tierra en Chile”, en Vial, Tomás [Ed.], Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014, (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales), 2014.
9. Soto, Pablo, ““Huida” ilegal del derecho administrativo: Las fundaciones de la Presidencia de la República y la Ley de Transparencia”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
10. Vergara, Alejandro, “El nuevo paradigma de jurisdicción administrativa pluriforme e hiperespecializada: Crónica de una espera, como la de Godot”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2014.

2.3 Derecho Internacional Público

1. Arango, Mónica, “Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto B. con El Salvador y el fortalecimiento de la protección de los derechos reproductivos en el sistema interamericano”, en Anuario de Derechos Humanos, N° 10, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2014.
2. Barrientos, Oscar y Espinal, Rober, “Piso de protección social: doctrina contemporánea desarrollada por la Organización Internacional del Trabajo, herramienta clave para promover condiciones favorables en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XX, (Konrad Adenauer Stiftung), 2014.
3. Bazán, Víctor, “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencia”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XX, (Konrad Adenauer Stiftung), 2014.
4. Calderón, Jorge, “Fortalecimiento del rol de la CIDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias y planteamiento de reparaciones ante la Corte IDH”, en Anuario de Derechos Humanos, N° 10, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2014.

5. Cárdenas, Fabián, “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”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
6. Fuentes, Ximena, “Comentario a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Perú contra Chile”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
7. Guevara, José Antonio, “La Corte Penal Internacional y América Latina y el Caribe”, en Anuario de Derechos Humanos, N° 10, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2014.
8. López-Jacoiste, Eugenia y Binder, Christina, “El conflicto armado en Siria a la luz del Derecho Internacional”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
9. Macari, María Ignacia; Rojas, Cristóbal; Vergara, Adrián y Schönsteiner, Judith, “Reseña de la jurisprudencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos durante 2013”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
10. Olásolo, Héctor, “Los exámenes preliminares de la Corte Penal Internacional en América Latina: el caso colombiano y su impacto sobre futuras negociaciones de paz en la región”, en Anuario de Derechos Humanos, N° 10, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2014.
11. Salmón, Elizabeth, “Una buena noticia para todos: Perú y Chile ante la Corte Internacional de Justicia”, en Couso, Javier [Director], Anuario de Derecho Público, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.
12. Sodero, Eduardo, “Los desafíos del positivismo de los derechos humanos. El sistema internacional de protección de los derechos humanos: ¿la pesadilla y el doble sueño?”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XX, (Konrad Adenauer Stiftung), 2014.
13. Soria, Paloma, “Estrategias para la búsqueda de justicia por crímenes internacionales de género: el caso Ríos Montt”, en Anuario de Derechos Humanos, N° 10, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2014.

14. Wattier, Stéphanie, “La Corte Europea de Derechos Humanos y la protección de la autonomía de las comunidades religiosas: análisis del caso Sindicatul Pastorul cel Bun con Rumania”, en Anuario de Derechos Humanos, N° 10, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2014.

3. ARTÍCULOS ACADÉMICOS

3.1 Derecho Constitucional

1. Abellá, María Ángeles, “Republicanismo contemporáneo y representación. Una ineludible convergencia”, en *Revista Política*, Vol. 52, N° 1, (Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile), 2014.
2. Aguilar, Gonzalo, “Los derechos humanos y el orden objetivo de valores como parámetro de control: La posición del voto por acoger comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional que recae sobre las normas que permiten modificar unilateralmente el precio base del plan de salud”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
3. Alvarado, Claudio, “Algunas consideraciones sobre la propuesta de despenalizar ciertos casos de interrupción voluntaria del embarazo”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 5, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo), 2014.
4. Alvear, Julio, “El constitucionalismo como mitología política. Consideraciones a propósito de la propuesta de ‘Nueva Constitución de Michelle Bachelet’”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 29, (Universidad del Desarrollo), 2014.
5. Arellano, Pilar, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca del artículo 8° de la Constitución Política: equilibrio entre el mandato constitucional de Publicidad y las causales de reserva y secreto”, en *Revista de Derecho Público*, N° 80, (Universidad de Chile), 2014.
6. Atria, Fernando y Salgado, Constanza, “Lo público del dinero”, en *Revista Mensaje*, N° 634, (Compañía de Jesús), 2014.
7. Atria, Fernando y Salgado, Constanza, “Sobre la ciudadanía y su insignificancia en Chile”, en *Revista Mensaje*, N° 626, (Compañía de Jesús), 2014.
8. Avilés, Víctor, “Relación entre el sistema electoral y el sistema de gobierno en el contexto del actual debate social y constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
9. Avilés, Víctor, “Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en requerimiento de inaplicabilidad ‘Santa Beatriz’. STC Rol N° 2299/12, de 29

- de marzo de 2014”, en Revista de Derecho Público, N° 80, (Universidad de Chile), 2014.
10. Ayuso, Miguel, “El desgobierno de los jueces”, en Revista de Derecho Público, N° 81, (Universidad de Chile), 2014.
 11. Ayuso, Miguel, “El problema de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos”, en Revista Ius Publicum, N° 33, (Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás), 2014.
 12. Badtke, Ricardo, “El presidente del Senado chileno: perspectiva normativa y práctica”, en Revista Hemiciclo, Vol. 6, N° 10, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.
 13. Bañados, Felipe, “El valor de los Derechos Humanos en nuestra crisis democrática”, en Revista Mensaje, N° 634, (Compañía de Jesús), 2014.
 14. Barrientos, Mario, “Constitucionalización del Orden Público Laboral”, en Revista Laboral Chilena, N° 225, 2014.
 15. Becerra, Katherine, “Democracia y exclusión: un contrasentido del sistema”, en Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Vol. 5, N° 3, (Universidad Católica de Temuco).
 16. Bernal, Julia, “Esterilización quirúrgica en menores de edad (Corte Constitucional de Colombia)”, en Revista de Derecho, Vol. 27, N° 2, (Universidad Austral de Chile) 2014.
 17. Bordalí, Andrés, “El recurso de protección: todavía un fantasma jurídico (Tribunal Constitucional)”, en Revista de Derecho, Vol. 27, N° 2, (Universidad Austral de Chile) 2014.
 18. Buchholtz, Alejandra, “Repensar la ciudadanía”, en Revista Libertad y Desarrollo, N° 253, (Instituto Libertad y Desarrollo) 2014.
 19. Bustos, Roberto y Fuentes, Lidia, “TIC en el Senado”, en Revista Hemiciclo, Vol. 6, N° 11, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.
 20. Caamaño, Eduardo y Ugarte, José Luis, “El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales”, en Revista Ius et Praxis, Vol. 20, N° 1, (Universidad de Talca), 2014.
 21. Camacho, Gladys, “Constitución y transparencia”, en Revista de Derecho Público, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
 22. Camacho, Gladys, “La protección de datos como frontera del derecho de acceso a la información en la legislación chilena”, en Revista de Gestión Pública, Vol. 3, N° 1, (Centro de Estudios en Gestión y Política Pública, Universidad de Santiago de Chile), 2014.

