

**ANUARIO  
DE DERECHO  
PÚBLICO  
2016  
UNIVERSIDAD  
DIEGO  
PORTALES**

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2016

© Universidad Diego Portales  
© VV.AA

Primera edición: septiembre de 2016  
ISBN 978-956-314-367-6

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](http://www.ediciones.udp.cl)

Editor: Javier Couso  
Secretaría de Redacción: Aileen Larraín Leyton  
Edición de Estilo: Vicente Parrini  
Diseño: Marisol González

Impreso en Chile por Salesianos Impresores  
Todos los derechos reservados

**ANUARIO  
DE DERECHO  
PÚBLICO  
2016  
UNIVERSIDAD  
DIEGO  
PORTALES**

**COMITÉ EDITORIAL**

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

**Director**

Javier Couso

**Secretaria de Redacción**

Aileen Larraín Leyton

**Editor de Estilo**

Vicente Parrini



EDICIONES  
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES



# ÍNDICE DE CONTENIDOS

---

Palabras del Decano .....	13
Palabras del Director.....	15

---

## SECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

---

### CONTRAPUNTO SOBRE DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

<b>El proyecto de ley de aborto y los derechos humanos del concebido no nacido</b> <i>Hernán Corral Talciani</i> .....	23
<b>Construyendo un relato judicial para América Latina en torno al argumento de la inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo</b> <i>Verónica Undurraga</i> .....	63

---

**OTROS DESARROLLOS RELEVANTES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL**

**El proceso constituyente: La vía chilena hacia el cambio constitucional**

*Claudio Fuentes Saavedra* ..... 107

**Nuevas reglas para la democracia: esperanza más allá del escepticismo**

*Marcela Ríos Tobar* ..... 131

**Elija cuál derecho de propiedad privada se protege: la precisión de las normas legales que establecen limitaciones a la propiedad privada, a propósito de los fallos Molinera del Norte y curtidos Bas**

*Matías Guiloff* ..... 152

**La ley de inclusión educativa: consolidando el cambio en las condiciones de prioridad entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza**

*José Julio León* ..... 168

**Para proteger los derechos, debilitarlos. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2787, sobre reforma al sistema escolar subvencionado**

*Luis Alejandro Silva Irrázabal* ..... 192

---

**COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TC SOBRE LA “GLOSA DE GRATUIDAD”**

**Desglosando la igualdad constitucional. Reflexiones sobre la igualdad constitucional con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional en Rol 2935-15, “Glosa de gratuidad”**

*Eduardo Aldunate* ..... 209

**Comentario sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2935-15, dictada a propósito de la cuestión de constitucionalidad dentro del denominado asunto “Glosa de gratuidad educación superior”**

*Kamel Cazor* ..... 246

---

## SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

### Tres años de Jurisprudencia desde la creación de los Tribunales Ambientales (2013 – 2015)

*Edesio Carrasco Quiroga* .....283

### Empresas del Estado y la relevancia del gobierno corporativo: análisis a propósito de la ampliación del giro de ENAP

*Diego Pardow L. y Pablo Torres V.* .....316

### Responsabilidad del Estado por faltas de servicio de los órganos judiciales: Comentario a Espinoza Marfull con Fisco

*José Miguel Valdivia* .....334

### Regulación descentralizada como respuesta a las barreras de entrada de ENRC: Los otros creadores de reglas del juego

*Catalina Medel* .....354

### Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental

*Pablo Soto Delgado* .....374

---

## CONTRAPUNTO: PERSONAL A HONORARIOS EN LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

### La desnaturalización de los contratos a honorarios en la administración del estado: una interpretación jurisprudencial peligrosa

*Alejandro Cárcamo Righetti* ..... 411

### La problemática del personal a honorarios del Estado

*Karla Varas Marchant* .....428

---

## SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

### **Entre las exigencias de la seguridad y la retórica de los derechos humanos: la respuesta de la Unión Europea a los flujos de refugiados y migrantes**

*Carmen Pérez González* .....455

### **La constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho estadounidense: Obergefell V. Hodges (2015)**

*Javier Gallego Saade* .....473

### **Revisión de la jurisprudencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2015**

*Marcela Díaz y Judith Schönsteiner* .....495

### **La cuestión de la apatridia en República Dominicana y su tratamiento por el Sistema Interamericano**

*Felipe González Morales* .....526

### **3.000 niños esperando su nacionalidad. La necesidad de contar con remedios colectivos para resolver vulneraciones individuales de derechos**

*Claudio Fuentes Maureira, Víctor Hugo Lagos,  
Delfina Lawson y Macarena Rodríguez* .....549

---

## CONTRAPUNTO SOBRE DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO “LEOPOLDO LÓPEZ”

### **¿Jurisdicción universal protectora de los derechos humanos? El caso de los opositores venezolanos ante la Corte Suprema chilena**

*Sebastián López Escarcena* .....575

### **Análisis argumentativo del fallo Leopoldo López**

*Flavia Carbonell Bellolio*.....591



---

**CÁTEDRA JORGE HUNEEUS 2015**

**Avances y desafíos en jurisprudencia constitucional: El caso alemán\***

*Susanne Baer* ..... 617

*\*Traducción de Patricio Mason*

---

**RECENSIÓN DE LIBROS**

**‘Privacidad’, de Rodolfo Figueroa García-Huidobro**

*Carlos Carmona S.* ..... 639

---

**CATÁLOGO DE PUBLICACIONES 2015..... 651**

*Nicolás Álvarez Contreras*

*Constanza Norambuena Ayub*



## PALABRAS DEL DECANO

Resulta especialmente oportuno presentar una nueva versión del Anuario de Derecho Público que, como ya es tradición, elabora el Programa de Derecho Constitucional de nuestra Facultad, en momentos en que pareciera no haber claridad sobre cuál es la contribución que a lo público puede hacer una Universidad y, al mismo tiempo, si una casa de estudios de naturaleza privada puede hacerla de la misma manera que una estatal. Si bien esta publicación es uno de los tantos productos que cotidianamente entregamos, creo que ilustra bien la respuesta que nosotros, como Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, estamos en condiciones de dar a tales preguntas.

Pocas cosas más públicas pueden concebirse que un Anuario que repasa con acuciosidad los principales acontecimientos que han marcado al derecho constitucional, al administrativo y al internacional público en el año inmediatamente anterior. Están tratados aquí, con rigor y detención, las más importantes cuestiones que nos interesan como comunidad política y jurídica. Es así como los textos que siguen abordan, entre otros temas, algunos tan relevantes como la despenalización del aborto, el proceso constituyente, la ley de inclusión educativa y la glosa sobre gratuidad.

Pero no solo eso, los artículos que contiene el texto que hoy tienen entre sus manos, han sido escritos por cerca de treinta autores que son a su vez destacados profesores de diez universidades distintas, dos de ellas extranjeras. Esta variedad de autores y procedencias refleja también una pluralidad de miradas que no es un resultado azaroso, sino buscado por la publicación. De hecho, temas especialmente debatidos son tratados haciendo contrapunto entre perspectivas distintas, como sucede con la despenalización del aborto, o el personal contratado a honorarios en la administración del Estado. Congregar a todos estos investigadores es el resultado de un trabajo que excede a

la propia publicación, pues responde al esfuerzo persistente del Programa de Derecho Constitucional, a través de coloquios periódicos y de otras actividades, por convertirse en el espacio común de una red nacional de cultores del derecho público.

Al fin y al cabo este Anuario entrega información, que es el bien público por excelencia, y lo hace además en forma enteramente gratuita. Quienes escriben en él no persiguen ningún otro interés que exponer sus ideas al debate público y el texto en sí es ofrecido en forma abierta, pudiendo incluso accederse a él en forma virtual.

Por último, esta publicación ha sido elaborada pensando precisamente en el público, ojalá uno lo más amplio posible, tratando de escapar de la discusión limitada y endogámica entre especialistas.

Si este tipo de trabajo no define a una institución con vocación por lo público es difícil determinar que sí puede hacerlo.

JUAN ENRIQUE VARGAS VIANCOS  
DECANO  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

## PALABRAS DEL DIRECTOR

El volumen que el lector tiene en sus manos es la séptima versión del '*Anuario de Derecho Público*' que, cada año desde el 2010, el Programa de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales elabora 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 y comparado.

Dada la naturaleza y la extensión –necesariamente acotada— de este volumen, es ciertamente imposible dar cuenta de todos los desarrollos jurídicos de relevancia ocurridos durante el año recién pasado en todos los campos del derecho mencionados precedentemente. 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 que algunos pudieran considerar más relevantes que los finalmente incluidos. Dicho esto, el lector encontrará en este volumen análisis y comentarios respecto de algunos de los hitos jurídicos más importantes ocurridos durante el año 2015 en el ámbito del derecho público.

El '*Anuario de Derecho Público*' de este año comienza con un contrapunto acerca de uno de los asuntos más debatidos entre los constitucionalistas chilenos en el último tiempo, esto es, la controversia gatillada por el proyecto del Ejecutivo sobre despenalización de tres indicaciones de interrupción voluntaria del embarazo, a cargo de dos destacados especialistas en la materia, los académicos Hernán Corral y Verónica Undurraga. Adicionalmente, la sección de derecho constitucional incluye una serie de artículos sobre diferentes aspectos de la reforma educacional impulsada por el actual gobierno, desde un

análisis de la ‘Ley de inclusión en educación’, hasta comentarios de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a la denominada ‘glosa de gratuidad en la educación superior’, así como el fallo del mismo órgano sobre la reforma al sistema escolar subvencionado. Finalmente, la sección de derecho constitucional incluye un análisis preliminar del proceso constituyente iniciado en octubre de 2015; una evaluación del importante conjunto de leyes que establecen un nuevo marco regulatorio para el funcionamiento de los partidos políticos, las elecciones y su financiamiento; y un interesante análisis de las normas legales que establecen limitaciones a la propiedad privada a propósito de los fallos del Tribunal Constitucional ‘*Molinera del Norte*’ y ‘*Curtidos Bas*’.

Pasando a la sección de derecho administrativo, destaca el contrapunto entre dos especialistas sobre la problemática del personal a honorarios en la administración del Estado, así como el análisis de la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales en sus primeros tres años de funcionamiento. La sección incluye también interesantes artículos sobre el gobierno corporativo de las empresas del Estado; un análisis de jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado por faltas de servicio de los órganos judiciales; un artículo sobre el rol de la ‘regulación descentralizada’ como respuesta a las barreras de entrada para la inserción de energías renovables no convencionales y; finalmente, un trabajo sobre la determinación de las sanciones administrativas por parte del regulador ambiental.

Luego, en la sección de derecho internacional, se incluye un riguroso análisis de la respuesta de la Unión Europea a los flujos de refugiados y migrantes experimentado a partir del 2015 (elaborado por una destacada académica de la Universidad Carlos III, de España), así como trabajos que, desde distintas perspectivas, analizan la situación de los apátridas en América Latina y el tratamiento de esta dramática realidad por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Adicionalmente, en materia de derecho comparado, cabe destacar el análisis del caso “*Obergefell vs. Hodges*”, sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, así como una revisión de la jurisprudencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fallada durante el año 2015.

Más allá de las tres secciones mencionadas, el ‘*Anuario*’ de este año incluye la transcripción de la conferencia pública ofrecida en nuestra facultad por una destacadísima figura del derecho constitucional mundial, la jueza de la Corte Federal Constitucional de Alemania, Susanne Baer, en el marco de la

‘*Cátedra de Derecho Constitucional Jorge Huneeus Zegers*’. Esta conferencia –traducida por Patricio Mason— fue especialmente preparada para la ocasión por la jueza Baer.

Adicionalmente, el lector encontrará en este volumen una reseña elaborada por el Presidente del Tribunal Constitucional de Chile, Carlos Carmena, del importante libro ‘*Privacidad*’, obra del académico Rodolfo Figueroa García-Huidobro.

Finalmente, 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 2015 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 nuestra facultad, liderados por Nicolás Álvarez y Constanza Norambuena.

El esfuerzo editorial que implica publicar el ‘*Anuario de Derecho Público*’ no habría sido posible sin el generoso concurso de un numeroso –y pluralista— grupo de destacados 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. 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 constante y entusiasta apoyo al ‘*Anuario*’; a los integrantes del Comité Editorial (Lidia Casas; Jorge Correa Sutil; Rodolfo Figueroa; Matías Guiloff; Domingo Lovera; Judith Schönsteiner y Tomás Vial); a Matías Rivas y Felipe Gana; al editor de estilo, Vicente Parrini; a Sonia Kuzmanic y, finalmente, a nuestra nueva y eficiente Secretaria de Redacción, Aileen Larraín, por el extraordinario trabajo que realizaron.

JAVIER COUSO





# **SECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL**



**CONTRAPUNTO SOBRE  
DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO**



# EL PROYECTO DE LEY DE ABORTO Y LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONCEBIDO NO NACIDO

*Hernán Corral Talciani*<sup>1</sup>

## Resumen

El trabajo se propone discutir si el proyecto de ley titulado de “despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales”, en la versión aprobada por la Cámara de Diputados en marzo de 2016, puede ser considerado suficientemente respetuoso de los derechos humanos de la criatura concebida pero aún no nacida, en particular de su derecho a la vida, a la integridad y a la no discriminación por motivo de discapacidad. El análisis se hace desde el principio de universalismo que inspira todo el sistema de derechos humanos, en virtud del cual tales derechos, no son concesiones del Estado, sino atributos que deben ser reconocidos a todos los individuos de la especie humana por el solo hecho de ser tales. Se argumenta que el objeto real del proyecto no es una auténtica despenalización sino la consagración de un “derecho a abortar” en tres causales, aclarado lo cual no parece haber fundamentos jurídicos para evitar un juicio negativo en lo que se refiere a la conculcación de los derechos humanos, y por lo mismo, constitucionales, de la criatura que está por nacer.

**Palabras claves:** aborto - despenalización - derechos humanos

## 1. Exposición del recorrido de la iniciativa

El 31 de enero de 2015, la Presidenta Michelle Bachelet presentó un mensaje a la Cámara de Diputados cuyo título es: “Proyecto de ley que regula la

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Civil de la Universidad de los Andes.

despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales” (Boletín N° 9895-II). El proyecto fue discutido en la Comisión de Salud (Informe de 15 de septiembre de 2015) y luego en la de Constitución, Legislación y Justicia (Informe de 11 de marzo de 2016). Producto de las observaciones surgidas por el debate, el Poder Ejecutivo realizó tres indicaciones (1° de septiembre de 2015, 1° de marzo de 2016 y 15 de marzo de 2016). Como por la segunda de las indicaciones se incluyó un gasto público, el proyecto, en esta parte, fue estudiado por la Comisión de Hacienda, la que emitió su informe el 15 de marzo de 2016. Los días 16 y 17 de marzo de 2016 se discute el proyecto en la Sala de la Cámara, siendo aprobado a la vez en general y en particular. Cuando se escribe este comentario el proyecto se encuentra en su segundo trámite legislativo, para ser analizado por las Comisiones de Salud, Constitución y Hacienda del Senado.

En principio, la iniciativa legal no varió en sus contenidos medulares por la discusión parlamentaria. Se mantuvo la idea de autorizar el aborto en las tres causales propuestas originalmente: peligro de vida de la madre, inviabilidad del feto y violación, pero se afinaron algunos aspectos. Así, la primera causal queda redactada de la siguiente manera: si la mujer se encuentra “en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida”. La segunda aparece ahora en los términos siguientes: “El embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal”, a lo que se agrega un deber del prestador de salud de proporcionar cuidados paliativos en caso de que el niño sobreviva a la interrupción del embarazo. Respecto de la causal de violación, se reafirma que la constatación de la violación será realizada por un equipo médico, pero se establece el deber de denunciar el hecho en el caso de menores de 18 años o de poner en conocimiento de este delito al Ministerio Público.

El proyecto agrega como novedades, respecto del mensaje original, la forma en que debe obtenerse el consentimiento de la mujer que padece de alguna incapacidad, y llega a proponer que estando interdicta en caso de demencia, el aborto debe ser autorizado por su representante legal (curador), teniendo en consideración su opinión en la medida en que ello sea posible.

Además, el proyecto establece que se ofrecerá a la mujer un acompañamiento, que incluirá tanto acciones de acogida como de apoyo biosicosocial, que se realizará tanto antes como después del parto o de la interrupción del embarazo, según la opción escogida. Igualmente se penaliza la conducta de facilitar o proporcionar cualquier órgano, tejido o fluido humano proveniente de un aborto o interrupción del embarazo.

Este trabajo se centra en la versión actual del proyecto de ley y se propone determinar si una iniciativa legal con tal contenido puede ser considerada respetuosa de los derechos humanos, y, por lo tanto, conforme a la Constitución y a los tratados internacionales sobre dicha materia, ratificados por Chile y vigentes en nuestro país.<sup>2</sup>

Pensamos que un análisis riguroso de esta cuestión se debe iniciar con la precisión de ciertos elementos básicos para impedir que el debate se transforme en un diálogo de sordos debido a que los interlocutores están partiendo de supuestos diferentes. De esta forma, empezamos por determinar de qué estamos hablando cuando nos referimos a un aborto o una interrupción del embarazo, qué alcance debe darse a lo que se señala como una mera “despenalización”, qué vamos a entender, por convención, por la expresión “embrión humano” y qué relevancia tiene el reconocimiento de la subjetividad de la criatura humana en gestación.

## 2. Algunas aclaraciones previas

### 2.1. ¿En qué consiste la conducta que llamamos “aborto” o “interrupción del embarazo”?

El proyecto de ley desde su mismo título se refiere a la conducta que pretende autorizar con la denominación de “interrupción del embarazo”. Sin embargo, se observa que con ella no hace sino designar lo que en el Código Penal recibe el nombre de aborto. Esto se comprueba al leer el inciso final que se propone añadir a los actuales artículos 344 y 345 de dicho Código: “No constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario”.

En realidad, la interrupción del embarazo no es sino una consecuencia de la conducta abortiva. Es cierto que la gestación se interrumpe sin posibilidad de reanudarse, pero a causa de que se ha destruido (abortado) la criatura que se encontraba en dicho proceso.

Ahora bien, el aborto puede darse por causas naturales, en ese caso se suele hablar de aborto espontáneo, o como resultado de conductas humanas, y entonces se habla de aborto provocado o inducido. A su vez, el aborto

---

<sup>2</sup> Nos hemos aprovechado de otros escritos nuestros, especialmente de “El embrión humano: consideraciones sobre su estatus jurídico a propósito del proyecto de ‘despenalización’ del aborto”, en Aguirrezabal, Maite y Bertelsen, Soledad (ed.) *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N°27, (U. de los Andes), 2015, pp. 107-143.

provocado puede hacerse con o sin el consentimiento de la madre. Se habla así de aborto consentido y de aborto no consentido.

El proyecto de ley se refiere claramente al aborto provocado o inducido consentido por la mujer embarazada. Solo en un caso, no por excepcional menos preocupante, se comprende la posibilidad de un aborto provocado no consentido (caso de la mujer interdicta por demencia).

Debemos inquirir aún más: ¿en qué consiste en la práctica un aborto provocado o inducido? De la literatura médica disponible, es posible describir brevemente, y con el ánimo de clarificar el supuesto de hecho sobre el que se debate, las principales técnicas utilizadas para realizar un aborto, ocupadas en los países en los que dicho procedimiento está autorizado legalmente.

Dichos métodos varían según el tiempo de gestación que lleva la criatura en el seno materno. En las primeras semanas se suele recomendar el uso de sustancias químicas que induzcan la expulsión de la criatura del seno materno lo que, dado su escaso grado de desarrollo, le provocará la muerte. La administración de prostaglandinas y sustancias como misoprostol, mifepristone (píldora RU-486) y methotrexate son consideradas una fórmula para obtener un aborto sin mayores complicaciones.

Cuando la administración de fármacos es desechada, la técnica preferida en los primeros tiempos del embarazo es la de aspiración o succión (*vacuum aspiration* o *suction termination*), que comienza con la dilatación del cuello del útero, para luego introducir una especie de tubo que está conectado a un aspirador que al funcionar destroza el cuerpo del no nacido succionando sus restos hacia el exterior. Si la cabeza es muy grande para pasar por el tubo, debe ser luego extraída por fórceps. La succión puede hacerse mediante una bomba aspirativa eléctrica o una bomba aspirativa manual.

Una segunda forma de aborto, utilizada cuando la criatura ya es demasiado grande para que pueda aplicarse sin riesgos la succión, es la que se denomina dilatación y curetaje, *dilation and curettage* (D y C). Consiste en introducir en el útero, después de su dilatación, un instrumento metálico llamado cureta (también, legra) que cuenta con filos y con una punta en forma de cuchara, con el cual se procede a destruir el cuerpo del embrión o feto y raspar los demás tejidos propios del embarazo, y luego a extraerlos de la matriz.

Un tercer método es el llamado dilatación y evacuación, *dilation and evacuation* (D y E), recomendado para casos de embarazos ya avanzados. Primero se introduce una sustancia para obtener la mayor dilatación del útero y luego se introducen fórceps (especie de pinzas o tenazas inventadas originalmente



para facilitar el parto), con los cuales se desmiembra el cuerpo del feto y se van retirado los pedazos resultantes. La cabeza, por su tamaño, debe ser comprimida para poder retirarla.

Un cuarto método consiste en extraer el líquido amniótico para inyectar en su lugar una solución salina altamente concentrada. La solución quema la piel de la criatura y termina por envenenarla, produciéndose un parto prematuro que tendrá por resultado un niño ya muerto o en estado agónico.

Finalmente, en casos de embarazos muy avanzados se practica el método *Intact Dilation and Extraction* (IDX), por el cual, ayudado por ecografías, el que practica el aborto por medio de fórceps atrapa los pies de la criatura y tira de ellos extrayéndola pero solo hasta que quede a la vista la parte inferior de la cabeza. Luego, se realiza un agujero en el cráneo y se succiona el cerebro. Reducida así la cabeza termina por extraerse por completo el cuerpo del no nacido. Este aborto es también llamado aborto por nacimiento parcial: de la expresión en inglés *partial-birth abortion*.

Finalmente, el aborto puede practicarse a través de una histerotomía, *Hysterotomy abortion*, que consiste en una intervención quirúrgica similar a una cesárea, aunque con una incisión de menor tamaño, por la cual se abre el útero y se extrae el cuerpo del no nacido, provocándole la muerte.

## 2.2. ¿Se limita el proyecto al “aborto terapéutico”?

Se ha señalado que lo que pretende el proyecto no es más que retornar a la situación anterior a la reforma del artículo 109 del Código Sanitario por la Ley N°18.826, de 15 de septiembre de 1989, en la que se regulaba la posibilidad de efectuar un aborto terapéutico. De este modo, lo único que pretendería la iniciativa legal sería reconocer causales de esta forma de aborto. Pero esto es incorrecto, porque el aborto terapéutico solo podría reconocerse, de acuerdo a ese Código, en la primera causal, es decir, peligro de vida de la madre, y no en las dos siguientes. Recuérdese que, según la RAE, terapia –de donde deriva el concepto “terapéutico– es el “conjunto de prácticas y conocimientos encaminados al tratamiento de dolencias” (acepción 2ª Diccionario de la Real Academia de la Lengua).

Por tanto, el proyecto no se propone retrotraer nuestra legislación al estado anterior a la Ley N°18.826, sino ampliar la posibilidad del aborto añadiendo dos nuevas formas: el aborto eugenésico (eliminación del embrión o feto inviable) y el aborto criminológico (eliminación del embrión o feto concebido como producto de una violación).

Es erróneo calificar de terapéutico el aborto eugenésico porque la inviabilidad del embrión o feto para la vida extrauterina usualmente no representa ningún peligro para la vida o la salud de la madre. Otra cosa es que resulte profundamente doloroso para la mujer la experiencia de gestar un niño que se va a morir una vez nacido. Pero dolor o sufrimiento moral no es sinónimo de patología, ni siquiera de carácter síquico.

La intención del aborto terapéutico es eliminar la causa del daño de la salud de la madre y “en ningún caso es matar al producto de la concepción sea este humano o no humano...”<sup>3</sup>

### 2.3. Aborto terapéutico: directo e indirecto

Como formas de aborto terapéutico pueden distinguirse el aborto directo y el aborto indirecto. Por el aborto terapéutico directo, con el fin de salvar la vida de la madre, se realizan algunas de las técnicas ya señaladas que tienen por objeto directo la privación de la vida del concebido y su extracción de la matriz materna. En este caso el aborto es el medio a través del cual se busca el fin de salvar la vida de la madre.

No sucede así con el llamado aborto indirecto, en virtud del cual la acción terapéutica tiene por objeto la recuperación de la salud de la madre y el aborto, esto es, la muerte del feto se produce como una consecuencia o efecto no deseado, aunque previsible. Por ejemplo, si se debe aplicar quimioterapia a la madre afectada por el cáncer, lo que puede provocar la muerte del niño en gestación. En caso de que así suceda, se habrá tratado de un aborto terapéutico, pero indirecto, porque la muerte del feto no fue intentada como fin o como medio para el logro del fin de salvar a la madre.<sup>4</sup>

---

3 Valenzuela, Carlos, “Aborto terapéutico y ética científica”, en *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, Vol.76, N°5, 2011, pp. 285-289. Proporcionamos la cita completa: “Una confusión ampliamente presente en muchos ambientes es entre aborto eugenésico y aborto terapéutico. Aborto eugenésico es la interrupción del embarazo con la intención de matar al embrión o feto, dado que presenta una anomalía genética valorada negativamente por la madre o las personas que pueden tomar esa decisión. Esto se realiza en muchos países del mundo ante el diagnóstico de síndrome de Down, talasemia, u otras anomalías cromosómicas o génicas puntuales del embrión o feto que puede realizarse durante la vida intrauterina. Nada tiene que ver el aborto terapéutico con el aborto eugenésico. El llamado aborto terapéutico es la interrupción del embarazo en un estado de inviabilidad del feto o embrión, dado que este embarazo está causando un deterioro grave de la salud de la madre, le puede causar daños severos e irreversibles que pueden producirle la muerte. La intención del aborto terapéutico es eliminar la causa del daño de la salud de la madre y, en ningún caso es matar al producto de la concepción sea este humano o no humano”.

4 Sobre esta forma de aborto y la aplicación del principio moral sobre acciones con doble efecto, véase Miranda, Alejandro, “¿Qué es el aborto indirecto? La prohibición del aborto y el principio del doble efecto”, en *Acta Bioethica*, Vol. 20, N°2, 2014, p. 11.

Hay unánime consenso en que el aborto terapéutico indirecto no solo no está penalizado en Chile, sino que está expresamente autorizado, es decir, es lícito. El artículo 119 del Código Sanitario vigente lo permite con claridad, ya que solo prohíbe la acción “cuyo fin sea provocar un aborto”. Si el fin es otro, y el aborto se produce como efecto colateral no deseado, estaremos ante un aborto terapéutico admitido en nuestra legislación.<sup>5</sup>

Por ello no es exacto el argumento de que Chile es uno de los seis países en el mundo que prohíbe todo tipo de aborto. Hay por los menos 60 países que solo permiten el aborto terapéutico, y dentro de ellos puede incluirse a nuestro país, en la medida en que autoriza un aborto terapéutico indirecto.

De esto se deduce igualmente que la causal N° 1 del proyecto va más allá del aborto terapéutico indirecto, ya que su texto permitiría deducir que también estaría autorizado el aborto terapéutico directo, es decir, la causación de la muerte del feto con la intención de que con ello se libre a la madre de un riesgo vital.

#### 2.4. ¿Despenalización?

Según el proyecto, su alcance sería restringido: se trataría nada más que de “despenalizar”. A nuestro juicio, tanto el Mensaje como el texto legal que se propone, dan cuenta de que no se trata de una mera despenalización, sino de una legalización y más aún de una legitimación institucional del aborto como un derecho de la mujer embarazada a una prestación médica que deberá otorgársele si la pide.

Ante conductas que están tipificadas como delito, un legislador que quiera innovar tiene tres alternativas: la despenalización, la legalización y lo que llamaremos legitimación. Se despenaliza una conducta cuando se suprime su tipificación como delito penal, pero ella continúa siendo antijurídica o contraria al ordenamiento jurídico. Es lo que sucedió con el adulterio y el amancebamiento que fueron considerados delitos penales hasta que la Ley N°19.335, de 1994, derogó las normas del Código Penal que los sancionaban. La infidelidad matrimonial ya no fue punible penalmente pero siguió siendo ilícita como una “infracción grave” a los deberes del matrimonio (artículo 132 del Código Civil). El adulterio ya no tiene sanciones penales pero sí consecuencias de carácter civil, como la separación judicial, el divorcio y la indemnización de perjuicios. También puede ponerse como ejemplo de

5 Así lo señala Bascuñán, Antonio, “La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”, en Revista de Derecho y Humanidades, N° 10, 2004, p. 167.

despenalización, la supresión de los delitos contra la libre competencia realizada por la Ley N°19.911, de 2003, que sustituyó las sanciones penales por multas administrativas.

La legalización va un poco más lejos que la despenalización, porque al excluir de las leyes penales una determinada conducta ya no se la considera ilícita o contraria al ordenamiento jurídico, sino que se la estima permitida o autorizada sin que procedan sanciones penales ni tampoco administrativas o civiles. Como ejemplo puede darse la supresión del delito de sodomía, esto es, las relaciones sexuales consentidas entre personas mayores del mismo sexo, realizada por la Ley N°19.617, de 1999. La conducta no solo ya no es punible sino que es considerada legalmente permitida.

En un tercer grado, el legislador no solo despenaliza la conducta (le quita la sanción penal), ni la legaliza (permite que se realice) sino que la legitima al consagrar su realización como un derecho individual. En este caso, lo que pasa a ser antijurídico o ilícito es privar o perturbar el ejercicio de la conducta, porque se estará lesionando un derecho tutelado por el ordenamiento jurídico. La forma de ejercer el derecho puede ser diversa, pero si exige la prestación de otros, podrá ser provista por los privados o, en subsidio, por el Estado.

¿Cuál de estas tres alternativas es la elegida por el proyecto de ley que regula el aborto: despenalización, legalización o legitimación? Si se lee el Mensaje uno diría que se opta por la legitimación: el aborto no se despenalizaría ni se legalizaría, sino que se convertiría en un derecho de la mujer. Así se deduce de frases como “*los derechos de las mujeres están en el centro de esta propuesta*”; “*la interrupción del embarazo, que el proyecto propone despenalizar en los tres casos indicados, debe consagrarse como una legítima prestación de salud*”. Si no se asegurara el que las mujeres puedan recurrir a establecimientos de salud, esta regulación será irrelevante”; “*lo que se persigue es asegurar que la mujer cuente con toda la información que le permita tomar una decisión libre*” (énfasis añadidos).