23. Campusano, Raúl y Rodríguez, Tomás, “Régimen jurídico de la naturaleza en la Constitución de Ecuador”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 30, (Universidad del Desarrollo), 2014.
24. Candia, Gonzalo, “Analizando la tesis de los derechos implícitos: Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014”, en *Revista de Derecho*, Vol. 21, N° 1, (Universidad Católica del Norte –Coquimbo-), 2014.
25. Carmona, Carlos, “Discurso del presidente del Tribunal Constitucional: 29 de agosto de 2014”, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (Universidad de Chile), 2014.
26. Carmona, Carlos, “Las reformas a la Constitución entre 1989 y 2013”, en *Revista de Derecho Público*, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
27. Carvajal, Rodrigo, “El respeto a la dignidad en la determinación judicial de la pena: el caso del abono en causa diversa”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 12, (Universidad de Viña del Mar), 2014.
28. Casanova, Carlos, “Título y justificación de la propiedad”, en *Revista Ars Boni et Aequi*, Año 10, N° 2, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2014.
29. Cazor, Kamel, “Los alcances de la legislación delegada en Chile y su control jurisdiccional”, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (Universidad de Chile), 2014.
30. Cea, Sergio y Morales, Patricio, “Las fuerzas armadas en la Constitución Política de la República de Chile”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 5, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo), 2014.
31. Cisternas, María Soledad, “Discapacidad e inclusión social: una cuestión de derechos”, en *Revista Hemiciclo*, Vol. 6, N° 10, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.
32. Contreras, Constanza, “Constitucionalidad de las acciones positivas, especialmente en su modalidad de discriminación positiva o inversa, en materia laboral”, en *Revista Laboral Chilena*, N° 230, 2014.
33. Contreras, Pablo, “Una tesis para entender la medida de la pena en los casos de reiteración de delitos de la misma especie: análisis de las reglas penológicas contenidas en el artículo 351 del Código Procesal Penal a la luz del Principio de Proporcionalidad Constitucional”, en *Revista Política Criminal*, Vol. 9, N° 18, (Universidad de Talca), 2014.

34. Correa Sutil, Jorge, “Una nueva Constitución: desafíos críticos”, en *Revista Mensaje*, N° 626, (Compañía de Jesús), 2014.
35. Covarrubias, Ignacio, “¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
36. Covarrubias, Ignacio, “¿Puede la dignidad humana ser un principio comúnmente compartido en materia de adjudicación constitucional?”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 29, (Universidad del Desarrollo), 2014.
37. Dávila, Johnny, “Derechos humanos en tanto derechos morales: dos concepciones”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 20, N° 2, (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca), 2014.
38. Delgado-Güembes, César, “¿Qué deficiencias políticas se trasladan al escenario parlamentario en el Perú?”, en *Revista Hemiciclo*, Vol. 6, N° 10, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.
39. Díaz de Valdés, José, “La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados”, en *Revista de Derecho*, Vol. 42, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
40. Díaz de Valdés, José, “Reflexiones sobre una eventual Asamblea Constituyente”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 29, (Universidad del Desarrollo), 2014.
41. Díaz, Carlos y Facuse, Nicolás, “El desarrollo jurisdiccional del concepto de amenaza como presupuesto procesal para la procedencia de la acción de protección”, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (Universidad de Chile), 2014.
42. Díaz, Enrique, “El pluralismo político como valor constitucional. El tratamiento español”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 5, N° 3, (Universidad Católica de Temuco), 2014.
43. Díaz, Gustavo, “Educación para la ciudadanía y participación electoral en un contexto de voto voluntario”, en *Revista Política*, Vol. 52, N° 1, (Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile), 2014.
44. Díaz, Iván, “La uniformidad jurisprudencial, herramienta del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 5, N° 3, (Universidad Católica de Temuco), 2014.
45. Díaz, José, “En torno a la erosión del Estado de Derecho. Las primeras medidas del gobierno de Salvador Allende: entre el miedo y la polémica”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 5, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo), 2014.

46. Díaz, Marcela, “Legitimación activa de la Inspección del Trabajo en juicios de tutela de Derechos Fundamentales”, en *Revista Laboral Chilena*, N° 226, 2014.
47. Duque, Catalina, “Consideraciones jurisprudenciales sobre las garantías constitucionales contenidas en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, relacionadas con los delitos de pornografía infantil”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 59, (Ministerio Público), 2014.
48. Etcheberry, Alfredo, “Designación de miembros de la Corte Suprema: Un sistema inadecuado”, en *Revista del Abogado*, N° 60, (Colegio de Abogados de Chile), 2014.
49. Faúndez, Juan y Díaz, Iván, “Examen de proporcionalidad de la huelga de hambre de personas privadas de libertad y su alimentación forzada a la luz de la jurisprudencia”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
50. Fernández, José, “Tribunal Constitucional y Derecho Penal: Un estudio crítico”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
51. Fernández, Miguel, “El pluralismo como desafío del Derecho Constitucional contemporáneo”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 5, N° 3, (Universidad Católica de Temuco), 2014.
52. Fernández, Miguel, “El principio constitucional de excusabilidad”, en *Revista de Derecho Público*, N° 80, (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2014.
53. Flores, Juan, “Derecho a la educación. Su contenido esencial en el Derecho chileno”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
54. Flores, Juan, “El derecho a la educación en el derecho chileno”, en *Revista Ius Publicum*, N° 33, (Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás), 2014.
55. Freire, Nicolás, “Las investigaciones parlamentarias en el ordenamiento italiano”, en *Revista Hemiciclo*, Vol. 6, N° 10, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.
56. Galdámez, Liliana, “Algunos criterios del Tribunal Constitucional sobre estatuto jurídico de las personas extranjeras en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 5, N° 3, (Universidad Católica de Temuco), 2014.

57. García, Ana María, “Mecanismos de reforma constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
58. García, Gonzalo, “Gustavo Zagrebelsky: en busca de la razón en el Derecho”, en *Revista de Derecho Público*, N° 80, (Universidad de Chile), 2014.
59. García, José Francisco, “Minimalismo en incrementalismo constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Chile) 2014.
60. Gesta, Rogério, “The deleterious effects of corruption in the face of Human and Fundamental Rights”, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (Universidad de Chile), 2014.
61. Ginsburg, Tom, “¿Fruto de la parra envenenada?. Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena”, en *Revista Estudios Públicos*, N° 133, (Centro de Estudios Públicos), 2014.
62. González, Óscar, “Atribución fiscalizadora de la Cámara de Diputados”, en *Revista Hemiciclo*, Vol. 6, N° 10, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.
63. Guerra, Pedro, “Flexiseguridad en el mercado de trabajo chileno: antecedentes y perspectivas para una reforma laboral”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 11, (Universidad de Viña del Mar), 2014.
64. Guilherme Marinoni, Luiz, “Del control de la insuficiencia de la tutela normativa de los derechos fundamentales procesales”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 20, N° 1, (Universidad de Talca), 2014.
65. Henríquez, Miriam, “El habeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes: Análisis jurisprudencial (2009-2013)”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 20, N° 1, (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca), 2014.
66. Hernández, Antonio, “A 20 años de la reforma constitucional de 1994. Una experiencia de la Convención Nacional Constituyente”, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (Universidad de Chile), 2014.
67. Ibaceta, David, “Breves ideas acerca del reforzamiento de las acciones constitucionales”, en *Revista de Derecho Público*, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
68. Ibarra, Patricio, “Liberalismo y prensa: Leyes de imprenta en el Chile decimonónico (1812 – 1872)”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 36, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2014.