Sin embargo, si se examina el texto del proyecto vemos que prevalece la primera alternativa; es decir, la despenalización. Por de pronto, el proyecto lleva por título “Proyecto de Ley que regula la *despenalización* de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”. Luego el núcleo de la propuesta, el nuevo artículo 119 del Código Sanitario señala que “*mediando la voluntad de la mujer, un(a) médico(a) cirujano(a) se encuentra autorizado(a) para interrumpir el embarazo*” cuando concurren las tres causales. Como se ve, lo que la ley ahora haría no sería otorgar un derecho ni a la mujer ni al médico, sino

cuando más les permitiría –están “autorizados” para– perpetrar un aborto. Esto resulta confirmado con el inciso que se añade a los artículos 344 y 345 del Código Penal: “No constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario”. Viendo esta parte, se podría llegar a la conclusión de que el proyecto de ley opera en el ámbito de la despenalización o, a lo más, en el de la legalización de la conducta tanto del médico que practica el aborto como de la mujer que consiente en su realización.

Pero si esta fuera la opción legislativa, no correspondería que ningún médico, cualquiera sea la institución en la que atienda, esté obligado a practicar un aborto aunque lo requiera la mujer y se encuentre en las causales definidas por el texto legal. El proyecto solo autorizaría, no consideraría punible, permitiría una conducta, pero no la impondría. Para que los médicos, al menos los que laboran en servicios públicos, estuvieran obligados a realizar un aborto, habría que haber declarado que la mujer embarazada tenía derecho a requerir la interrupción del embarazo por muerte del feto.

Lo que termina por disipar las dudas sobre el propósito real de la iniciativa es la disposición que se propone como nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario, que señala que el médico “que sea requerido” para hacer un aborto podrá abstenerse de hacerlo si hubiere manifestado su objeción de conciencia. Si lo pretendido hubiera sido solo la despenalización o legalización de la conducta, no habría obligación para ningún médico de practicar un aborto, por lo que no necesitaría alegar objeción de conciencia para negarse a realizar la conducta. Tampoco resultaría comprensible que el precepto imponga al “objeto” la obligación de informar al Director del establecimiento que la mujer debe ser derivada y, menos aún, que se lo obligue a practicar el aborto cuando la mujer requiera atención médica inmediata e impostergradable si no existe otro médico que pueda realizar “la intervención”. Un médico en circunstancias de urgencia estará obligado a prestar atención sanitaria a la mujer para resguardar su vida, pudiendo tolerar la muerte del feto como un efecto colateral y no deseado del tratamiento, pero no a provocar un aborto que consiste en una conducta que tiene por fin provocar la muerte del ser en gestación.

Esta última disposición revela que el objetivo del proyecto, tal como fue presentado, no es ni despenalizar ni legalizar el aborto, sino legitimarlo e institucionalizarlo como un derecho de la mujer exigible frente a los servicios de salud. Esto no tiene que ver con los requisitos, más amplios o estrechos, en los que se admita el ejercicio del derecho. El proyecto enfatiza en el título que

se refiere solo a “tres causales”, que, según su texto, son peligro para la vida de la madre, inviabilidad del feto y violación. Pero esto únicamente significa que la legitimación del aborto estará circunscrita a los específicos supuestos que establecería la ley, es decir, que la mujer tendrá derecho a pedir que se le practique un aborto en la medida en que se verifiquen las condiciones exigidas por el texto legal.

## **2.5. Prevención sobre el uso de la expresión “embrión humano”**

En lo que sigue, usaremos la expresión “embrión humano” de un modo genérico para evitar tener que distinguir según las diversas etapas del desarrollo intrauterino: cigoto, embrión (primeras ocho semanas), feto (desde las ocho semanas hasta la semana 38° o 40° en que se producirá el parto). De esta manera, hablamos de embrión humano para referirnos a la criatura de la especie humana desde la fecundación del óvulo por el espermio hasta su alumbramiento por medio del parto, natural o quirúrgico.

## **2.6. Relevancia de determinar si el embrión humano es titular de derechos humanos**

Se comprende fácilmente que la discusión sobre la legalización del aborto es totalmente diferente si se asume que el embrión humano es titular de derechos humanos, lo que modernamente designamos con el término jurídico de “persona”, y especialmente del derecho a la vida (aunque también del derecho a la salud o a la inviolabilidad genética), a si se considera que dicha calidad solo se obtiene después del nacimiento, o en alguna fase tardía del desarrollo prenatal. Hay ilustres autores, partidarios de la autorización del aborto, como Ronald Dworkin, que reconocen que si el feto fuera una persona “constitucional” se acabaría la discusión, porque debería ser protegido igual que las demás personas.<sup>6</sup>

No debe extrañar, en consecuencia, que las principales sentencias que han examinado la constitucionalidad del aborto y que han admitido su legalización, partan por rechazar que el embrión humano pueda tener el mismo estatus jurídico que las personas ya nacidas. Existen posiciones extremas como

<sup>6</sup> Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, (Editorial Ariel) 1994, p.146, traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, refiriéndose a la sentencia de Roe vs. Wade y su determinación de que el feto no es persona en el sentido constitucional: “Si hubiera decidido que el feto es, por así decir, una persona ‘constitucional’ se habría puesto término a la discusión: la propia Constitución establece que los estados deben proteger por igual a todas las personas constitucionales”.

las que señalan que un embrión humano no se diferencia de un embrión de otra especie animal, hasta los que piensan que se trata de vida humana, aunque no personalizada, que debe ser protegida como un cierto bien valioso.

Hay variados fundamentos sobre la necesidad de protección de la vida del embrión. Según algunas opiniones el embrión es protegido en razón del interés de la mujer embarazada. Para otros el embrión es protegido sobre la base de un interés de la comunidad o del Estado, en cuanto vida humana o potencia de vida humana, la que puede variar según las etapas de desarrollo siendo menos intensa al comienzo e incrementándose gradualmente hasta llegar a la plena protección después del nacimiento, en cuanto sujeto o titular de derechos.

Nos parece que, reducido el embrión humano, a la categoría jurídica de cosa, aunque sea muy valiosa y merecedora de intereses de protección (como puede ser un inmueble monumento nacional, un órgano humano para trasplante, una gran obra de arte o de importancia histórica), la posible ponderación entre intereses en conflicto vendrá fácilmente resuelta en favor de los derechos de la madre (persona) y en perjuicio del embrión (cosa). Por ello, los sistemas de indicaciones o causales se han ido desplazando hacia sistemas de plazos, porque si el embrión no es más que un “bien” (cosa) el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo y no tolerar el embarazo no tiene por qué tener solo vigencia en ciertas causales predeterminados por el legislador sin tener en cuenta la autonomía o libertad de la interesada en abortar.

La cuestión del estatus jurídico del embrión humano resulta insoslayable en el debate sobre el aborto. No es admisible, por tanto, pretender que lo que debe hacer el legislador es no tomar partido en esta discusión, con raíces morales o religiosas, de modo que el Estado debería mantenerse neutral sin que consagre una concepción moral por sobre otra. Esta neutralidad se lograría dejando un espacio para que sea la misma madre la que, según sus convicciones éticas y personales, decida si debe abortar o no. Como ha puesto de relieve Michael Sandel, esto no es más que una apariencia de neutralidad, ya que al dejar la decisión sobre la vida del embrión humano en manos de terceros se está ya optando por la teoría moral que sostiene que esta criatura no tiene la dignidad ni los derechos que se reconocen a las personas nacidas.<sup>7</sup>

7 Sandel, Michael, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, (Editorial Debate) 2011, p. 285, traducción Juan Pedro Campos Gómez.

### 3. El embrión humano como titular de derechos humanos

#### 3.1. El principio de universalidad de los derechos humanos

En ocasiones se critica la expresión “derechos humanos” porque se trataría de un pleonasma jurídico, ya que, al menos en nuestros sistemas, solo se reconocen derechos a los seres humanos (no a los animales o a las cosas inanimadas), de modo que bastaría con decir derechos. Por ello algunos prefieren expresiones alternativas como derechos fundamentales o derechos esenciales de las personas, etc. Sin embargo, la denominación “derechos humanos” ha mantenido vigencia a pesar de estas críticas y pensamos que una de las razones para ello es que dicha expresión refleja una de las características primarias de la teoría general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que consiste en la afirmación de la “universalidad” de estos derechos. El llamado principio de universalidad viene afirmado incluso en el título de ese instrumento internacional fundacional, denominado justamente “Declaración *Universal* de Derechos Humanos”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 (énfasis añadido). Se trata por tanto de derechos que, a diferencia de otros que son conferidos según ciertas circunstancias a algunos individuos y no a otros, provienen de una sola pertenencia: la de la especie humana. Lo dice el preámbulo de la Declaración: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. La declaración pretende procurar que tanto individuos como instituciones promuevan “el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación *universales* y efectivos” (énfasis añadido). Estas declaraciones de universalidad aparecen en todo el articulado con expresiones como “toda persona”, “todo individuo”, “todo ser humano”, “todos” o a la inversa “nadie”. Su artículo 1º contiene la siguiente norma: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”. Basta, por tanto, con tener la condición de ser humano para ser considerado titular de derechos humanos. Esto se reafirma con lo que se dispone en el artículo 2º: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Nótese que ninguna condición o característica, por ejemplo, la edad o el grado de desarrollo, el origen de su concepción, o



el estado de salud, pueden ser esgrimidas para privarle a un individuo que tiene la calidad de ser humano la titularidad de los derechos humanos. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, reitera lo señalado en el artículo 2° de la Declaración Universal y para mayor claridad añade dos disposiciones que tienen por objeto evitar que, por el uso de la dogmática tradicional patrimonialista del Derecho Civil, se reserve el término “persona” únicamente a ciertos seres humanos que sean considerados capaces para adquirir derechos patrimoniales. Por ello, se dispone que para los efectos de la Convención “persona es todo ser humano” (artículo 1.2), así como que “toda persona [ser humano] tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (artículo 3). La personalidad jurídica en este sentido es la capacidad para ser titular de derechos humanos.

El principio de universalidad es hoy en día una doctrina común y sólidamente asentada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así puede verse en el tratado de Antônio A. Cançado Trindale, que dedica un capítulo a la materia, en el que sostiene que una de las premisas básicas de la Declaración Universal de 1948 fue que “los derechos humanos fueron claramente concebidos como inherentes a la persona humana (de ese modo anteriores y superiores al Estado y a toda forma de organización política), a todos los seres humanos...”<sup>8</sup>

La aplicación del principio de universalidad de los derechos humanos debería bastar para llegar a la conclusión de que, en tanto que el embrión humano es biológicamente un individuo de la especie humana, es decir, un ser humano, sea que se le califique o no de persona, es titular de derechos humanos, y entre ellos, por cierto, el más fundamental de todos que es el derecho a que los demás respeten su vida.

Esta conclusión es reafirmada por el estudio de textos internacionales, constitucionales y legales, que pasamos a examinar.

### **3.2. El embrión humano en los tratados internacionales de Derechos Humanos**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), después de reafirmar el principio de universalidad de los Derechos Humanos (artículo 2), dispone: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana” (artículo 6.1). La expresión “persona humana” claramente alude a todo individuo de la especie humana, para así distinguirla de las personas jurídicas.

<sup>8</sup> Cançado, Antônio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, (Editorial Jurídica de Chile) 2ª edición, 2006, p. 63.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), después de afirmar el principio de universalidad (artículos 1.2 y 3), al referirse al derecho a la vida es explícita en proclamar que ese derecho le corresponde también al embrión humano desde el mismo momento de su concepción: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción” (artículo 4.1).

Cabe citar también en este sentido la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), instrumento que declara enfáticamente que, para sus efectos, se “entiende por niño *todo ser humano* menor de dieciocho años de edad...” (artículo 1) (énfasis añadido). Esta definición comprende al embrión humano ya que, según el preámbulo de la misma Convención, “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*” (énfasis añadido). No hay, pues, incorrección jurídica alguna para referirse al embrión ya concebido con la palabra “niño”, pues esa calificación le es dada por este importante tratado internacional. Aun así, como se ha indicado, para evitar que se nos acuse de manipular los términos del debate con una denominación que puede significar una petición de principio, usamos en este trabajo la expresión más neutra de “embrión humano”.

La Convención de Derechos del Niño dispone que “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida” (artículo 6.1). Debe notarse que se trata de un derecho “intrínseco” que debe reconocerse a “todo” niño, ya sea nacido o no nacido, es decir, sin discriminación por “el nacimiento o cualquier otra condición” (artículo 2.1). Es más, como es sabido, la Convención instala el principio del bien superior del niño, de modo que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (artículo 3). Se advertirá que este principio deben tenerlo presente también los órganos legislativos a la hora de aprobar normas legales.

Por todo lo señalado parece fuera de duda que en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el embrión humano, desde el origen de su vida (fecundación del óvulo por el espermio), goza de la calidad y estatus jurídico de titular de derechos humanos, y como tal es acreedor de la protección integral del ordenamiento jurídico y de los órganos del Estado. Más aún, en cuanto infante no nacido debe ser beneficiado por el principio del interés superior del niño.

### 3.3. La sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Artavia Murillo*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se sintió en la necesidad de pronunciarse sobre el estatus jurídico del embrión humano en el caso conocido abreviadamente como *Artavia Murillo*.<sup>9</sup> La cuestión que enfrentó la Corte fue la de establecer si Costa Rica al prohibir legalmente la fecundación *in vitro* había vulnerado la Convención Americana de Derechos Humanos en contra de varias parejas heterosexuales que querían recurrir a dicha técnica para obtener descendencia. La Corte Suprema de ese país había confirmado la constitucionalidad de dicha prohibición legal considerando el derecho a la vida y la dignidad de los seres humanos concebidos, consagrado, entre otras normas, en el artículo 4.1 de dicha Convención.

La Corte Interamericana falló a favor de la demanda y en contra del Estado, para lo cual realiza una interpretación “evolutiva” del artículo 4.1 de la Convención que consagra la protección del derecho a la vida “en general, a partir de la concepción”. Comienza por entender que la palabra “concepción” debe ser entendida no como fecundación sino como “implantación” del embrión.<sup>10</sup> Uno podría esperar que se reconociera la personalidad del embrión entonces desde dicho momento, pero tampoco: según la Corte la protección de la vida del concebido (implantado) no se exige en interés de éste último sino en interés de la mujer embarazada.<sup>11</sup>

En abierta contradicción, más adelante admite que el embrión tiene derecho, o al menos un interés, a la vida, aunque no sea persona, y que ella merece una protección, pero que sería “gradual o incremental”, y que ello se deduciría de la expresión “en general” empleada por el artículo 4.1. Dice textualmente el fallo: “la Corte concluye que el objeto y fin de la cláusula ‘en general’ del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos”.<sup>12</sup> Después de descartar que haya protección absoluta –con lo que implícitamente admite que debe existir una protección aunque sea relativa–, señala: “... es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del

9 Corte IDH, *caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) contra Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, en adelante “sentencia *caso Artavia Murillo*”.