69. Infante, Javier, “La historiografía constitucional en la formación nacional de Chile: 1810-1833. Enfoques y discusiones”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
70. Íñiguez, Andrea, “La noción de “categoría sospechosa” y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho*, Vol. 42, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
71. Jaria, Jordi, “De la idea de soberanía a la fragmentación del poder. Una visión desde Europa (Occidental)”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 5, N° 3, (Universidad Católica de Temuco), 2014.
72. King, John, “Recognizing the limits of the right to counsel as a guarantee of justice”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 12, (Universidad de Viña del Mar), 2014.
73. Larrain, Manuel, “Oposición política e institucionalidad para el rol opositor en un régimen presidencial de gobierno”, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (Universidad de Chile), 2014.
74. Lathrop, Fabiola, “La protección especial de derechos de niñas, niños y adolescentes en el Derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22, (Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales), 2014.
75. Lell, Helga, “Discurso jurídico en debate: reparto y posibles cambios de sentido en el concepto de “ciudadanía””, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 5, N° 2, (Universidad Católica de Temuco), 2014.
76. Libertad y Desarrollo, “¿Asegura la propuesta electoral más competencia, representatividad y pertenencia para nuestro sistema político?”, en *Revista Libertad y Desarrollo*, N° 250, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2014.
77. Libertad y Desarrollo, “5 críticas a la propuesta actual de cambio al sistema electoral”, en *Revista Libertad y Desarrollo*, N° 253, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2014.
78. Libertad y Desarrollo, “El debate educacional ante la Constitución”, en *Revista Libertad y Desarrollo*, N° 252, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2014.
79. Libertad y Desarrollo, “Entrevista a Eugenio Guzmán sobre reforma al sistema binominal: ‘Este es un ajuste a medias y tendrá otros problemas en el futuro’”, en *Revista Libertad y Desarrollo*, N° 253, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2014.

80. Luiz, Lenio, “Poder Judicial y constitucionalismo democrático: La necesidad de una teoría de la decisión judicial para preservar la autonomía del Derecho”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
81. Mañalich, Juan Pablo, “¿Democracia liberal o libertad democrática?”, en *Revista Estudios Públicos*, N° 134, (Centro de Estudios Públicos), 2014.
82. Martínez, Fernando, “Las principales deficiencias en el funcionamiento del sistema democrático en España a los treinta y cinco años de su Constitución”, en *Revista de Derecho*, Vol. 42, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
83. Martínez, José, “Auto-restricción, diferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
84. Martínez, Laura, “Niñez, migración y derechos: aportes para un abordaje antropológico”, en *Revista Sociedad y Equidad*, N° 6, (Universidad de Chile), 2014.
85. Mohor, Salvador, “El recurso de protección y los derechos sociales: una deuda pendiente”, en *Revista de Derecho Público*, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
86. Montero, Adela, “La objeción de conciencia de los profesionales y su relación con la atención en salud sexual y reproductiva de adolescentes en Santiago de Chile”, en *Acta Bioethica*, Vol. 20, N° 2, (Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile), 2014.
87. Moreno, Franklin, “El concepto de paz en la Constitución Política de Colombia de 1991: Reconstrucción dialéctica de su significado a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Revista de Derecho*, Vol. 21, N° 2, (Universidad Católica del Norte –Coquimbo–), 2014.
88. Muñoz, Macarena, “Educación cívica: límites y horizontes de un país”, en *Revista Hemiciclo*, Vol. 6, N° 11, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.
89. Navarro, Enrique, “Reformas a la Constitución Chilena”, en *Revista de Derecho Público*, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
90. Nehme, Karim, “Aplicación del principio de solidaridad en materia de derechos sociales: Hacia la superación del Estado subsidiario en Chile”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 12, (Universidad de Viña del Mar), 2014.

91. Nogueira, Humberto, “El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el periodo 2006-2013”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
92. Nogueira, Marco Aurélio, “Democracia, activismo y modernidad radicalizada en América Latina”, en *Revista Polis*, Vol. 13, N° 37, (Universidad Bolivariana), 2014.
93. O’Grady, Mary, “Un problema fundamental en el desarrollo de Latinoamérica es la falta de libertad que emana de los mandatos constitucionales que se inmiscuyen en cada aspecto de la acción humana”, en *Revista Libertad y Desarrollo*, N° 256, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2014.
94. Oneto, Pablo, “Los cambios en el ordenamiento jurídico bajo la perspectiva del pensamiento sistémico”, en *Revista Hemiciclo*, Vol. 6, N° 10, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.
95. Orrego, Karen, “El lenguaje de género en una Ley. ¿Un exceso o una necesidad?”, en *Revista Hemiciclo*, Vol. 6, N° 10, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.
96. Ortíz, Cristián, “Apuntes sobre trabajo parlamentario: Las votaciones ad referendum y las cuestiones o reserva de constitucionalidad”, en *Revista Hemiciclo*, Vol. 6, N° 10, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.
97. Palavecino, Adriana, “Dilemas éticos y jurídicos a propósito del aborto en Chile”, en *América Latina*, en *Revista Polis*, Vol. 13, N° 38, (Universidad Bolivariana), 2014.
98. Palomo, Diego, “Reformas de ejecución civil y del proceso monitorio: La apuesta chilena por la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a un debido proceso”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
99. Pampillo, Juan Pablo, “El congreso nacional de fray Melchor de Talamantes: Primer proyecto constitucional del México independiente”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 36, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2014.
100. Penfold, Michael; Corrales, Javier y Hernández, Gonzalo, “Los Invencibles: La reelección presidencial y los cambios constitucionales en América Latina”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 34, N° 3, (Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.

101. Pérez, Juan Francisco y López, Francisco Javier, “La credibilidad del sistema democrático español: partidos políticos y corrupción”, en *Revista de Derecho Público*, N° 80, (Universidad de Chile), 2014.
102. Petrescu, Oana, “La iniciativa ciudadana europea: ¿Un instrumento útil para la sociedad y para los ciudadanos?”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
103. Pincheira, Verónica, “Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 11, (Universidad de Viña del Mar), 2014.
104. Pinilla, Francisco, “El deber de sometimiento al procedimiento especial como limitación al recurso de protección ambiental (Corte Suprema)”, en *Revista de Derecho*, Vol. 27, N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2014.
105. Ponce, Viviana, “La problemática invocación a la confianza legítima como límite a la potestad legislativa”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
106. Precht, Jorge, “Libertad religiosa, laicidad y laicismo en Chile bajo régimen de Patronato (1810-1925)”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 5, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo), 2014.
107. Quintana, Augusto, “El principio de subsidiariedad”, en *Revista de Derecho Público*, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
108. Ralf, Ronald, “Las revisiones constitucionales de los laudos de arbitraje comercial internacional en Latinoamérica y sus retos para la seguridad jurídica. Perspectivas desde la legislación colombiana”, en *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 3, N° 6, (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2014.
109. Ramos, Paulina; Arenas, Ángela y Santos, Manuel, “La persona y su dignidad al inicio de la vida: el concebido por técnicas de fertilización in vitro en Chile”, en *Acta Bioethica*, Vol. 20, N° 2, (Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile), 2014.
110. Rea, Sergio, “El reconocimiento constitucional de los derechos humanos en Latinoamérica”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 11, (Universidad de Viña del Mar), 2014.
111. *Revista Laboral*, “Derechos laborales ante catástrofes naturales”, en *Revista Laboral Chilena*, N° 226, 2014.

112. Risso, Martín, “Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
113. Rojas, Luis, “Reformas constitucionales en Chile y España”, en *Revista Hemiciclo*, Vol. 6, N° 10, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.
114. Román, Cristián, “Reconocimiento constitucional de los pueblos originarios en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, N° Especial, (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2014.
115. Ruay, Francisco, “Una crítica al juicio de ponderación de Alexy a propósito del procedimiento de tutela laboral”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 12, (Universidad de Viña del Mar), 2014.
116. Sánchez, Juan, “Constitución y relaciones entre ordenamientos en el contexto de la globalización”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
117. Sánchez, Santiago, “La lucha contra la desigualdad: acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo), 2014.
118. Sandoval, Álvaro, “El uso de las tecnologías de información en las funciones de la Biblioteca del Congreso Nacional que apoyan el proceso legislativo”, en *Revista Hemiciclo*, Vol. 6, N° 11, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.
119. Sant’Ana, Adriano, “Los deberes de las personas y la realización de los derechos fundamentales”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
120. Schirmer, Ronald, “Los derechos de terceros como regla última de limitación de los Derechos Fundamentales del Trabajador”, en *Revista Laboral Chilena*, N° 227, 2014.
121. Sepúlveda, Daniela, “Memoria y Reparación: El tratamiento institucional a las víctimas de violación de derechos humanos en Chile”, en *Revista Política*, Vol. 52, N° 1, (Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile), 2014.
122. Sferrazza, Pietro, “Entregas extraordinarias en Europa. Un comentario a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Al Nashiri vs. Polonia y Abu Zubaydah vs. Polonia”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 12, (Universidad de Viña del Mar), 2014.

123. Sierra, Lucas, “Democracia y dos sentidos de libertad”, en *Revista Estudios Públicos*, N° 134, (Centro de Estudios Públicos), 2014.
124. Silva, Ana María, “Participación Ciudadana a nivel local: plebiscitos comunales y elección directa de Consejeros Nacionales”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 5, N° 3, (Universidad Católica de Temuco).
125. Silva, Luis y Arab, Jorge, “Legisladores y jueces frente a la igualdad constitucional de los sexos”, en *Revista de Derecho*, Vol. 21, N° 1, (Universidad Católica del Norte –Coquimbo–), 2014.
126. Silva, Luis, “La dimensión legal de la interpretación constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
127. Silva, María Pía, “El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (Universidad de Chile), 2014.
128. Soriano, Ariel, “Democracia inadaptada”, en *Revista Hemiciclo*, Vol. 6, N° 11, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.
129. Soto, Francisco, “Asamblea Constituyente: La experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
130. Soto, Francisco, “Regulación constitucional de la asamblea constituyente en Latinoamérica”, en *Revista de Derecho Público*, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
131. Szmulewicz, Esteban, “Iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República en materias de gasto público: antecedentes históricos y derecho comparado”, en *Revista Hemiciclo*, Vol. 6, N° 11, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.
132. Timm, Ana, “Antiformalismo jurídico, aproximaciones básicas”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 11, (Universidad de Viña del Mar), 2014.
133. Valenzuela, Cecilia y Zúñiga, Alejandra, “Leyes de cuotas electorales, Constitución y democracia”, en *Revista de Derecho*, Vol. 27, N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2014.
134. Varas, Paulino, “Propuesta de modificación del artículo 20 de la Constitución”, en *Revista de Derecho Público*, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.

135. Vásquez, José Ignacio, “Pasado y futuro del medio ambiente como derecho fundamental”, en *Revista de Derecho Público*, N° 80, (Universidad de Chile), 2014.
136. Verdugo, Mario, “¿Nueva Constitución?”, en *Revista de Derecho Público*, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
137. Verdugo, Sergio, “Las debilidades de la crítica a las súper-mayorías”, en *Revista de Derecho*, Vol. 42, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
138. Verdugo, Sergio, “Las leyes orgánicas constitucionales en el régimen presidencial. Lo que el debate constituyente está olvidando”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 30, (Universidad del Desarrollo), 2014.
139. Verdugo, Sergio, “Leyes de quórum calificado y el debate constituyente”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 5, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo), 2014.
140. Vichinkeski, Anderson, “Los orígenes filosóficos de la noción de soberanía nacional en el contractualismo político de Thomas Hobbes, John Locke, y Jean-Jacques Rousseau”, en *Revista de Derecho*, Vol. 42, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
141. Viera, Christian, “Estado social como fórmula en la Constitución Chilena”, en *Revista de Derecho*, Vol. 21, N° 2, (Universidad Católica del Norte –Coquimbo–), 2014.
142. Viera-Gallo, José Antonio, “Fortalecer el parlamento”, en *Revista de Derecho Público*, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
143. Viganò, Francesco, “La arbitrariedad del no punir sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales”, en *Revista Política Criminal*, Vol. 9, N° 18, (Universidad de Talca), 2014.
144. Villavicencio, Luis, “Minorías étnico-culturales y derechos de las mujeres”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 34, N° 3, (Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
145. Wunder, Daniel, “Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
146. Zúñiga, Alejandra, “Propuesta para la reforma definitiva del sistema privado de salud chileno”, en *Revista Médica de Chile*, Vol. 142, N° 4, (Sociedad Médica de Santiago), 2014.

147. Zúñiga, Francisco, “Nueva Constitución para Chile. Las “bases” y las nuevas ideas político-constitucionales”, en *Revista de Derecho Público*, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.

3.2 Derecho Administrativo

1. Alcalde, Jaime, “Derechos de aprovechamiento de aguas: Su carácter de inmuebles por destinación. Régimen jurídico de parques nacionales como bienes nacionales de uso público. Imposibilidad de desafectar administrativamente las aguas que forman parte del ambiente protegido. Corte Suprema, sentencia del 27 de junio de 2012, rol n° 7423-2010”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22, (Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales), 2014.
2. Aste, Bruno, “Fallo “El Galpón de Antofagasta”. Desde falencias institucionales hasta la ausencia de una justicia medioambiental”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 12, (Universidad de Viña del Mar), 2014.
3. Banfi, Cristián, “Daños por delitos anticompetitivos entre tabacaleras”, en *Revista de Derecho*, Vol. 27, N° 2, (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile), 2014.
4. Benítez, Rodrigo; Carrasco, Edesio y Herrera, Javier, “Naturaleza jurídica y potestades del Comité de Ministros en conformidad a la Ley N° 19.300”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 30, (Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo), 2014.
5. Berros, María, “Jurisprudencia argentina reciente en materia de riesgos ambientales y relativos a la salud humana: Articulaciones entre derecho de daños y principio precautorio”, en *Revista de Derecho*, Vol. 42, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
6. Bocksang, Gabriel, “La responsabilidad del Estado por secuestro de bienes en la República Chilena temprana”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
7. Boettiger, Camila, “La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 29, (Universidad del Desarrollo), 2014.

8. Bravo, Felipe, “Sobre la regulación del must-carry en Chile”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 20, N° 2, (Universidad de Talca), 2014.
9. Camacho, Gladys, “La regulación de la colaboración público-privada para la provisión de servicios y de infraestructuras: Examen del modelo reformulado por la Ley N° 20.040”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo), 2014.
10. Carneiro, Ricardo, “Transparencia na gestão pública do Brasil contemporâneo: Avanços Institucionais e desafios administrativos”, en *Revista de Gestión Pública*, Vol. 3, N° 1, (Centro de Estudios en Gestión y Política Pública, Universidad de Santiago de Chile), 2014.
11. Carrasco, Edesio y Herrera, Javier, “La interpretación de la resolución de calificación ambiental”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
12. Castellanos, Eduardo, “El proceso administrativo público en México. Fundamento constitucional”, en *Revista Hemiciclo*, Vol. 6, N° 11, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.
13. Caviedes, Cristóbal, “Control de fusiones y nueva guía para el análisis de operaciones de concentración: lo positivo, lo que falta y lo que sólo el legislador puede solucionar”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 20, N° 2, (Universidad de Talca), 2014.
14. Cea, Sergio y Morales, Patricio, “Naturaleza jurídica de los entes administrativos aeronáuticos en Chile y la figura del comandante de la nave”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo), 2014.
15. Cerón, Roberto, “EST: Empresas de Servicios Transitorios. Jurisprudencia administrativa”, en *Revista Laboral Chilena*, N° 226, 2014.
16. Ciappa, Carlos, “¿Cuál es la reforma al Código de Aguas que Chile necesita?”, en *Revista Libertad y Desarrollo*, N° 253, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2014.
17. Cordero, Eduardo, “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el Derecho chileno”, en *Revista de Derecho*, Vol. 42, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
18. Costa, Ezio, “Los Tribunales Administrativos especiales en Chile”, en *Revista de Derecho*, Vol. 27, N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2014.
19. Covarrubias, Ignacio, “Evaluación crítica de la noción de que los funcionarios públicos tienen una intimidad más reducida que la de una