10 Sentencia *caso Artavia Murillo* cit., N° 187.

11 Sentencia *caso Artavia Murillo* cit., N° 222.

12 Sentencia *caso Artavia Murillo* cit., N° 263

derecho a la vida con arreglo a dicha disposición [art. 4.1] no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”.<sup>13</sup> En otro lugar de la sentencia, la Corte llega a calificar de “principio” a esta curiosa “protección gradual e incremental”: sostiene que la práctica generalizada de la fecundación *in vitro* “está asociada al principio de protección gradual e incremental –y no absoluta– de la vida prenatal”.<sup>14</sup>

Los argumentos de la Corte para sostener esta protección gradual e incremental de la vida prenatal más que débiles son inexistentes. Más bien, parece encontrar así una fórmula retórica para negar que reciba una protección absoluta, lo que, según parece temer la Corte, impediría la práctica de la fecundación *in vitro*. Pero si uno pregunta qué tipo de protección es la que se pretende: como derecho o como mero interés o bien jurídico, cuáles son las etapas de la gradualidad, en qué medida se va incrementando esa protección, cuándo deviene en un derecho fundamental, etc., no se encuentran respuestas.

Como bien señala el juez chileno Eduardo Vio Grossi, en su voto disidente, “el objeto y fin del artículo 4.1., visto conforme al principio de buena fe, a los términos del tratado y en el contexto de éstos, no puede ser otro que efectivamente la ley proteja el derecho de ‘toda persona ... a que se respete su vida y, en general, a partir de la concepción’, vale decir, que efectivamente se proteja ese derecho de toda persona, incluido, por tanto, el del concebido o no nacido aún”.<sup>15</sup>

Por el contrario, la sentencia llega a decir que “el objeto y fin del artículo 4.1 es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos”,<sup>16</sup> es decir, que una norma que claramente fue incorporada para fortalecer el derecho a la vida desde el momento de la concepción, devendría en significar

---

13 Sentencia *caso Artavia Murillo* cit., N° 264. Con ello se acogía lo que había sostenido la Comisión en la demanda en el sentido de que el artículo 4.1 no establece “un derecho absoluto o categórico en relación con las etapas prenatales de la vida”, a lo que agregaba que existía “un reconocimiento internacional y comparado del concepto de protección gradual e incremental de la vida en la etapa prenatal” (cf. Sentencia *caso Artavia Murillo* cit., N° 163).

14 Sentencia *caso Artavia Murillo* cit., N° 256. Véase también N° 315.

15 Voto disidente en sentencia de 28 de noviembre de 2012, *caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) con Costa Rica*.

16 Sentencia *caso Artavia Murillo* cit., N° 258.

justamente lo contrario: que la vida no puede prevalecer sobre otros derechos.<sup>17</sup> Esto es claramente absurdo y contrario al texto, al espíritu del tratado y a sus antecedentes históricos. Baste constatar que la frase “a partir del momento de la concepción” sería un predicado sin sujeto. Es obvio que, conforme a la reglas del lenguaje ordinario, cuando se señala: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción” (artículo 4.1), lo que la ley debe proteger a partir del momento de la concepción es el derecho a la vida de una persona. Por lo tanto, el embrión es titular de su propio derecho a la vida desde el momento de la concepción, la que debe entenderse, según el lenguaje corriente y los antecedentes históricos, no como implantación sino como fecundación, ya que es esta la que constituye el primer momento de un nuevo individuo humano, diverso de las células germinales de sus progenitores.

La expresión “en general” del artículo 4 no debe interpretarse en el sentido de privar de fuerza al texto admitiendo que las leyes nacionales puedan establecer excepciones a la protección de la vida desde la concepción, ya que sería absurdo proclamar un derecho tan esencial dejando libertad para presentar toda clase de excepciones que lo desconozcan. La locución ha querido, por el contrario, enfatizar que la protección de la vida por nacer rige para todos: es “general”, es decir, para todos los seres humanos y con independencia de sus diferencias en razón de condiciones diversas a su mera humanidad.<sup>18</sup>

17 Como señala Vargas, Georgina “La protección del derecho a la vida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, interpretación del artículo 4.1 en los casos *Baby Boy vs Estados Unidos y Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) contra Costa Rica*”, en *Epikieia* (Universidad Iberoamericana León), N° 22, 2013, p. 15: “De la interpretación hecha por la Corte, parece derivarse que la protección a la vida desde la concepción es ahora la excepción y la vida estuviera protegida, en general, desde el nacimiento de una persona y no antes. La Corte ha invertido el significado y el objeto del artículo 4.1 siendo ahora posible entender que la excepción es proteger la vida desde la concepción y la regla general es protegerla desde el momento del nacimiento”. Disponible en: [http://epikieia.leon.uia.mx/numeros/22/derecho\\_a\\_la\\_vida.php](http://epikieia.leon.uia.mx/numeros/22/derecho_a_la_vida.php) (consulta 6 de marzo de 2016).

18 Ya antes la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había sostenido que las implicancias jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” serían substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción” que usaban los requirentes, pero sin indicar cuáles serían esas diferencias (*Baby Boy contra Los Estados Unidos de América*, Caso 2141, Resolución 23/81, Informe de 6 de marzo de 1981, N° 30). Esta interpretación es falsa incluso desde el punto de vista histórico, como lo demuestran Bertelsen, Soledad y García, Gonzalo, “La protección del derecho a la vida y el estatuto del no nacido en el sistema interamericano de Derechos Humanos”, en Aguirrezabal, Maite y Bertelsen, Soledad (ed.), *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N°27, (Universidad de los Andes), 2015, pp. 189-197. Pero incluso más allá de los antecedentes históricos de la norma, la interpretación de la Corte vulnera no solo al texto literal sino al objeto y fin del tratado y de los Estados que lo celebraron que querían precisamente que la vida humana de la persona se protegiera desde que ella fuera concebida y no solo a partir del nacimiento. Eduardo Vio Grossi en su voto disidente muestra que la cláusula “en general”, “fue establecida para permitir que la protección que por ley se debe dar al derecho de ‘toda persona... a que se respete su vida’ a partir de la concepción”, lo sea también para el no nacido aún. En

Este fallo aislado de la Corte Interamericana que, además contradice su jurisprudencia en favor del respeto absoluto a la vida humana, no puede considerarse determinante para cambiar lo que se ha establecido con tanta fuerza en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como una aplicación del principio de universalidad de tales derechos. No es una sorpresa entonces, que incluso en el plano interno del país condenado (Costa Rica) el fallo sea abiertamente resistido, lo que ha llevado a la Corte a adoptar medidas de un intervencionismo que puede calificarse de abusivo.<sup>19</sup>

### 3.4. El embrión humano en la Constitución chilena

Si revisamos la cuestión desde el punto de vista constitucional chileno, la titularidad jurídica del embrión humano queda fuera de toda duda. La Constitución Política señala, en su artículo 19, que ella asegura a “todas las personas”, ciertos derechos fundamentales entre los cuales menciona el derecho a la vida de “el que está por nacer”, cuya protección por su vulnerabilidad se encomienda expresamente a la ley –incluida por cierto la ley penal– (artículo 19, N° 1). Ha previsto igualmente la aplicabilidad del recurso de protección para restablecer el imperio del derecho en caso de que ese derecho sufra privación, perturbación o amenaza por actos u omisiones arbitrarias e ilegales (artículo 20).

En contra, se ha sostenido que la referencia del N° 1 del artículo 19 de la Constitución no implica un reconocimiento de la personalidad del embrión humano, por cuanto se observaría una diferencia entre el derecho a la vida y a la integridad física que se reconoce para toda persona en el inciso primero del N° 1, y la alusión al no nacido contenida en el inciso 2°, para el cual esa protección no sería asumida directamente por la Constitución sino que delegada a la prudencia del legislador. De esta manera, debería ser la ley la que determinara la cobertura protectora de la vida del que está por nacer y sus posibles excepciones. Se agrega que la Constitución distingue la vida del nacido que es protegida mediante un derecho constitucional, de la vida del no nacido, que es cautelada como un bien jurídico o como un interés constitucional no atribuible a una persona. Se invocan en apoyo de esta

---

otras palabras, esa protección debe ser ‘común’ para el nacido y el que no es aún, consecuentemente, no procede hacer distinción, en este aspecto, entre ellos, ‘aunque sean de naturaleza diferente’, dado que ‘constituyen un todo’, en ambos hay vida humana, hay un ser humano, una persona” (Sentencia caso *Artavia Murillo* cit., voto disidente).

19 Cfr. Castaldi, Ligia y Franc, María Inés, “Inter-American Court Judgment Against Costa Rica on In Vitro Fertilisation (IVF): A Challenge to the Court’s Enforcement Authority”, en Oxford Human Rights Hub Blog (28 de abril de 2016). Disponible en: <http://ohrh.law.ox.ac.uk/inter-american-court-judgment-against-costa-rica-on-in-vitro-fertilisation-ivf-a-challenge-to-the-courts-enforcement-authority/>

distinción las discusiones sobre la procedencia del aborto terapéutico de que dan cuenta las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.<sup>20</sup>

Por otro lado, se observa que la norma solo se referiría a las criaturas que están en el vientre materno (embriones implantados), y no a los huevos fecundados y desarrollados *in vitro*, en medio extracorpóreo. Respecto de estos últimos no podría decirse propiamente que “estén por nacer”, esto es, en vías de nacer.<sup>21</sup>

Nos parecen equivocados ambos planteamientos. Comenzamos por refutar el segundo: no cabe en esta materia una interpretación tan literal que no admita que la fórmula “el que está por nacer” es una expresión semántica, hermosa y hasta poética, pero que se refiere a todas las criaturas humanas vivas no nacidas, independientemente del medio físico en el que se encuentren. Debe recordarse que no es más que la traducción del término latino *nasciturus* con que los romanos designaban a todo ser humano no nacido. Se trata, en consecuencia, no del que está próximo a nacer, sino del que está llamado, por su propia conformación natural, a nacer (de lo contrario, y extremando las cosas más de alguno llegaría a sostener que solo el feto ya formado y viable sería una criatura que está realmente “por nacer”).

Respecto de la menor intensidad de protección que quiere deducirse de la incorporación de la norma específica referida a la vida del *nasciturus* después de la consagración general del derecho a la vida en el artículo 19 N° 1 de la Constitución, debe partirse por destacar que si ello fuera correcto, la intención de los redactores, que fue indudablemente el enfatizar que la protección de la vida incluía al concebido, hubiera tenido resultados totalmente inversos. Mucho más lógico es pensar que la vida de todos los seres humanos es protegida de igual manera por la Constitución y que la referencia especial a los concebidos es, más bien, un mandato dirigido al legislador para que dicte normas legales especiales que hagan realidad esa protección respecto de los *nascituri* atendidas las amenazas a que están expuestos en los tiempos actuales. Adviértase que la Constitución no cosifica al *nasciturus* y que implícitamente reconoce su subjetividad: habla de “el que” está por nacer, y no de “lo que” está por nacer.

20 Cfr. *Actas Oficiales de las sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión 87°, 14 de noviembre de 1974, p. 16. En este sentido, Bascañán, ob. cit., pp. 157-168; Valenzuela, Jonatan, “Algunas consideraciones sobre el estatuto del embrión preimplantacional en Chile”, en *Revista Estudios de la Justicia*, N°3, (Universidad de Chile), 2003, pp. 169-170 y Undurraga Valdés, Verónica, *Aborto y protección del que está por nacer en la Constitución chilena*, (LegalPublishing) 2013, pp. 302 y ss.

21 Figueroa, Gonzalo, *Derecho Civil de la persona. Del genoma al nacimiento*, (Editorial Jurídica de Chile) 2001, pp. 150 y ss., que sostiene que el artículo 75 del Código protege solo a los embriones ya implantados en el seno de la madre. Los embriones concebidos *in vitro* no pertenecerían ni siquiera a la categoría de “los que están por nacer”.

La interpretación contraria que quiere ver una protección diferenciada de la vida del *nasciturus* como un bien jurídico, pero no como un derecho humano o fundamental cuya titularidad corresponde al mismo embrión humano, ha sido tempranamente rebatida por Patricio Zapata.<sup>22</sup>

Es además lo que pide una interpretación armónica de este inciso del N° 1 del artículo 19 con las normas y principios del Capítulo Primero sobre Bases de la Institucionalidad, en especial con el artículo 1° que declara que el Estado está al servicio de la persona humana y con el artículo 5° que reconoce los derechos esenciales que derivan de la naturaleza humana, siendo claro que el embrión humano cuenta con tales derechos.<sup>23</sup> La conclusión es exigida también por la armonía que debe existir entre la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Chile, en especial con la Convención Americana de Derechos Humanos. Humberto Nogueira ha sostenido que, aunque el artículo 19 N° 1 de la Constitución pareciera diferenciar entre la protección de la vida del ser humano nacido y el concebido, en atención a lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2 y en especial en la Convención Americana de Derechos Humanos, “debemos concluir en una interpretación armónica, sistemática y finalista del bloque constitucional de derechos esenciales, que los seres humanos (*nasciturus* o *nonatos* y *nacidos*) son personas que tienen derecho a que se respete su vida, ‘en general, a partir del momento de la concepción’ hasta su ‘muerte natural’. La existencia de esta nueva persona, por imperativo de su propia dignidad, establece el deber de proteger su vida y de impedir que se provoque su muerte”.<sup>24</sup>

En este mismo sentido Sergio Carrasco ha dicho que “siendo el concebido y aún no nacido titular de una vida que comienza con la concepción, cualquier acto o pretensión de afectar tal vida transgrede el texto y las finalidades de la Constitución”.<sup>25</sup> Es la posición compartida por la opinión común de nuestra

---

22 Zapata, Patricio, “Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol.15, N°2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 1988, pp. 384-386.

23 Precht, Jorge, “La administración del Estado al servicio de la persona en gestación”, en *Revista de Derecho Público*, N° 57/58, (Universidad de Chile), 1995, pp. 199 y ss.

24 Nogueira, Humberto, “El derecho a la vida en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Gaceta Jurídica* 207 (1997), p. 11.

25 Carrasco, Sergio, “Constitución Política de 1980. Finalidades y aplicación. Notas sobre el derecho a la vida y su protección”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Vol.1, N°1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2003, p. 86.



doctrina de derecho público.<sup>26</sup> Todo lo anterior no puede ser dejado sin efecto invocándose una mera discusión entre los integrantes de la Comisión de Estudios que redactó el primer texto de la Carta Fundamental,<sup>27</sup> menos ahora después de las numerosas modificaciones de que ha sido objeto para profundizar su adhesión a los principios humanistas y democráticos.

### 3.5. Relevancia de la reforma constitucional de 1999: el verbo “nacen” del artículo 1º de la Constitución

La reforma constitucional de la Ley N°19.611, de 1999, tuvo por objeto explicitar la igualdad entre hombres y mujeres, para lo cual se estimó conveniente sustituir la expresión “los hombres”, con la que se iniciaba el artículo 1º de la Constitución, por “las personas”, pero se mantuvo el resto de la norma: “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Al quedar vinculados el vocablo “persona” con el verbo “nacer”, alguien podría tener la impresión de que la Constitución se estaba desdiciendo de la protección otorgada a la persona por nacer en el artículo 19 N° 1, y que en el artículo primero se reconocía solo como personas (con dignidad y derechos) a los seres humanos ya nacidos, o desde el momento en que nacieran.