- persona ordinaria: A propósito de algunas decisiones del Consejo para la Transparencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
20. De la Maza, Cristóbal; Rojas, Isabel; Recordón, Julio; Abdón, Luis; Schulz, Paulina y Briceño, Sandra, “Instrumentos económicos para la gestión de la calidad del aire: Aplicación de impuestos y permisos de emisión en Chile”, en *Revista Estudios Públicos*, N° 135, (Centro de Estudios Públicos), 2014.
 21. Delgado, Alvaro, “Conflictos normativos en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República: Ley vs. Reglamento”, en *Revista Ars Boni et Aequi*, Año 10, N° 1, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2014.
 22. Donoso, Sebastián, “Tierras: un escrutinio al “núcleo inviolable” de la identidad indígena”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo), 2014.
 23. Enteiche, Nicolás, “Acerca de las sanciones administrativas en Chile”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 29, (Universidad del Desarrollo), 2014.
 24. Enteiche, Nicolás, “La excepcional autotutela ejecutiva de los actos administrativos en Chile”, en *Revista de Derecho*, Vol. 21, N° 2, (Universidad Católica del Norte –Coquimbo–), 2014.
 25. Enteiche, Nicolás, “Sobre el estatuto penal aplicable a las sanciones administrativas en Chile”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 30, (Universidad del Desarrollo), 2014.
 26. Fernández, José, “La Constitución Política y el urbanismo”, en *Revista de Derecho Público*, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
 27. Fuentes, Jessica, “Evolución del régimen ambiental de acuicultura en Chile”, en *Revista de Derecho*, Vol. 42, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
 28. Fuenzalida, Sergio, “Propiedad, propiedades y propiedad indígena”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 5, N° 3, (Universidad Católica de Temuco), 2014.
 29. Galetovic, Alex, “En la medida que las políticas medioambientales sean las apropiadas, no hay mayor tensión entre más eficiencia económica y menor contaminación”, en *Revista Libertad y Desarrollo*, N° 254, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2014.

30. García, Ana María, “Contraloría General de la República, Dictamen N° 1.666: Elección de Presidente de los Consejos Regionales (CORES), 26 de marzo de 2014”, en *Revista de Derecho Público*, N° 80, (Universidad de Chile), 2014.
31. González, Jaime, “La inadmisibilidad probatoria en el procedimiento general de reclamaciones. Algunos alcances de la jurisprudencia emanadas de los Tribunales Tributarios y Aduaneros”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 29, (Universidad del Desarrollo), 2014.
32. Guiloff, Matías, “Análisis costo-beneficio judicial/análisis costo-beneficio administrativo: Comentario al fallo de las ciclovías en Rancagua”, en *Revista de Derecho*, Vol. 21, N° 1, (Universidad Católica del Norte –Coquimbo–), 2014.
33. Herrera, Javier y Ruiz-Tagle, Samuel, “La caducidad de la Resolución de Calificación Ambiental”, en *Revista de Derecho*, Vol. 27, N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2014.
34. Hira, Andy, “Building a more efficacious Chilean bureaucracy: Lessons from the Singapore case”, en *Revista de Gestión Pública*, Vol. 3, N° 2, (Centro de Estudios en Gestión y Política Pública, Universidad de Santiago de Chile), 2014.
35. Hunter, Iván, “Legitimación activa y los Tribunales Ambientales (Segundo Tribunal Ambiental)”, en *Revista de Derecho*, Vol. 27, N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2014.
36. Hunter, Iván, “Reclamo de ilegalidad municipal en la jurisprudencia: caos interpretativo y criterios dudosos”, en *Revista de Derecho*, Vol. 27, N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2014.
37. Jiménez, Susana, “Agenda de energía: Lo esperado, lo novedoso y lo ausente”, en *Revista Libertad y Desarrollo*, N° 251, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2014.
38. Letelier, Raúl, “Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de los actos administrativos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
39. Lewis, Sebastián, “La regla solve et repete en Chile”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
40. Libertad y Desarrollo, “Entrevista a Matías Desmadryl, ex Director General de Aguas: ‘El modelo de gestión del recurso hídrico ha sido exitoso’”, en *Revista Libertad y Desarrollo*, N° 253, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2014.

41. Londoño, Fernando, “Tipicidad y legalidad en el Derecho Administrativo-Sancionatorio”, en *Revista de Derecho*, Vol. 27, N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2014.
42. López, Ricardo y Mohr, Tania, “Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169: Análisis de normas previstas y de su trato en la jurisprudencia. ¿Una cuestión de Derecho?”, en *Revista de Derecho*, Vol. 27, N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2014.
43. Mañalich, Juan Pablo, “El principio ne bis in idem frente a la superposición del Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionatorio”, en *Revista Política Criminal*, Vol. 9, N° 18, (Universidad de Talca), 2014.
44. Matus, Marcelo, “Tensiones normativas en torno a la incorporación de impuestos en la regulación ambiental”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 20, N° 1, (Universidad de Talca), 2014.
45. Montenegro, Sergio, “Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en el caso “Pascua Lama” Sentencia Rol R-6-2013, de 3 de marzo de 2014”, en *Revista de Derecho Público*, N° 80, (Universidad de Chile), 2014.
46. Moroni, Paz, “Marco jurídico chileno sobre protección de variedades vegetales”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 30, (Universidad del Desarrollo), 2014.
47. Olivares, Alberto, “Libre mercado y regulación: La experiencia en el sector eléctrico español”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
48. Olmedo, Juan Carlos, “La ruta de reducción de emisiones de CO₂ en el sector eléctrico”, en *Revista Libertad y Desarrollo*, N° 254, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2014.
49. Roig, Eduardo, “La necesidad de legislación sobre los hidratos de gas en Chile”, en *Revista de Derecho*, Vol. 21, N° 1, (Universidad Católica del Norte –Coquimbo–), 2014.
50. Rojas, Christian, “Autogestión y autorregulación regulada de las aguas: Organizaciones de usuario de aguas (OUA) y Juntas de vigilancia de ríos”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 20, N° 1, (Universidad de Talca), 2014.
51. Rojas, Christian, “La categoría jurídica de los “servicios privados de interés público”: El caso de las juntas de vigilancia de ríos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.

52. Rojas, Christian, “Los riesgos, las funciones del Derecho Ambiental ante éstos, y su control por medio de entidades privadas colaboradoras de la gestión ambiental”, en *Revista de Derecho*, Vol. 42, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
53. Romero, Alejandro, “Proceso civil y prejudicialidad administrativa”, en *Revista de Derecho*, Vol. 21, N° 2, (Universidad Católica del Norte –Coquimbo–), 2014.
54. Romeu, Jordi y Juárez, Gregorio, “Análisis de la actividad contractual de las administraciones públicas en España: Aspectos relativos a la publicidad y transparencia”, en *Revista de Gestión Pública*, Vol. 3, N° 1, (Centro de Estudios en Gestión y Política Pública, Universidad de Santiago de Chile), 2014.
55. Rubilar, Gabriela y Roldán, Andrés, “Áreas de desarrollo indígena: Estudio del caso del Adi Puel Nahuelbuta, como estrategia de las políticas públicas en el mundo mapuche”, en *Revista Universum*, Año 29, Vol. 2, (Instituto de Estudios Humanísticos “Juan Ignacio Molina”, Universidad de Talca), 2014.
56. Schauer, Frederick, “Transparencia en tres dimensiones”, en *Revista de Derecho*, Vol. 27, N° 1, (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile), 2014.
57. Segura, Romina, “Naturaleza jurídica y fundamento constitucional de la potestad punitiva de la administración del Estado”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 11, (Universidad de Viña del Mar), 2014.
58. Silva, Domingo, “La conciliación antimonopólica”, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (Universidad de Chile), 2014.
59. Soto, Eduardo, “¿Qué se entiende por “litigios con el Estado?””, en *Revista Ius Publicum*, N° 33, (Universidad Santo Tomás), 2014.
60. Soto, Eduardo, “La nulidad de derecho público en la jurisprudencia reciente (Tercera parte)”, en *Revista Ius Publicum*, N° 32, (Universidad Santo Tomás), 2014.
61. Tisné, Jorge, “Los intereses comprometidos en el daño ambiental: comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la Ley N° 20.600”, en *Revista de Derecho*, Vol. 21, N° 1, (Universidad Católica del Norte –Coquimbo–), 2014.
62. Uvalle, Ricardo, “Impacto de la Política de Transparencia en México, 2002-2014”, en *Revista de Gestión Pública*, Vol. 3, N° 1, (Centro de Estudios en Gestión y Política Pública, Universidad de Santiago de Chile), 2014.

63. Varas, Karla, “Naturaleza jurídica de la relación entre funcionario y Administración del Estado”, en *Revista Laboral Chilena*, N° 229, 2014.
64. Vásquez, José Ignacio, “Una reforma urgente: un sistema municipal igualitario y democrático”, en *Revista de Derecho Público*, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
65. Vergara, Nicolás, “Inversiones eléctricas en Chile: ¿Quién decide?”, en *Revista del Abogado*, N° 60, (Colegio de Abogados de Chile), 2014.
66. Vigil, José, “Desafíos del Estado local: problemas en la articulación de políticas de múltiples geografías”, en *Revista Política*, Vol. 52, N° 1, (Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile), 2014.
67. Villarejo, Helena, “Colaboración público-privada para la revitalización de los espacios urbanos: La introducción de los Business Improvement Districts en el ordenamiento jurídico español”, en *Revista de Gestión Pública*, Vol. 3, N° 2, (Centro de Estudios en Gestión y Política Pública, Universidad de Santiago de Chile), 2014.
68. Zúñiga, Francisco, “Contratación pública y libre competencia”, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (Universidad de Chile), 2014.
69. Zúñiga, Francisco, “El derecho de excepción y la responsabilidad del Estado: Falta de servicio y acto de gobierno. Comentario de la sentencia de casación Rol N° 4029-2013 de la Corte Suprema, 24 de diciembre de 2013”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.

3.3 Derecho Internacional Público

1. Abedrapo, Jaime, “El caso Palestino-Israelí: implicancias para la sociedad internacional. El derecho internacional y su implicabilidad en un conflicto de negociación entre actores asimétricos”, en *Revista Ars Boni et Aequi*, Año 10, N° 2, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2014.
2. Abugattás, Gattas, “Análisis de la sentencia de la CIJ en el caso relativo al diferendo marítimo entre Perú y Chile”, en *Gaceta Constitucional (Perú)*, Tomo 74, (Gaceta Jurídica –Perú–), 2014.
3. Aguayo, Francisca, “Reflexiones sobre el Derecho Internacional y la delimitación marítima. Comentario del fallo de la Corte Internacional de

- Justicia en el caso de Perú c. Chile”, en *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 3, N° 5, (Universidad de Chile), 2014.
4. Alcalay, Milos, “¿Qué pasó con la cláusula democrática?”, en *Revista Realidad y Perspectivas*, N° 29, (Universidad de Chile), 2014.
 5. Alvear, Soledad, “Construyendo el nuevo orden mundial desde América Latina: El papel de los poderes emergentes”, en *Revista Diplomacia*, N° 127, (Academia Diplomática “Andrés Bello”), 2014.
 6. Alves, Pedro y Oliveira, Inés, “O principio de nivel de prote mais elevado: Análise do artigo 53 da Carta dos Direitos Fundamentais da Aniao Europea a luz do acordo”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
 7. Andaluz, Horacio, “La puesta en duda del concepto de validez en el reconocimiento de laudos anulados”, en *Revista de Derecho*, Vol. 42, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
 8. Arellano, Pablo, “Prestaciones no contributivas de los trabajadores migrantes: un desafío pendiente en Latinoamérica”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 20, N° 2, (Universidad de Talca), 2014.
 9. Arnello, Mario, “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el límite marítimo Perú c. Chile confirma la pérdida de jurisdicción que prevalece en la justicia internacional”, en *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 3, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
 10. Arnson, Cynthia y Heine, Jorge, “Puentes sobre el Pacífico: América Latina y Asia en el nuevo siglo”, en *Revista Diplomacia*, N° 127, (Academia Diplomática “Andrés Bello”), 2014.
 11. Beca, Juan Pablo, “El uso de tratados internacionales por parte del Tribunal Constitucional al resolver recurso de inaplicabilidad en el periodo 2011-2012”, en *Revista de Derecho*, N° 43, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2014.
 12. Beca, Juan Pablo, “El uso de tratados internacionales por parte del Tribunal Constitucional al resolver recurso de inaplicabilidad en el período 2011-2012”, en *Revista de Derecho*, Vol. 42, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
 13. Bellei, Carlos, “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la práctica de los tribunales arbitrales del CIADI”, en *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 3, N° 6, (Universidad de Chile), 2014.

14. Bello, Daniel; Panfichi, Aldo y Valenzuela, Esteban, “Chile y Perú, más allá de La Haya”, en Revista Mensaje, N° 626, (Compañía de Jesús), 2014.
15. Boza, Sofía y Fernández, Felipe, “Chile frente a la regulación sobre medidas no arancelarias de la Organización Mundial de Comercio”, en Revista Estudios Internacionales, Vol. 46, N° 178, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2014.
16. Burgorgue-Larsen, Laurence, “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en Revista Estudios Constitucionales, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
17. Bywaters, Cristóbal, “El “no” de Ricardo Lagos a la invasión de Irak en 2003: el proceso de toma de decisiones de política exterior en Chile”, en Revista Estudios Internacionales, Vol. 46, N° 177, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2014.
18. Cabrera, Pablo, “¿Cuál es el nuevo paradigma diplomático?”, en Revista Realidad y Perspectivas, N° 31, (Universidad de Chile), 2014.
19. Camacho, Adriana y Rodríguez, Mónica, “Afilación de los extranjeros al sistema general de pensiones en Colombia dentro del marco jurídico internacional”, en Revista Ius et Praxis, Vol. 20, N° 2, (Universidad de Talca), 2014.
20. Campusano, Raúl, “Cambio climático y migraciones: desafíos para el Derecho y las políticas públicas”, en Revista Actualidad Jurídica, N° 29, (Universidad del Desarrollo), 2014.
21. Cappello, Juan, “Postdata desde Nueva York: Interés escaso para caso importante”, en Revista Realidad y Perspectivas, N° 28, (Universidad de Chile), 2014.
22. Cárdenas, Claudia, “Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional: Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular”, en Revista de Derecho, Vol. 27, N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2014.
23. Casanueva, Héctor, “Debate sobre crisis ucraniana: La anexión express de Putin”, en Revista Realidad y Perspectivas, N° 29, (Universidad de Chile), 2014.
24. Castaño, Sergio, “El problema de una autoridad mundial a la luz de los fundamentos de la potestad política”, en Revista Ius Publicum, N° 32, (Universidad Santo Tomás), 2014.