Afortunadamente, esto se advirtió a su debido tiempo y –no hay mal que por bien no venga– sirvió para que el Congreso Pleno ejerciendo su función de poder constituyente derivado reafirmara la personalidad constitucional del ser humano concebido, por medio de una expresa aclaración en tal sentido.

Varios parlamentarios hicieron uso de la palabra para hacer hincapié en que el nuevo texto, al hablar de que las personas nacen libres e iguales, no podía entenderse como un debilitamiento del derecho a la vida del que está por nacer (diputada Cristi, diputado Elgueta, senador Díez, diputado José García,

26 Soto, Eduardo, *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, (Editorial Jurídica de Chile), 1996, tomo I, p. 44. El autor con toda razón sostiene que importaría una diferencia arbitraria distinguir entre el derecho a la vida del *nasciturus* y del nacido, siendo ambos individuos de la especie humana y por tanto personas. Cfr. también Nogueira, H., ob. cit., p. 11.

27 Lo que se deduce, en verdad, de esa discusión es más bien la falta de uniformidad de pareceres sobre la no derogabilidad por parte de la Constitución del aborto terapéutico entonces vigente en el Código Sanitario. Evans de la Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, (Editorial Jurídica de Chile), tomo I, p. 100, escribe que “Lo que ni la ley ni la autoridad podrían autorizar o tolerar, sin infringir la Constitución, es la práctica masiva del aborto común” y Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile), tomo I, 2ª edición, 2002, p. 199, señalan que la disposición del Código Civil se incluyó en el texto constitucional “con el propósito de que en el futuro no pudiese legislar en forma amplia acerca del aborto”. No concordamos con esta interpretación, pero incluso aceptándola debería considerarse inconstitucional un proyecto de aborto que no se limita a la razón terapéutica, sino que lo expande a la razón eugenésica (inviabilidad del feto) y a la criminológica (violación), máxime si no se concibe únicamente como despenalización o legalización sino como legitimación en cuanto derecho subjetivo de la mujer a una prestación médica.

diputado Krauss, senador Urenda, senador Zaldívar), ni en el sentido de “ignorar, suprimir o atenuar el reconocimiento de la personalidad constitucional que corresponde tanto a hombres como mujeres desde el mismo momento de la concepción” (diputada Guzmán, senador Larraín, diputado Luksic, diputado Pérez).<sup>28</sup>

El argumento, gramatical, que quiere ver en el vocablo “nacen” del artículo 1º una exclusión de los no nacidos del ámbito protector de la Carta Fundamental no puede ser considerado acertado.<sup>29</sup> Es manifiesto, incluso hasta por su propia ubicación de “norma pórtico”, que el artículo 1º utiliza el vocablo persona en su noción institucional, como “base de la institucionalidad”, según reza el epígrafe del capítulo I en el que se inserta. Al hablar, por ejemplo, de que el Estado está al servicio de la persona, no puede sino estar pensando en el ser humano y en cualquier ser humano. El primer párrafo necesariamente, por su contexto y por su historia, se refiere a la persona como ser con dignidad anterior a las determinaciones y elaboraciones jurídicas. La mantención del término “nacen” no puede operar como una limitación a esa noción sustancial de persona, ya que –es sabido– su inclusión obedece a una reminiscencia histórica a la esclavitud.

Por lo demás, bien se puede sostener que si la Constitución reconoce que las personas nacen libres e iguales en dignidad, es porque ya lo son desde el momento en que vinieron a la existencia, es decir, desde la concepción.<sup>30</sup>

### **3.6. El embrión humano como titular de derechos en el sistema legal chileno**

Después de analizar en profundidad nuestro ordenamiento jurídico debe constatar que hay un claro y firme reconocimiento de la personalidad del embrión, al que la ley civil gusta denominar como “criatura que está por nacer”. Esta conclusión parece contradecirse con el texto del artículo 74 del Código Civil que expresamente señala: “la existencia legal de toda persona

28 Cfr. Sesión del Congreso Pleno del 15 de mayo de 1999, *Diario de Sesiones del Senado* pp. 4037-4066

29 En este sentido, por aceptar la tesis civil tradicional de que la persona solo es reconocida desde su nacimiento, Guzmán, Alejandro, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso) 2001, pp. 92-97. Con todo este insigne profesor, está lejos de aceptar que la vida del ser humano concebido –aunque él, como su maestro Álvaro D’Ors, no le otorguen la calificación de “persona”–, sea disponible del modo que se propone en el proyecto de ley que comentamos.

30 Fernández, Miguel Ángel, “Derecho a la vida y derechos fundamentales de la persona que está por nacer”, en AA.VV., *Los derechos de la persona que está por nacer*, Conferencias Santo Tomás de Aquino, Universidad Santo Tomás, Santiago, 2001, p. 84, sostiene que la reforma ha reforzado el derecho a la vida del que está por nacer al descartarse por completo que la expresión “el que está por nacer” del artículo 19 N° 1 inciso 2º de la Constitución fuera entendida como aludiendo a alguien que no es “persona” en el sentido constitucional.

principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”, de modo que la criatura que muere en el vientre materno o antes de esa separación “se reputará no haber existido jamás”.

El tenor literal del artículo 74, a nuestro juicio, ha sido sobredimensionado y aplicado fuera de su órbita natural por la doctrina común, llevándola a proclamar como dogma incuestionable que la ley civil no reconoce la personalidad del *nasciturus*.<sup>31</sup>

Esta afirmación no tiene en cuenta, sin embargo, que el mismo código civil y la legislación nacional contienen numerosas disposiciones que claramente demuestran que la ley reconoce y protege la personalidad del que está por nacer:

1°) Por de pronto, se le incluye claramente en la definición de persona que el código civil formula en el poco considerado artículo 55: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad...”. El embrión es individuo y pertenece a la especie humana, por lo cual, con prescindencia de su desarrollo cronológico (edad), debe ser considerado persona.

2°) El *nasciturus* es sujeto de estado civil: se le considera hijo (artículo 243 inciso 2° código civil) y se señala que los efectos de la determinación de su estado civil filiativo se retrotraen a la época de su concepción (artículo 181 código civil). Incluso se permite iniciar los trámites propios de una adopción en su favor (artículo 10, Ley N°19.620).

3°) Congruentemente con lo anterior se declara solemnemente que “la ley protege la vida del que está por nacer” (artículo 75 código civil). Adviértase que la expresión “el que está por nacer” sugiere claramente la personalidad: se trata de “alguien”, no de “algo”.

4°) Se atribuyen facultades amplísimas al juez para adoptar, de oficio o a petición de cualquier persona, “todas las providencias que le parezcan

<sup>31</sup> Debemos reconocer que nuestro pensamiento sufrió una cierta evolución. En un primer momento no estimábamos posible afirmar con seguridad el reconocimiento positivo de la personalidad civil del concebido, por lo cual propiciábamos que se revisaran aquellas normas civiles que, como el artículo 74 del Código, parecían negar esa calidad al embrión. No obstante, ya en ese momento hacíamos ver la necesidad de “revisar los conceptos dogmáticos tradicionales, y ahondar en el concepto de persona natural que da el Código Civil chileno”. Ver Corral, Hernán, “Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer”, en *Revista de Derecho XIII* (Universidad Católica de Valparaíso), N°13, 1989-1990, p. 47, nota 46. Es la labor que hicimos en trabajos posteriores y especialmente en el que se actualiza y desarrolla en este escrito. La doctrina civil actual va girando hacia un reconocimiento de la personalidad del concebido. Así, Larráin, Hernán, *Lecciones de Derecho Civil*, (Editorial Jurídica de Chile), 1994, pp. 132 y ss. ha sostenido que el Código Civil reconoce la “personalidad natural” del concebido; Figueroa, ob. cit., pp. 150-152, llega a la misma conclusión aunque restringe la expresión legal “el que está por nacer” al embrión ya implantado. En cambio, la reconoce sin ambages y con persuasivos ejemplos, Henríquez, Ian, *La regla de la ventaja para el concebido en el Derecho Civil chileno*, (LegalPublishing) 2011, pp. 164 y ss.

convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará” (artículo 75 código civil). Esta norma debiera relacionarse con las facultades que la Ley de Tribunales de Familia otorga a los jueces de este fuero para adoptar medidas de protección en favor de niños o niñas que sean gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos (artículo 8 N° 7 Ley N°19.968), precisando la ley que por niño o niña debe entenderse “todo ser humano que no ha cumplido catorce años” (artículo 16 inciso 3°, Ley N°19.968). La protección de la vida del concebido conduce necesariamente a excluir toda forma de interrupción de la gestación, con las disposiciones que castigan penalmente el aborto provocado (artículos 342 y siguientes del código penal) y que prohíben toda acción que tenga como fin directo el aborto (artículo 119 del código sanitario).

5°) Se determina que todo castigo a la madre por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, debe diferirse hasta después de su nacimiento (artículo 75, inciso 2°, código civil). Por lo que, en todo caso, debe suspenderse la aplicación de la pena de muerte, si es que fuere aplicable en alguno de los casos en los que aún subsisten en nuestra legislación (artículo 85 del código penal).

6°) Se declara la protección que el Estado debe proporcionar al hijo que está por nacer. El Código Sanitario dispone que “Toda mujer durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo, y el niño, tendrán derecho a la protección y vigilancia del Estado por intermedio de las instituciones que correspondan”, de modo que, “La tuición del Estado comprenderá la higiene y asistencia social tanto de la madre como del hijo” (artículo 16).

7°) Se protegen igualmente los derechos patrimoniales del *nasciturus*: todos los derechos que se le defieren a la criatura permanecen en suspenso, y si llega a nacer entra en el goce de ellos como si hubiese estado ya nacido al momento en que se le defirieron (artículo 77 código civil).

8°) Por tal razón, el *nasciturus* goza de capacidad para suceder por causa de muerte (artículo 962 código civil), y para recibir donaciones (artículo 1390 código civil).

9°) Además, la ley provee un administrador para los derechos que se le defieren mientras se encuentra en gestación, concediendo al padre o a la madre la patria potestad sobre el que está por nacer (artículo 243, inciso 2° código civil), y, a falta de estos, posibilitando el nombramiento de un curador de bienes (*ad ventris*) (artículos 485 y siguientes código civil).

10°) La Ley de Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias

considera como sujeto beneficiario de pensiones alimenticias al hijo que está por nacer (artículo 1, inciso 4° Ley N°14.908, de 1962, texto refundido por D.F.L. N° 1, Ministerio de Justicia, 16 de mayo de 2000, modificado por la Ley N°20.152, de 2007).

11°) Aunque el artículo 74 del Código Civil utilice para el niño que muere antes de nacer una cruda expresión: –“se reputará no haber existido jamás”–, la Ley de Registro Civil, (si bien omite por razones prácticas las inscripciones de nacimiento y defunción), contempla la necesidad de dar sepultura a los restos de la criatura no nacida en los cementerios destinados a cadáveres humanos, y ordena el otorgamiento del respectivo pase de sepultación (artículo 49 de la Ley de Registro Civil).<sup>32</sup>

12°) El artículo 66 del Código del Trabajo, modificado por la Ley N°20.137, de 16 de diciembre de 2006, concede un permiso pagado, adicional al feriado anual, de tres días corridos, en caso de que el trabajador sufra la muerte de “un hijo en período de gestación”. Se aclara que en caso de muerte del hijo nonato el permiso se hará efectivo desde el momento de acreditarse la muerte con el respectivo certificado de defunción fetal. El mismo permiso se extiende a los funcionarios de la Administración Pública (Ley N°18.834, texto refundido por D.F.L. N° 29, de 2004, artículo 104 bis) y de las municipalidades (Ley N°18.833 artículo 108 bis).

Con fecha 29 de septiembre de 2006, se publicó en el Diario Oficial la Ley N°20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y que prohíbe la clonación humana (ley sobre genoma humano). Este cuerpo legal contiene una nueva reafirmación de la protección que el ordenamiento jurídico realiza del *nasciturus*, en su calidad de individuo de la especie humana.

En efecto, el artículo 1° de este cuerpo legal dispone expresamente que “esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”.

32 En contra de la dignidad de los restos del no nacido se rebela el Decreto Supremo N°240, del Ministerio de Salud, de 3 de junio de 1983, Reglamento del Título IX del Código Sanitario, cuando dispone que son admisibles las donaciones de “todo producto de la concepción que no llegue a nacer vivo”, las que se perfeccionan por la sola voluntad del donante (artículo 17). También utilizan esta expresión “producto de la concepción” el artículo 49 del Reglamento General de Cementerios, Decreto Supremo N°357, de 1970 y el artículo 40 del Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas, Decreto Supremo N° 161, de 1982, ambas normas introducidas por el Decreto Supremo N° 216, Ministerio de Salud, de 17 de diciembre de 2003. Estas últimas, a pesar de lo desafortunado de la expresión, le reconocen al concebido su dignidad humana al contemplar y facilitar su inhumación.

Un veto del Poder Ejecutivo que pretendía exceptuar de la protección del ser humano desde la concepción los casos de contracepción de emergencia y de aplicación de técnicas de reproducción asistida, fue declarado inadmisibles por el Presidente del Senado.

La Ley N°20.120 saca varias consecuencias concretas de la protección del no nacido. Así se prohíbe bajo sanción penal la clonación de seres humanos, cualquiera que sea el fin perseguido y la técnica utilizada (artículos 5 y 17), es decir, se prohíbe no solo la clonación reproductiva sino la mal llamada “clonación terapéutica”, que involucra la pérdida deliberada de embriones. Se dispone además que en ningún caso podrán destruirse embriones humanos para obtener las células troncales que den origen a tejidos y órganos (artículo 6). La ley agrega que “no podrá desarrollarse una investigación científica si hay antecedentes que permitan suponer que existe un riesgo de destrucción, muerte o lesión corporal grave y duradera para un ser humano” (artículo 10 inciso 2°).

Debe aclararse que el hecho de que la ley prefiera hablar de ser humano más que de persona o persona humana no tiene mayor importancia dogmática, puesto que todos estos términos aluden a la misma realidad: el individuo de la especie humana en toda la extensión de su desarrollo; desde su inicio al momento de la concepción hasta su extinción con la muerte, como titular de derechos.<sup>33</sup>

No es admisible que se quiera ahora manipular el término “concepción” para identificarlo con la anidación del embrión en el útero de la madre.<sup>34</sup> Recuérdese que este es un vocablo que figura en nuestro derecho desde muy antiguo. Concepción en el Código Civil se contrapone al nacimiento, y es claramente el primer momento de la existencia natural de ese individuo de la especie humana que es la persona. La concepción corresponde al momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, ya que desde ese mismo momento puede hablarse de un nuevo individuo que pertenece a nuestra especie.

---

33 Sobre las implicancias de esta regulación para el reconocimiento de la personalidad del concebido, véase Henríquez, ob. cit., pp. 177 y ss.

34 Como pretende García, Fernando, “Sobre algunos alcances del art. 1° del ‘Proyecto de Ley sobre Investigación Científica en el Ser Humano y (que) prohíbe la clonación humana”, en *Entheos*, Escuela de Derecho Universidad de las Américas, año 4, 2006, pp. 169 y ss. Es también la estrategia argumental seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*” en relación con el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: véase *supra* 3.3, aunque ésta, como es evidente, no ha tenido a la vista los textos normativos y los antecedentes del ordenamiento jurídico chileno.

Una segunda reafirmación de la personalidad del ser humano concebido lo vemos en la Ley N°20.418, publicada en el Diario Oficial el 28 de enero de 2010, sobre regulación de la fertilidad. Esta ley después de señalar que “los órganos de la Administración del Estado con competencia en la materia pondrán a disposición de la población los métodos anticonceptivos, que cuenten con la debida autorización, tanto hormonales como no hormonales, tales como los métodos anticonceptivos combinados de estrógeno y progestágeno, métodos anticonceptivos de progestágeno solo, los métodos anticonceptivos hormonales de emergencia y los métodos de anticoncepción no hormonal, naturales y artificiales” (artículo 4 inciso 2°), señala explícitamente que “En todo caso, no se considerarán anticonceptivos, ni serán parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad, aquellos métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto” (artículo 4 inciso 3°).

Es claro que el legislador admite los métodos anticonceptivos pero no los que tengan efecto abortivo, es decir, aquellos que actúan después de que se ha verificado la fecundación del óvulo por el espermio y cuando ya hay un ser humano concebido. La razón no puede ser otra, si relacionamos esta ley con el resto de los antecedentes normativos que ya hemos mencionado, que el reconocimiento de una persona que, aunque esté en sus primeros momentos, goza ya de dignidad humana y de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad corporal y a la salud.

### **3.7. Refutación del argumento en contrario fundado en el artículo 74 del Código Civil**

Expuestas las normas anteriores, se impone una interpretación finalista y contextualizada del precepto del artículo 74 del Código Civil, que en su tenor literal parece negar personalidad al embrión y otorgarla cuando haya ocurrido el nacimiento, esto es, cuando la criatura se haya separado completamente de la madre y sobrevivido algún momento a esa separación. Yendo más allá de las expresiones literales del precepto, queda claro que el codificador no ha querido otra cosa que fijar con certeza el punto en el que se consolidan definitivamente las relaciones patrimoniales surgidas en favor del que está por nacer durante su gestación, y que en ningún caso ha pretendido negar al *nasciturus* su cualidad de sujeto de derechos.

Es manifiesto que la fórmula del artículo 74, en relación con la disposición del artículo 77 del Código Civil, no es más que un medio técnico destinado a condicionar la capacidad patrimonial del embrión a su nacimiento, evitando

de esta forma desplazamientos inciertos de la propiedad. La norma nos viene a decir que, en caso de muerte antes del nacimiento, el feto no es considerado causante para efectos sucesorios, articulando la ley una ficción (que ella misma reconoce como contraria a la realidad de las cosas) de que la criatura no ha llegado a la existencia (“se reputará” dice el Código no haber existido). Se trata, por tanto, de un desconocimiento *a posteriori* de la capacidad patrimonial, que no puede considerarse atentatorio para la dignidad del embrión ya que ella se verifica cuando este ya no tiene existencia. Nadie podría sostener que con ello se le desconoce injustamente el derecho de transmitir sus propios bienes: no resulta razonable conservar ese derecho respecto de alguien que no podrá tener nunca la posibilidad de ejercerlo.<sup>35</sup>

Otra razón práctica para seguir el mismo criterio la da Guzmán Brito, explicando el Derecho romano: “la razón es clara: nacida muerta una criatura, no siempre es posible saber en qué momento murió ni, por ende, si alcanzó o no a adquirir un patrimonio (hereditario) y a causar o no su propia herencia”.<sup>36</sup> Pensamos que el argumento mantiene su vigencia en el Derecho patrimonial moderno.

## **4. Procedencia del aborto aceptando titularidad de Derechos Humanos del embrión**

### **4.1. Una propuesta de antigua data**

En 1971, Judith Thomson publicó un influyente artículo, “*A Defense of abortion*” (*Philosophy & Public Affairs*, 1971, vol. I), por el cual intentó justificar el aborto en los derechos de la mujer pero sin desconocer la personalidad del embrión humano. Su ejemplo ha devenido en clásico: el de una persona cuyo cuerpo ha sido sin su voluntad conectado a un paciente (un célebre violinista) cuya vida depende de dicha conexión. Thomson alega que nadie dudaría de que, aunque el enfermo sea persona, no existe un deber jurídico que imponga al conectado el supeditar su libertad y autonomía para salvar la vida del violinista.

---

<sup>35</sup> Se trata de un expediente técnico de restricción justificada y *a posteriori* de la capacidad patrimonial. Nada impide que esta solución pueda cambiar si se estima que los conocimientos científicos son suficientes para determinar con certeza la fecha de la muerte del concebido. En similar sentido, para la legislación española, puede verse a Martínez de Aguirre, Carlos, “¿El nacimiento determina la personalidad? (Reflexiones sobre el concepto jurídico de persona, con un epílogo sobre la situación jurídica del concebido”, en *Revista Actualidad Civil*, N° 31, 2001, pp. 1103 y ss.

<sup>36</sup> Guzmán, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, (Editorial Jurídica de Chile), 1996, tomo I, § 54, p. 277.



Más adelante, el Tribunal Constitucional alemán, primero por la sentencia de 25 de febrero de 1975, y luego de la reunificación, por la sentencia de 28 de mayo de 1993, si bien reconoce que el embrión humano es sujeto de derechos y en particular del derecho a la vida, ya que puede ser incluido en el “todos” al que se refiere el artículo 2.2 de la Carta Fundamental, e incluso señala que el aborto provocado debe ser considerado en principio injusto o ilegal, sin embargo concluye que no siempre debería ser objeto de una pena ya que hay situaciones excepcionales en las que no puede exigirse a la mujer que no interrumpa su embarazo mediante el aborto. El criterio de la inexigibilidad de otra conducta (*Unzumutbarkeit*) puede orientar al legislador para despenalizar en ciertos casos la privación de la vida del concebido.<sup>37</sup>

A continuación, pasaremos revista a los que nos parecen son los principales argumentos que abogan por la autorización del aborto consentido por la mujer, aun suponiendo la calidad de titular del derecho a la vida del embrión humano.

#### **4.2. El argumento de que solo se considera despenalización de la conducta**

Siguiendo el razonamiento de que el derecho penal es la máxima reacción de que dispone la sociedad para cautelar determinados derechos o bienes jurídicos y que existen otras formas de otorgar protección al derecho a la vida del embrión humano que pueden ser más apropiadas que la coerción penal, se dice que debe admitirse que, al menos en ciertos casos, el legislador puede renunciar a penalizar la privación de la vida del concebido. Se sostiene, entonces, que aunque la conducta sea antijurídica no debiera ser punible por las consecuencias negativas que la penalización produciría en cuanto a abortos clandestinos y riesgo para la vida de las mujeres que se someten a ellos.

Nos parece que este razonamiento es contradictorio con otras tendencias sociales que llevan a buscar en la criminalización de ciertas conductas una herramienta efectiva para prevenir su realización y proteger a los más débiles y vulnerables. De allí que los postulados del Derecho Penal mínimo están bastante mermados en la realidad legislativa. Sería paradójico, por ejemplo, que la ley castigara penalmente el maltrato de animales, mientras se despenaliza la causación de la muerte, por vías violentas, del embrión humano.

---

<sup>37</sup> Un comentario a la sentencia de 1993, en Domingo, Rafael, “El aborto y el Tribunal Constitucional alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21, N°2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 1994, pp. 273 y ss.

Tampoco sería comprensible que se hiciera una discriminación tan fuerte entre el derecho a la vida del ser humano en gestación y el derecho a la vida de los seres humanos ya nacidos. Esta última es protegida en toda su extensión por diversos tipos penales, algunos incluso agravados como el parricidio, el homicidio calificado y el reciente delito de femicidio.<sup>38</sup>

Por ejemplo, no se entendería por qué se despenalizaría solo el aborto y no el infanticidio. Las mismas razones que se invocan para pedir la despenalización de la destrucción del embrión humano pueden darse también para no castigar a la mujer que abandona o tira a la basura o a un inodoro al niño recién nacido que acaba de dar a luz.

En todo caso, como hemos visto, el proyecto de ley que comentamos no establece una mera despenalización de la interrupción del embarazo, por más que así lo pretenda, sino que una legitimación del aborto como un derecho de la mujer.

#### **4.3. El argumento de la ponderación de derechos en colisión**

Asumiendo que en realidad las leyes de aborto no buscan la mera despenalización del aborto, sino su legalización como una conducta lícita, se señala que ello debe resultar de una ponderación de los derechos o intereses en juego. El balance debe hacerse entre el derecho (o interés) a la vida del ser humano en gestación, que depende del cuerpo materno para subsistir, y los derechos (o intereses) de la mujer a la vida, a la integridad psíquica, a la salud o simplemente a su libertad personal o autonomía para decidir sobre su maternidad. La ponderación se resolvería en favor de los derechos de la mujer frente a los cuales podría limitarse el derecho a la vida, todavía incipiente, del hijo que lleva en su seno.

Al afirmarse el resultado de la ponderación de antemano, se revela que la aceptación del derecho a la vida del concebido ha sido más aparente que real. Porque si se tratara del derecho a la vida, como derecho fundamental de un ser humano, no podría ser sopesado con otros derechos de otro ser humano. El derecho a la vida, así como la dignidad humana, es una realidad inconmensurable que no acepta que pueda medirse o balancearse con otros derechos también inconmensurables. En este sentido, bien puede decirse que el derecho a la vida es un derecho absoluto, que no puede reconocer excepciones sin que pierda sentido su protección jurídica. Sucede algo semejante con la prohibición de la tortura, que debe ser absoluta, porque cualquier limitación

---

<sup>38</sup> La diversidad de penas entre el aborto y el homicidio puede ser justificada por la mayor malignidad de este último, en cuanto la víctima tiene una presencia más patente y manifiesta para el agresor.

o excepción (por ejemplo, si se sostiene que excepcionalmente sería legítimo torturar a una persona para que revele dónde está la bomba que hará morir a miles de personas inocentes) la desvirtuaría como tal.<sup>39</sup>

Pero aun aceptando que la vida humana pueda ser objeto de ponderación con derechos de otros sujetos, habrá que decir que dicha ponderación jamás podrá lesionar el núcleo o contenido esencial de ese derecho, siguiendo el criterio que consagra entre nosotros el artículo 19 N° 26 de la Constitución. De este modo, ningún derecho de la mujer podría llevar a una lesión del contenido esencial del derecho a la vida del ser humano en gestación, como se da en toda conducta abortiva, que por principio persigue la muerte del embrión.

#### **4.4. El argumento de la conducta supererogatoria**

Como hemos dicho, Judith Thomson abogó por la idea de que no abortar podría ser considerado algo moralmente encomiable pero jurídicamente no podría ser exigido, porque a nadie se le exige sacrificar su libertad para salvar la vida de otro semejante. Thomson hablaba de la parábola evangélica del buen samaritano que socorre al forastero que encuentra tirado en el camino herido después de un asalto por una banda de bandidos (cfr. Lucas 10, 25-37). Es digno de admiración el comportamiento de este samaritano que, a diferencia del sacerdote y del levita, no se hizo el indiferente y llevó al herido a una posada y encargó al dueño de ella que lo cuidara, con cargo a sus propios recursos. Pero se convendrá, dice Thomson, que la ley no puede exigir que los ciudadanos se comporten de manera heroica y virtuosa. Por ello, tampoco podría exigirse a la mujer embarazada que se sacrifique en pro de la salvación del ser humano que se gesta en su cuerpo, por mucho que éste sea titular del derecho a la vida.

En nuestro país, este argumento ha sido invocado, aunque limitado a las tres causales del proyecto, por Carlos Peña González. En una columna publicada a comienzos de este año en el diario *El Mercurio* propuso abandonar la discusión sobre el comienzo de la vida humana o el estatus jurídico del concebido, y centrar la cuestión en si cabe exigir coactivamente la continuación del embarazo, cuando ello constituiría un acto supererogatorio: “Así –escribe–, podría incluso aceptarse –a efectos de la argumentación– que sostener un embarazo a sabiendas que la vida extrauterina será imposible, es un acto bueno. También, a efectos de la argumentación, podría sostenerse que es bueno que una mujer arriesgue su vida en defensa de la del embrión o que decida

---

39 En este sentido, Bertelsen, y García, ob. cit., pp. 197 y ss.

sostener un embarazo luego de haber sido tratada como una cosa y violentada. Pero no todo lo bueno es debido. Esas decisiones serían actos supererogatorios, conductas que el derecho no puede exigir de manera coactiva. Y por eso, lo razonable es que esa decisión le corresponda a la mujer: es ella quien, puesta frente a una elección trágica, debe decidir si asume o no esa carga supererogatoria, y no es el Estado quien debe decidir por ella”. Lo contrario significaría exigir que las mujeres en estas situaciones extremas se conduzcan como santas o como heroínas.<sup>40</sup>

Sin duda se trata de un argumento persuasivo, y que además tiene la virtud de reconocer que el concebido puede tener derechos o intereses autónomos que no pueden serle desconocidos por la sola decisión de la madre. Pese a ello, pensamos que falla por dos razones fundamentales.

En primer lugar, porque si bien es cierto que no puede exigirse a los padres que se inmolen o que hagan sacrificios extraordinarios para mantener la vida de sus hijos, nadie dudará que, como a todos los demás ciudadanos, se les puede y debe pedir algo más básico: no atentar directamente contra la existencia de un ser humano inerte. Al que pasa por el camino del malherido de la parábola no se le pedirá que lo socorra y le pague los cuidados en la posada como hizo el buen samaritano, pero sí se le exigirá que se abstenga de matarlo. Lo mismo puede decirse respecto del violinista de Thomson: el secuestrado puede cortar la sonda que lo conecta al enfermo, pero en ningún caso estará autorizado a coger un bisturí y asestarle un golpe mortal a su corazón.

En un segundo término, porque si lo supererogatorio se entiende como la imposibilidad de cumplir con ese mandato mínimo por las concretas circunstancias que vive la persona –ella debió abstenerse de matar al hijo, pero se vio impedida de actuar de otra manera–, bastaría con ocupar las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal que se encuentran en el Código Penal vigente, como fuerza moral irresistible, miedo insuperable o estado de necesidad. En tal evento, será el juez quien, caso a caso, podrá ponderar hasta qué punto la mujer embarazada consintió en un aborto apremiada por circunstancias extremas que le fueron insuperables, de modo que no le era exigible actuar de otro modo.

No es esto lo que propone el proyecto de ley. Su objetivo no es evitar que se exijan conductas heroicas a las embarazadas, sino convertir el aborto en un derecho protegido por el ordenamiento jurídico. Más aún, se trata de darle la

---

40 *El Mercurio*: Carlos Peña: “Aborto: ni santas ni heroínas”, 10 de febrero de 2016, A-2.

categoría de prestación médica, a la cual terceros, como el personal de salud, estarían obligados.

Siendo así, no hay manera de conciliar ese estatuto legal con un genuino reconocimiento de la titularidad de un derecho a la vida del ser humano concebido.

#### **4.5. El argumento de la carga inexigible**

Este argumento proviene de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán que, como dijimos, reconoce que el embrión humano es un sujeto titular del derecho a la vida que emana de su propia dignidad, pero señala que, al menos en ciertos casos que quedan bajo la competencia del legislador, la mantención del embarazo puede considerarse una carga intolerable para la mujer cuyo cumplimiento no puede serle exigible bajo la amenaza de una sanción penal.