25. Clérico, Laura y Novelli, Celeste, “La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
26. Codina, Rodolfo, “Asia-Pacífico, nuevas oportunidades para la integración de zonas fronterizas Chile-Perú. Visión estratégica”, en *Revista Hemiciclo*, Vol. 6, N° 11, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.
27. Contreras, Pablo, “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 20, N° 2, (Universidad de Talca), 2014.
28. Contreras, Pablo, “Deferencia internacional y discreción nacional bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, en *Revista de Derecho*, Vol. 21, N° 1, (Universidad Católica del Norte –Coquimbo–), 2014.
29. Corte Internacional de Justicia, “Fallo de 27 de enero de 2014 sobre la controversia marítima Perú c. Chile”, en *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 3, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
30. Cortés, Bárbara, “El soft law y su aplicación en el Derecho Comercial internacional”, en *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 3, N° 6, (Universidad de Chile), 2014.
31. Cruz, Alexander, “La labor hermenéutica de la Corte Internacional de Justicia en el fallo del diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Colombia”, en *Revista Estudios Internacionales*, Vol. 46, N° 178, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2014.
32. Chía, Eduardo y Contreras, Pablo, “Análisis de la sentencia *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) v. Costa Rica* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
33. De Ferrari, Ignacio, “Veinticinco años de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en *Revista Mensaje*, N° 634, (Compañía de Jesús), 2014.
34. De Jesús, Ligia y Franck, María, “Aborto y derechos prenatales en América Latina y el Caribe: un análisis comparativo de Leyes y Jurisprudencia relevantes tras la adopción de la Convención Americana de Derechos

- Humanos”, en Revista *Ars Boni et Aequi*, Año 10, N° 1, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2014.
35. De la Balze, Felipe, “Entre los “cuentos chinos” y la realidad: El surgimiento de China, un dilema central de la política exterior argentina”, en Revista *Estudios Internacionales*, Vol. 46, N° 177, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2014.
 36. De Trazegnies, Fernando, “Opinión: Repercusiones tras el fallo de la Corte Internacional de Justicia”, en *Gaceta Constitucional (Perú)*, Tomo 74, (*Gaceta Jurídica –Perú–*), 2014.
 37. Delpiano, Cristián, “Comentario del informe del grupo especial de la OMC en el asunto República Dominicana: Medidas de salvaguardia sobre las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular (informe de 31 de enero de 2012)”, en Revista de Derecho, Vol. 21, N° 2, (Universidad Católica del Norte –Coquimbo–), 2014.
 38. Díaz de Valdés, José, “Análisis crítico de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia”, en Revista *Actualidad Jurídica*, N° 30, (Universidad del Desarrollo), 2014.
 39. Díaz, Álvaro, “La revisión inicial de peticiones por la Comisión Interamericana y la subsidiariedad del Sistema de Derechos Humanos”, en Revista de Derecho, Vol. 42, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
 40. Díaz, Regina, “El reconocimiento del *ius cogens* en el ordenamiento jurídico chileno”, en Revista *Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
 41. Dos Santos, Raquel, “La revitalización del Mercosur en el contexto de la diplomacia de Lula para América del Sur”, en Revista *Polis*, Vol. 13, N° 39, (Universidad Bolivariana), 2014.
 42. Eluchans, Edmundo, “Laudos arbitrales internacionales en México: Imprevisibilidad en la ejecución”, en Revista del Abogado, N° 60, (Colegio de Abogados de Chile), 2014.
 43. Fernández, Donato, “Transitar por Eurolandia: elecciones europeas, más unión, menos nación”, en Revista *Estudios Internacionales*, Vol. 46, N° 178, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2014.
 44. Gajardo, Jaime, “Nuevas perspectivas de los derechos de los grupos a partir del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas”, en

- Revista Tribuna Internacional, Vol. 3, N° 5, (Universidad de Chile), 2014.
45. Galdámez, Liliana, “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Revista Estudios Constitucionales, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
 46. Gamboa, Fernando, “Postdata sobre Bolivia: Breves notas sobre la otra demanda”, en Revista Realidad y Perspectivas, N° 28, (Universidad de Chile), 2014.
 47. García, Laura y Arévalo, Walter, “El trato especial y diferenciado en el sistema de solución de diferencias de la OMC como oportunidad para el ejercicio del derecho al desarrollo”, en Revista de Derecho, Vol. 27, N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2014.
 48. Gauché, Ximena, “Análisis crítico de la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013”, en Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Vol. 5, N° 1, (Universidad Católica de Temuco), 2014.
 49. González, Felipe, “El proceso de reformas recientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 59. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), 2014.
 50. González, Felipe, “Tipificación del delito de tortura en el ordenamiento jurídico chileno a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estado y desafíos”, en Revista Tribuna Internacional, Vol. 3, Nv 6, (Universidad de Chile), 2014.
 51. González, Roberto, “El nuevo paradigma de la garantía de la jurisdicción”, en Revista Ars Boni et Aequi, Año 10, N° 1, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2014.
 52. Grob, Francisco, “La ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 41, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.
 53. Groppi, Tania y Leccis, Anna, “Las referencias recíprocas entre la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?”, en Revista de Derecho Público, N° 80, (Universidad de Chile), 2014.

54. Hecker, Carlos, “El poder de los Estados soberanos y el derecho de las inversiones internacionales”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 29, (Universidad del Desarrollo), 2014.
55. Ibáñez, Arturo, “¿Judicialización de la guerra? Notas sobre la sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido en la causa *Smith and others v. The Ministry of Defense* y su aplicación en la *Human Rights Act* de 1998”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 5, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo), 2014.
56. Infante, María; Ramacciotti, Beatriz; Espaliat, Astrid; Errázuriz, Hernán; Larraín, Fanor y Pozo, José, “Mesa redonda post-La Haya”, en *Revista Estudios Internacionales*, Vol. 46, N° 179, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2014.
57. Jana, Álvaro, “Salvaguardias, derechos antidumping y derechos compensatorios: La defensa comercial y el sistema chileno”, en *Revista del Abogado*, N° 61, (Colegio de Abogados de Chile), 2014.
58. Lagos, Jaime, “Antecedentes procesales sobre la controversia marítima Perú c. Chile”, en *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 3, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
59. Lechini, Gladys, “América Latina y África. Entre la solidaridad sur-sur y los propios intereses”, en *Revista Estudios Internacionales*, Vol. 46, N° 179, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2014.
60. Libertad y Desarrollo, “Entrevista a Hernán Felipe Errázuriz: “Debemos retirarnos del Pacto de Bogotá”, en *Revista Libertad y Desarrollo*, N° 250, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2014.
61. Libertad y Desarrollo, “Entrevista a Luis Winter, asesor del juicio de Chile en La Haya: “El quiebre del paralelo tiene escasísimo fundamento y menos su extensión en 80 millas”, en *Revista Libertad y Desarrollo*, N° 248, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2014.
62. Lobo, Juan Francisco, “El terrorismo entre la guerra y la paz: aproximaciones desde la antropología filosófica y el derecho internacional”, en *Revista Estudios Internacionales*, Vol. 46, N° 178, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2014.
63. López, Sebastián, “La disputa marítima entre Perú y Chile: Comentario de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 27 de enero de 2014”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.