En nuestro país, Antonio Bascuñán Rodríguez ha defendido la procedencia del aborto bajo esta consideración. En su opinión, lo relevante es si, sobre la base de una ponderación de intereses, la carga de tolerar el embarazo puede ser exigible a la mujer en cualquier circunstancia. Luego, no estamos ante un simple deber de abstención como la prohibición del homicidio, sino ante un deber de solidaridad de sacrificarse para evitar la muerte de otro, como sucede ante el deber de tolerar el embarazo. Este deber de solidaridad de la mujer en favor del embrión humano está reconocido en el sistema jurídico chileno sobre la base del Código Penal y el artículo 19 N° 1 de la Constitución. Sin embargo, este no debiera tener carácter absoluto y podría ser limitado cuando el sacrificio de los intereses de la mujer sea de tal entidad que no pueda serle exigido. De esta manera, la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo es diferenciada: un cierto margen o grado de afectación de los intereses personalísimos de la mujer es inherente al estado de embarazo. Toda situación que demande a la mujer un grado mayor de afectación de dichos intereses debe ser considerado inexigible. En su opinión, según el grado de intensidad de afectación debería ser considerado inexigible el embarazo en los casos de los llamados aborto terapéutico, aborto embriopático, aborto por violación y aborto por circunstancias socio-económicas.<sup>41</sup>

La conclusión que ofrece esta estrategia argumentativa debe llevar a sospechar de su corrección, porque una vez afirmada, de manera retórica, la

---

41 Bascuñán, ob. cit., pp. 172 y ss.

titularidad de derechos o intereses del embrión humano, la formulación de un deber de solidaridad de la mujer que aparece en tantos casos como de cumplimiento inexigible, lleva a que en vez de restringirse los supuestos de aborto se llega prácticamente a los mismos resultados a los que se arriba si se estima que el embrión humano no es sujeto de derechos o intereses autónomos. Es decir, de lo que pareciera ser algo excepcional –la no exigibilidad de un deber– se pasa a una situación general que equivale a la inexistencia del deber.

Por otro lado, como hemos hecho ver más arriba, la penalización del aborto no se sustenta en un mero deber o carga de tolerar el embarazo, sino en la prohibición de no matar al embrión humano, como única forma de respetar su derecho a la vida. Se trata de un deber, pero no de tolerar, sino de no atentar contra la vida de la criatura en gestación.<sup>42</sup>

#### **4.6. Justificación y exculpación**

Todo lo anterior debe suponer que se está hablando en el plano de lo que los penalistas llaman “justificación”, es decir, de una circunstancia o situación que hace que una conducta típica (matar al feto) sea, sin embargo, considerada no antijurídica, es decir, lícita ante todo el ordenamiento jurídico. Como ocurre por ejemplo con la legítima defensa en el homicidio.

Sin embargo, rechazar los argumentos que intentan justificar la conducta abortiva no quiere decir que ellos no puedan ser considerados en el plano de lo que los penalistas llaman “exculpación”, esto es, de supuestos en los que la conducta sigue siendo ilícita, pero en que, por razones examinadas en cada caso en concreto, no puede dirigirse un reproche penal a quien la realizó. Se trata de la operatividad de causales de exclusión de la culpabilidad, como el estado de necesidad exculpante, la fuerza moral irresistible, el miedo insuperable, y otras similares reconocidas en el artículo 10 de nuestro Código Penal. Se aduce en contra de esta solución que la causal de exculpación solo favorecería a la mujer que consiente en el aborto pero no al tercero (médico) que realiza la intervención abortiva. Es cierto que la causal de exculpación no es comunicable, pero ello no quiere decir que el tercero no pueda estar también favorecido por una causal de exculpación propia. Por ejemplo, si actuó con el propósito de salvar la vida de la madre, bien podría establecerse que lo hizo sobre la base de una fuerza moral que excluye la culpabilidad.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Cfr. Ossandón Widow, Magdalena, “Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana”, en Aguirrezabal, Maite y Bertelsen, Soledad (ed.), *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N°27, (U. de los Andes) 2015, p. 153.

<sup>43</sup> *Ibíd.*, p. 162.

## 5. Consideraciones particulares sobre las causales

### 5.1. Riesgo vital de la madre

El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados suprimió la expresión del proyecto original que calificaba el riesgo vital de la madre como “presente o futuro”, de lo que deberíamos deducir que se exige que el riesgo de vida para la madre debe ser actual, coetáneo al momento en que se practica el aborto. Pero, por otro lado, la Cámara de Diputados suprimió la exigencia de que el diagnóstico del médico tratante fuera ratificado por un segundo médico. Siendo así, esta causal de aborto terapéutico, será más permisiva que la prevista en el texto del artículo 119 del Código Sanitario, anterior a la reforma de 1989, y que exigía la concurrencia de la opinión de dos médicos-cirujanos. El punto tiene importancia porque tal como aparece la causal, aunque haya sido restringida, dependerá, además de la voluntad de la mujer, de la voluntad no controlable externamente de una sola persona.

En todo caso, hay que convenir en que si se reconoce al embrión humano la titularidad de derechos humanos, y entre ellos el de la vida, no puede autorizarse que se le mate ni aún en aras de la preservación de la vida de la madre, porque el Derecho no puede declarar lícita la conducta de quien pretende matar a alguien para salvar la vida de otros (como también sucede con la prohibición de la tortura). No procede invocar un estado de necesidad, como piensan algunos penalistas,<sup>44</sup> ya que el estado de necesidad justificante opera bajo la condición de que lo sacrificado pueda ser evaluado como un “mal menor”, mientras que la dignidad y la vida del ser humano en gestación no puede ser objeto de ponderación, al menos en su núcleo o contenido esencial.<sup>45</sup>

Cosa diversa ocurre con el aborto terapéutico indirecto, en el cual no se busca directamente la muerte del embrión humano, pero se acepta el riesgo de que fallezca como efecto colateral y no deseado de una acción terapéutica aplicada a la madre.

44 Cfr. Bascuñán, ob. cit., p. 173 y Wilenman, Javier, “El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto”, en Revista de Derecho, N°40, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2013, pp. 281 y ss.

45 García, Gonzalo, “Informe sobre la necesidad de la institucionalización del aborto terapéutico y el modelo de criminalización del aborto consentido en Chile”, Aguirrezabal, Maite, y Bertelsen, Soledad (ed.), El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica, Cuadernos de Extensión Jurídica, N°27, (U. de los Andes) 2015, p. 239, señala que esta es la opción clásica en derecho penal, expuesta por Roxin, en el sentido de que “no es posible someter a una ponderación de bienes o intereses la vida humana precisamente como consecuencia del reconocimiento de la dignidad del ser humano y la imposibilidad de su instrumentalización”.

## 5.2. Inviabilidad del embrión o feto

Aunque la causal no es tan amplia como suele presentarse en otras legislaciones (que autorizan el aborto no solo en caso de inviabilidad de la criatura en gestación sino cuando padece de malformaciones o anomalías que le permitirían sobrevivir pero con alguna inhabilidad física o síquica), lo cierto es que no es tan sencillo determinar cuándo existe inviabilidad o enfermedad letal, y cuando hay solo una grave enfermedad o malformación genética. La formulación de la causal en el proyecto aprobado –“El embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal”– no parece ser más clarificadora que la propuesta originalmente por el Mensaje presidencial: “El embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina”. La complejidad de este tipo de diagnóstico es mucha y no siempre los centros médicos u hospitales cuentan con los medios técnicos para realizarlo con eficacia, por lo que es probable que se espere que el feto se desarrolle lo más posible para emitir un diagnóstico certero sobre el carácter letal de su dolencia.

Nótese que esta causal no tiene plazo, por lo que el aborto podría practicarse en cualquier etapa del embarazo. Por ello, el proyecto en su actual versión contempla la posibilidad de que la criatura sobreviva al procedimiento abortivo, y ordena que el prestador de salud proporcione los cuidados paliativos que el caso exija, “tanto si se trata del parto como de la interrupción del embarazo con sobrevivencia del nacido”.

En todo caso, estamos hablando de una especie de eutanasia prenatal con el agravante de que no es consentida por el paciente y además con un amplio riesgo de error en el diagnóstico de la letalidad de la enfermedad.

Siendo así, esta causal debe ser considerada no solo contraria a los instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la vida de todo ser humano, sino en especial a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.<sup>46</sup> Dicha Convención se aplica a “las personas con discapacidad”, entre las que se incluyen a “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (artículo 1°) Uno de los principios medulares de la Convención es la no discriminación y se entiende por discriminación, en este caso, “cualquier distinción, exclusión

---

<sup>46</sup> Fue promulgada en Chile por el Decreto Supremo N° 201, de 2008 (Diario Oficial 17 de septiembre de 2008).



o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo” (artículo 2). Además, la Convención se refiere en especial a los niños y niñas, y ordena a los Estados tomar todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, así como aplicar en todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, la consideración primordial consistente en la protección del interés superior del niño (artículo 7).

Ya hemos visto que la expresión “niño” comprende también al ser humano concebido, conforme a la interpretación de la Convención de los Derechos del Niño. De esta forma, no puede haber duda que un proyecto de ley, como el que se comenta, que permite que se le destruya por el hecho de tener una enfermedad que le podrá provocar la muerte después del nacimiento, está incurriendo en una discriminación con motivo de discapacidad y está subordinando el interés del niño o niña discapacitada a los intereses de adultos, todo lo cual contraviene la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

Esta contravención provoca una inconstitucionalidad de la causal en virtud del artículo 5 inciso 2° de nuestra Constitución.

### 5.3. Violación

El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados conservó esta causal de legalización del aborto, consistente en ser el embrión humano el resultado de una violación, aunque acortó el plazo para su realización en caso de una mujer menor de 14 años, de dieciocho semanas de embarazo a catorce.

Sin embargo, se mantiene la idea de que no es necesaria ninguna denuncia o pesquisa judicial en orden a determinar la efectividad de la agresión sexual. Por eso no se habla de un delito de violación sino de “una violación, en los términos del inciso tercero del artículo siguiente”. Pero este inciso no precisa qué debe entenderse por violación, y delega en un “equipo médico” la facultad de determinar los hechos que pueden constituir esta violación: “En el caso del número 3) del artículo 119, un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, confirmará la concurrencia de los hechos que lo constituyen y la edad gestacional...”.

Nos parece que esta delegación de la determinación concreta de la causal en un equipo médico cuya integración, funciones y mecanismos de control se desconocen, vulnera el artículo 63 N° 3 de la Constitución en cuanto encomienda la fijación del contenido de la causal a una normativa *ad casum* emanada por un órgano sin regulación alguna, cuando lo menos que debe pedirse es que la causal por la que va a proceder la privación de la vida de un ser humano sea materia de ley, puesto que son tales aquellas que “son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra”. Así se deduce, por lo demás, del mismo proyecto de ley que introduce las normas que regulan el aborto en los Códigos Sanitario y Penal.

Como es sabido, los embarazos resultantes de violación son propios de un abuso sexual de niñas o adolescentes, que ha sido reiterado en el tiempo, pero en el que no se siguen signos de violencia física como sucede en una violación obtenida por fuerza, por lo que será muy complejo determinar si hubo agresión sexual o no y la menor se verá presionada por sus parientes, incluido quizás el mismo abusador, a eliminar a la criatura concebida.

Debe añadirse que, reconociendo lo doloroso que puede resultar para la mujer, llevar a término un embarazo que ha sido el resultado de un vejamen a su dignidad y libertad sexual, debe considerarse que no puede el Derecho justificar que se prive de la vida a un ser humano que es del todo inocente del aborrecible atentado a la mujer. Nuevamente, no cabe aquí ponderación de intereses o derechos, y en todo caso dicha ponderación no podría jamás lícitamente afectar el contenido esencial del derecho a la vida del embrión humano.

No deja de ser paradójico que si alguien propone que el agresor sea castigado con la pena de muerte, este castigo sea inmediatamente rechazado en razón de que hasta el más miserable de los criminales tiene derecho a que se respete su dignidad humana y su derecho a la vida. ¿Por qué entonces se admite que alguien totalmente ajeno al delito cometido tenga que sufrir, sin juicio ni debido proceso, una pena que sería considerada inhumana si se aplicara al culpable de la violación?<sup>47</sup>

---

47 En este sentido, García-Huidobro, Joaquín y Martínez Barrera, Jorge, “El problema político del aborto”, Aguirrezabal, Maite y Bertelsen, Soledad (ed.), *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N°27, (U. de los Andes), 2015, pp. 24-25.

## 6. Conclusiones

De este largo recorrido podemos mencionar las conclusiones siguientes:

1°) En el ordenamiento jurídico vigente está contemplado el aborto terapéutico en la medida en que la muerte del embrión o feto sea una consecuencia indirecta de una acción para preservar la vida o la salud de la madre.

2°) El proyecto de ley, pese a su título, no pretende despenalizar el aborto en tres causales, sino que legitimar su realización como un derecho de la mujer y concederle el estatus de prestación médica obligatoria para el personal médico.

3°) El principio de universalidad de los derechos humanos sirve de fundamento para reconocer que el embrión humano, en cuanto se trata de un individuo de la especie humana, es titular de derechos humanos propios y, particularmente, el derecho a la vida.

4°) La titularidad del embrión humano sobre el derecho a la vida aparece consagrado en diversos instrumentos del Derecho Internacional de Derechos Humanos, especialmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Derechos del Niño.

5°) La titularidad del embrión humano sobre el derecho a la vida está consagrado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política.

6°) La calidad de sujeto de derechos (persona) del ser humano concebido y no nacido está fuertemente arraigada en la legislación chilena. Una recta interpretación del artículo 74 del Código Civil obliga a reconocer que no es efectivo que la subjetividad o personalidad se atribuya solo con el nacimiento.

7°) Los argumentos que se ofrecen para defender el aborto aun cuando se pueda reconocer la calidad de sujeto de derechos del embrión humano: despenalización por razones de política criminal, la ponderación de derechos, lo supererogatorio que sería tolerar el aborto en ciertas causales o la no exigibilidad de otra conducta, no son aceptables para justificar o declarar lícita la conducta abortiva porque ello iría contra la inconmensurabilidad del derecho a la vida y la necesidad de proteger la dignidad de la criatura humana en su desarrollo gestacional para permitir su alumbramiento. Dichos argumentos pueden ser eficaces si configuran causales de exculpación de la mujer que aborta y del tercero que se lo practica, lo que necesitará de un examen en concreto respecto de las circunstancias y su influencia en el caso específico.

8°) En la medida que el proyecto de ley se propone justificar y consagrar el aborto como un derecho de la mujer, limitado por ahora a tres causales, desconoce la titularidad del embrión humano sobre su derecho a la vida y, por

ello, infringe el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y además contradice las normas y principios de la Constitución Política, y se pone en frontal contradicción con el conjunto del ordenamiento de jerarquía legal que crecientemente ha ido reconociendo que la criatura que está por nacer debe ser considerada un ser humano con todos los derechos que corresponden a esa calidad.

9º) Las normas del proyecto de ley que permiten el aborto en caso de una enfermedad letal del embrión violan la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y, por ello, son también inconstitucionales dado lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política.

10º) Las normas del proyecto de ley que autorizan el aborto por “violación” deben considerarse contrarias a la Constitución por no respetar la reserva legal contenida en el artículo 63 N° 3 de dicha Carta, al permitir que sea un “equipo médico” el que determine en qué consiste en los hechos la conducta que autorizaría la causación de la muerte del embrión humano.