64. Matamala, Alexis, “Informe de la OEA: El problema de las drogas en las Américas”, en *Revista 93*, Vol. 6, N° 10, (Defensoría Penal Pública), 2014.
65. Matus, Jean Pierre, “El error en la Ley N° 20.357 a la luz del estatuto de la Corte Penal Internacional y sus efectos en la regulación general del error en Chile”, en *Revista Política Criminal*, Vol. 9, N° 17, (Universidad de Talca), 2014.
66. Mejías-Lemus, Diego, “On “obligations erga omnes partes” in public international law: “erga omnes” or “erga partes”? A commentary on the judgment of 20 July of 2012 of the International Court of Justice in the questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belguim v. Senegal) case”, en *Revista Ars Boni et Aequi*, Año 10, N° 1, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2014.
67. Mezarina, Silvio, “La problemática del indulto humanitario en el supuesto de crímenes de lesa humanidad: el caso Fujimori”, en *Revista Ars Boni et Aequi*, Año 10, N° 1, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2014.
68. Mosquera, Susana, “¿Qué hacemos ahora con la Convención del Mar?”, en *Gaceta Constitucional (Perú)*, Tomo 74, (Gaceta Jurídica –Perú–), 2014.
69. Moyano, Eduardo, “¿Cuánto pesa la economía en las relaciones internacionales?”, en *Revista Realidad y Perspectivas*, N° 32, (Universidad de Chile), 2014.
70. Obama, Barack, “El liderazgo mundial requiere que veamos el mundo tal cual: Discurso del Presidente Barack Obama en la academia de Westpoint”, en *Revista Diplomacia*, N° 127, (Academia Diplomática “Andrés Bello”), 2014.
71. Ovando, Cristián y González, Sergio, “La relación bilateral chileno-boliviana a partir de las demandas tarapaqueñas: aproximación teórica desde la paradiplomacia como heterología”, en *Revista Estudios Internacionales*, Vol. 46, N° 177, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2014.
72. Parodi, Daniel, “Extensión de la frontera marítima entre Perú y Chile: La equidad como concepto decisorio. Disputa marítima, Perú v. Chile, Corte Internacional de Justicia”, en *Revista de Derecho*, Vol. 21, N° 2, (Universidad Católica del Norte –Coquimbo–), 2014.

73. Pérez de Francisco, Eduardo, “España limita al sur con el anacronismo de Gibraltar”, en *Revista Ius Publicum*, N° 32, (Universidad Santo Tomás), 2014.
74. Pérez, Yaritza, “Aportes de la ley de derecho internacional privado venezolana a la codificación ius internacional privatista”, en *Revista Ars Boni et Aequi*, Año 10, N° 2, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2014.
75. *Revista Laboral*, “Certificación de competencias laborales en Chile y otros países según la OIT”, en *Revista Laboral Chilena*, N° 228, 2014.
76. *Revista Laboral*, “Formación por competencias laborales según la OIT”, en *Revista Laboral Chilena*, N° 229, 2014.
77. *Revista Laboral*, “OIT apoya creación del primer marco de cualificaciones para la formación y certificación laboral en Chile”, en *Revista Laboral Chilena*, N° 226, 2014.
78. Riveros, Luis y Báez, Gustavo, “Chile y la OCDE. La dicotomía entre lo macroeconómico y el desarrollo humano”, en *Revista Estudios Internacionales*, Vol. 46, N° 179, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2014.
79. Rizik, Lucía, “El Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y su aplicación en Chile: Las modalidades de restitución del menor”, en *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 3, N° 6, (Universidad de Chile), 2014.
80. Rodríguez, Adrán y Bartolini, Marcelo, “Las recomendaciones de los organismos internacionales como herramientas de presión política”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 5, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo) 2014.
81. Ruíz, Alfonso y Zúñiga, Alejandra, “Derecho a la vida y Constitución: Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artuvia Murillo v. Costa Rica””, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2014.
82. Salassa, Rodolfo, “El tratamiento de los beneficios empresariales según el modelo de convenio OCDE 2010 y su repercusión para la Red Chilena de Convenios de Doble Imposición”, en *Revista de Derecho*, Vol. 21, N° 1, (Universidad Católica del Norte –Coquimbo–), 2014.
83. Savio, Roberto, “Gobernabilidad mundial y valores comunes: El debate ineludible”, en *Revista Diplomacia*, N° 127, (Academia Diplomática “Andrés Bello”), 2014.

84. Schori, Pierre, “World War and international relations. 100 years after 1914: Challenges to United Nations peacekeeping in 2014”, en Revista Diplomacia, N° 127, (Academia Diplomática “Andrés Bello”), 2014.
85. Schweitzer, Miguel, ““Bolivia no cuenta con argumentos sólidos que respalden su demanda””, en Revista Libertad y Desarrollo, N° 253, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2014.
86. Segovia, Antonio, “Marco jurídico internacional en materia de terrorismo”, en Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 60, (Ministerio Público), 2014.
87. Sepúlveda, Alberto, “¿Nuevo conflicto fronterizo con Perú?”, en Revista Realidad y Perspectivas, N° 34, (Universidad de Chile), 2014.
88. Sepúlveda, Ivonne, “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: Comentarios y algunos ejemplos de su incipiente reconocimiento jurisprudencial”, en Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 60, (Ministerio Público), 2014.
89. Torres, Aníbal, “Opinión: ¿Debe el Perú adherirse a la Convención del Mar?”, en Gaceta Constitucional (Perú), Tomo 74, (Gaceta Jurídica – Perú–), 2014.
90. Torres, Humberto, “Fallo de La Haya: Necesidad de un balance crítico”, en Gaceta Constitucional (Perú), Tomo 74, (Gaceta Jurídica –Perú–), 2014.
91. Vadilla, Elvira, ““Controversia marítima Perú contra Chile”: Comentario a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de fecha 27 de enero de 2014”, en Revista de Derecho, Vol. 21, N° 1, (Universidad Católica del Norte –Coquimbo–), 2014.
92. van Klaveren, Alberto, “¿Conviene estar en el Consejo de Seguridad?”, en Revista Realidad y Perspectivas, N° 36, (Universidad de Chile), 2014.
93. Vargas, Eduardo, “La Corte Internacional de Justicia: su organización y competencia”, en Revista Tribuna Internacional, Vol. 3, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
94. Vásquez, Piero, “Opinión: Lección aprendida: Acuerdos tácitos en el caso Perú – Chile ante la CIJ”, en Gaceta Constitucional (Perú), Tomo 74, (Gaceta Jurídica –Perú–), 2014.
95. Vicente, Trinidad, “El panorama migratorio internacional: una mirada desde el género”, en Revista Sociedad y Equidad, N° 6, (Universidad de Chile), 2014.
96. Villar, Andrés, “El desconocido papel de Estados Unidos en la crisis del

- Canal del Beagle”, en Revista Estudios Internacionales, Vol. 46, N° 178, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2014.
97. Vittini, Iris, “El Principio de Solidaridad en los procesos de integración, especialmente en la Unión Europea”, en Revista Tribuna Internacional, Vol. 3, N° Especial, (Universidad de Chile), 2014.
98. Winter, Luis, “Creando puentes fraternos con América Latina”, en Revista Hemiciclo, Vol. 6, N° 11, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2014.

4. REPORTES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y NACIONALES ACERCA DE CHILE

1. Amnistía Internacional, *La Tortura en 2014. 30 años de promesas incumplidas*, (Amnistía Internacional), 2014.
2. Amnistía Internacional, *Preocupaciones claves en materia de derechos humanos en Chile*, (Amnistía Internacional), 2014.
3. Amnistía Internacional, *Informe sobre Chile para el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, (Amnistía Internacional), 2014.
4. Lanza, Edison (Relator Especial para la Libertad de Expresión), *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2014. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), 2014.
5. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal*, (ACNUDH), 2014.
6. Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, (ACNUDH), 2014.
7. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en Chile: Informe Anual 2014*, (INDH), 2014.
8. Human Rights Watch, *Informe Mundial 2014: Chile*, (HRW), 2014.
9. Organización de Estados Americanos, *Derecho a la verdad en América*, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), 2014.
10. Organización de Estados Americanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), 2014.
11. UNICEF Chile, *Informe anual 2013*, (UNICEF), 2014.
12. OIT, *Global wage report: wages and income inequality*, (OIT), 2014.
13. Anaya, James, *Report on observations to communications sent and replies received by the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous People, James Anaya*, (Human Rights Council), 2014.
14. Emmerson, Ben, *Informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo. Misión a Chile: comentarios del Estado de Chile al informe de la visita del Relator Especial*, (Human Rights Council), 2014.