# CONSTRUYENDO UN RELATO JUDICIAL PARA AMÉRICA LATINA EN TORNO AL ARGUMENTO DE LA INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE MANTENER UN EMBARAZO

Verónica Undurraga<sup>1</sup>

## Introducción

Este trabajo busca compartir algunas reflexiones nacidas del estudio de sentencias judiciales que se pronuncian sobre la constitucionalidad de leyes sobre aborto.<sup>1</sup> Muchas de estas sentencias declaran que hay situaciones en

<sup>1</sup> Doctora en derecho por la Universidad de Chile, Magíster en Derecho por la Universidad de Columbia, diplomada en instituciones modernas del derecho de familia por la Universidad de Chile y licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la misma universidad. Profesora de la Universidad Adolfo Ibáñez. El presente artículo corresponde a la presentación realizada en el SELA durante el 2011 y su posterior publicación impresa en el 2012. Al respecto ver: Undurraga, Verónica, “Construyendo un relato judicial para América Latina en torno al argumento de la inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo”, en SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 93, 2011 y Undurraga, Verónica, “Construyendo un relato judicial para América Latina en torno al argumento de la inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo”, en Alberto do Amaral et al., *El Constitucionalismo en transición*, (Buenos Aires: Librería), 2012, pp.100-133. El artículo ha sido incorporado en su versión original por lo que no presenta modificación alguna.

Aunque el grupo de sentencias que inspiraron mis reflexiones es más amplio, en este paper cito o me refiero tangencialmente a las siguientes: CORTE SUPREMA. ESTADOS UNIDOS. Sentencia *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); CORTE SUPREMA. ESTADOS UNIDOS. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*. Sentencia de 29 de junio de 1992, 505 U.S. 833 (1992); CORTE SUPREMA. IRLANDA. *The Attorney General v. X. and Others*. [En línea] 1992, No. 846P. <[http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/\(WebFiles\)/B95A1F8B726975F18025765E003C2C6E/\\$FILE/AG%20v%20X\\_1992.rtf](http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/(WebFiles)/B95A1F8B726975F18025765E003C2C6E/$FILE/AG%20v%20X_1992.rtf)> [Consulta: 20 de noviembre de 2010]; CORTE SUPREMA. MÉXICO, 28.08.2008, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. CORTE SUPREMA; COSTA RICA. 17 de marzo de 2004, San José, Costa Rica. Res 2004 – 02792; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ESPAÑA. Sentencia 53/1985, de 11 de abril de 1985. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 25 de febrero de 1975. 39 BVerfGE I (1975) (basándome en la traducción en: JONAS, Robert E. y GORBY, John D. West German abortion decision: a contrast to *Roe v. Wade*. *John Marshall Journal of Practice and Procedure*. 9(3):605-684, 1976). TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 28 de mayo de 1993. BVerfG, 2 BvF 2/90 of 05/28/1993. [En línea] Bundesverfassungsgericht, english versión. <[http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs19930528\\_2bvfo00290en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs19930528_2bvfo00290en.html)> [Consulta: 23 de noviembre de 2010]. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. CHILE. Sentencia Rol 740-07-CDS, de 18 de abril de 2008 (este es un caso sobre anticoncepción de emergencia, en que el tribunal atribuye a este medicamento un posible efecto abortivo); TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PORTUGAL. Marzo de 2010, Acórdão n° 75/2010, Diário da República, 2.ª série – N°60-26. [En línea] <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>> [Consulta: 27 de septiembre de 2010]; CORTE CONSTITUCIONAL. COLOMBIA. Sentencia C-355/2006 de 10 de mayo de 2006.

que no es posible obligar a una mujer, mediante la amenaza de la sanción penal, a mantener un embarazo (a este argumento lo llamaré “el argumento de la inexigibilidad”). Esta coincidencia, que desde un punto de vista es simplemente la prevalencia del sentido común o la aplicación de un estándar básico de justicia, se torna interesante como foco de investigación si se considera los muy distintos contextos culturales e institucionales en que se producen estas decisiones judiciales y los diferentes enmarques y concepciones sobre derechos que se utilizan en los fallos.

El argumento de inexigibilidad, presente en estas sentencias, varía en tres aspectos: en su extensión, su lugar y su forma.

Por *extensión*, me refiero a cuán restrictivamente o ampliamente usa la corte el argumento. Por ejemplo, la Corte Suprema de Costa Rica aplica la inexigibilidad al aborto terapéutico en caso de peligro para la salud de la mujer embarazada, mientras que la Corte Constitucional de Colombia, lo aplica además en casos de violación, incesto, inseminación artificial no consentida, y cuando el feto tiene serias malformaciones y la Corte Suprema de Estados Unidos lo extiende a cualquier aborto que se realice durante el primer trimestre del embarazo.

Por *lugar*, me refiero a cómo el argumento se aplica en dos posibles escenarios judiciales inversos. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia debió responder a la pregunta si la penalización del aborto en determinadas circunstancias violaba derechos constitucionales de la mujer, mientras que el Tribunal Constitucional Portugués debió responder si la despenalización del aborto durante las primeras semanas de embarazo violaba la protección constitucional de la vida prenatal.

Por *forma*, quiero decir la manera que usa la corte para justificar el argumento de la inexigibilidad. La forma va a variar de acuerdo a las diferentes concepciones que las cortes tengan de los derechos (si éstos son concebidos sólo como derechos negativos o también como derechos positivos, por ejemplo), según si la constitución respectiva protege solo derechos o también valores o bienes constitucionales, y de acuerdo a la aproximación que las cortes tengan respecto a la resolución de conflictos entre intereses constitucionales (categórica o de ponderación).

Sin perjuicio de la variación que se da en la extensión, lugar y forma en que se presenta el argumento de la inexigibilidad, puede identificarse una línea de sentencias, que incluye las dos sentencias alemanas de 1975 y 1993, la sentencia española de 1985, la sentencia colombiana de 2006 y la sentencia portuguesa de 2010, en que paulatinamente el argumento comienza a acomodarse

dentro de la aplicación del principio de proporcionalidad. Mi predicción es que este grupo de sentencias va a marcar la pauta de cómo podrían los jueces de América Latina enfrentar futuras acciones de constitucionalidad referidas a las legislaciones penales sobre aborto de sus respectivos países.

El *paper* indaga sobre las posibilidades de trabajar el argumento de la inexistencia en la región y sobre las eventuales ventajas y dificultades que podría ofrecer la aplicación del principio de proporcionalidad para plantear el argumento. El tema es relevante porque la mayor parte de los países latinoamericanos tiene regímenes de aborto muy estrictos, que penalizan la interrupción del embarazo en toda circunstancia o bien contemplan excepciones limitadas.<sup>2</sup> Los tribunales de la región con jurisdicción constitucional han comenzado a enfrentar y seguirán haciéndolo en forma creciente, la necesidad de realizar exámenes de constitucionalidad a leyes de aborto, ya sea en impugnaciones que inicien defensoras/es de derechos humanos de las mujeres contra las legislaciones penales sobre aborto de los países latinoamericanos (como sucedió en el caso de Colombia), o bien recursos de inconstitucionalidad que interpongan los grupos llamados “pro-vida” contra proyectos de ley o leyes que despenalicen el aborto en ciertas circunstancias (como sucedió en el caso de México) y no parecen estar bien preparados para decidir sobre estas demandas.

El trabajo se divide en tres partes. En la primera parte, me refiero a algunos de los argumentos jurídicos que se ofrecen a favor de la penalización del aborto en América Latina. También identifiqué algunas creencias y complicaciones morales que creo que influyen en que los jueces latinoamericanos tengan reticencias a aceptar la despenalización del aborto, así como problemas que complican el razonamiento de los tribunales en estos casos. Estas creencias, complicaciones y problemas aparecen solamente implícitos o en forma soterrada en las sentencias, a pesar de que a veces pueden ser más determinantes en la decisión de los casos que

---

<sup>2</sup> Los países que tienen el aborto prohibido en toda circunstancia o sólo contemplan la excepción terapéutica para preservar la vida de la mujer son: Chile, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Venezuela. Adicionalmente a la indicación terapéutica por peligro de muerte aceptan también el aborto en casos de peligro para la salud física de la mujer, Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Perú y Uruguay. Además de estos casos, acepta la indicación terapéutica para preservar la salud mental de la mujer, Colombia. Brasil, Panamá, Bolivia, Ecuador y Uruguay tienen excepciones en caso de violación (en algunos casos también de incesto y en otros solo de violación restringida a mujeres con discapacidad mental). Panamá y Colombia admiten el aborto en caso de impedimento fetal. Cuba y el Distrito Federal de México tienen el aborto despenalizado durante las primeras semanas del embarazo. Fuente: Center for Reproductive Rights, Fact Sheet: The World's Abortion Laws, 2009 (información corregida por la autora tomando en cuenta reformas posteriores la fecha de publicación de este documento).

los argumentos explícitos. En la segunda parte, analizo brevemente los modelos comparados a los que miraría un tribunal latinoamericano que está dispuesto a aceptar el argumento de la inexigibilidad y explico por qué creo que la línea jurisprudencial de las sentencias alemanas/española/colombiana y portuguesa puede resultar para el tribunal más atractiva que la línea jurisprudencial alternativa que proponen los casos Roe y Casey. Me refiero también a algunas preguntas y desafíos que plantea la línea jurisprudencial europea/colombiana. En la tercera parte, desarrollo las líneas generales de un posible relato judicial que podrían adoptar los tribunales latinoamericanos, siguiendo la línea jurisprudencial inaugurada por el Tribunal Constitucional alemán, que incorpora el argumento de la inexigibilidad aplicando el principio de proporcionalidad.

## **Primera parte**

### **1. El argumento explícito: el feto como titular del derecho constitucional a la vida**

La defensa de la penalización estricta del aborto se asocia en la práctica con el reconocimiento de un derecho a la vida del feto a partir del momento de la concepción. Este derecho se sustenta en argumentos naturalistas, en una vertiente biológica (el feto es un individuo vivo de la especie *homo sapiens*) y otra filosófica (el feto es una persona moral, en palabras de Boecio “una sustancia individual de naturaleza racional”), y también en un argumento pragmático que consiste en afirmar que el otorgamiento de un status de derecho subjetivo a la vida del feto, en los mismos términos que a las personas nacidas, es la única manera de asegurar su protección máxima, al impedir que las personas nacidas decidamos arbitrariamente sobre los momentos y condiciones en que reconocerle la humanidad al feto. De esta forma se aseguraría el pleno reconocimiento de la dignidad del feto como persona humana.

Los defensores de esta postura agregan que el derecho a la vida tiene prioridad sobre otros derechos, ya sea porque tiene una jerarquía mayor o bien porque es el sustrato necesario para la existencia de otros derechos. Deducen de estas afirmaciones que no corresponde hacer un ejercicio de ponderación entre el derecho a la vida del feto y otros derechos o intereses jurídicos, o que, de hacerse, siempre debe primar el derecho a la vida del feto.



## 2. Complicaciones morales: vida y *trade offs*

Incluso para jueces que generalmente creen que los derechos no pueden ser absolutos, es difícil no darle prioridad absoluta a la vida cuando entra en colisión con otros derechos. Esto es así porque la vida, a diferencia de otros derechos, no admite gradaciones. En el contexto del aborto esto puede hacer que los jueces perciban que hay pocas posibilidades de acomodar intereses en conflicto, porque no se puede restringir la vida del no nacido sólo un poco, mientras que sí se pueden restringir los derechos de las mujeres en forma parcial.

Más aún, algunas constituciones como la chilena, siguiendo el modelo alemán, tienen cláusulas que prohíben que se afecte el “núcleo” del derecho o su “contenido esencial.” Cualquier restricción al derecho a la vida constituiría una afectación inconstitucional bajo este requisito, porque toda restricción va a eliminar el contenido completo del derecho. Este tipo de cláusulas, a menos que se interpreten en forma menos literal, hacen que el derecho se trate como absoluto.

Sin embargo, un aspecto que me parece contradictorio con este discurso de la protección a ultranza de la vida prenatal, es que a pesar de ser contundente la evidencia de que la penalización no incide en bajar las tasas de aborto, sino solamente en desterrar la práctica a la clandestinidad<sup>3</sup>, siga justificándose en las sentencias judiciales y por la doctrina la penalización con el argumento de la protección de la vida prenatal como un derecho constitucional del feto. La defensa de la penalización, en estas circunstancias, se transforma en la defensa del derecho a la vida de aquellos fetos que morirían bajo un régimen de aborto legal, pero no parece extenderse a la defensa de los fetos que actualmente mueren como consecuencia de abortos ilegales. Si el interés jurídico que se dice proteger con la penalización del aborto es la vida de los fetos como sujetos de derecho ¿por qué puede ser más aceptable que mueran 100.000 fetos como consecuencia de abortos clandestinos a que mueran los mismos 100.000 fetos en abortos legales? Si la motivación principal fuera

3 GRIMES, David A. et al. Unsafe abortion: the preventable pandemic. *The Lancet*. 368(9550):1908-1919, 25 de noviembre de 2006; World Health Organization, *Journal Paper, Sexual and Reproductive Health* 4, 2005. ALAN GUTTMACHER INSTITUTE. *Sharing Responsibility: Women, Society and Abortion Worldwide*. [En línea] Abortion, Reports, junio, 1999,. <<http://www.guttmacher.org/pubs/sharing.pdf>> [Consulta: 30 de agosto de 2010]. ALAN GUTTMACHER INSTITUTE. *Facts on induced abortion worldwide*. [En línea] Abortion, Fact Sheets, octubre, 2009. <[http://www.guttmacher.org/pubs/fb\\_IAW.html](http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html)> [Consulta: 9 de septiembre de 2010]; MARSTON, Cicely y CLELAND, John. *Relationships Between Contraception and Abortion: A Review of the Evidence*. *International Family Planning Perspectives* 29(1):6-13, marzo, 2003; SEDGH, Gilda et al. *Induced Abortion: estimated rates and trends worldwide*. *The Lancet*. 370(9595):1338-1345, 13 de octubre de 2007; BERER, Marge. *National laws and unsafe abortion: the parameters of change*. *Reproductive Health Matters* 12:1-8, 2004.

la protección de la vida prenatal, habría que deducir que hay implícita una valoración distinta de la vida del feto muerto por un aborto “antijurídico”, que por la vida de un feto muerto de acuerdo al derecho. Como ésta no es una explicación coherente con ese discurso, es necesario indagar qué otras consideraciones están influyendo en las personas que defienden la penalización del aborto.

Un primer aspecto que creo que tiene un peso importante en la conciencia de los jueces “pro vida” dice relación con la forma en que hablamos de la vida humana. En el discurso común la vida se trata en términos absolutos. Por ejemplo, cuando ocurre una tragedia natural, escuchamos a nuestros políticos repetir que ningún esfuerzo o gasto es demasiado cuando se trata de salvar vidas humanas. La vida es inconmensurable.

Sin embargo, es difícil hacer sentido de este discurso cuando lo enfrentamos a nuestras prácticas. Aunque lo declaremos, es simplemente falso que tratemos la vida como un valor inconmensurable. El problema es que no tenemos un discurso común para justificar esa realidad. Celebramos la noticia de que se aumente el límite de velocidad en las carreteras aunque sepamos que más personas morirán a consecuencia de esa decisión. Y aunque prohibimos la anticoncepción de emergencia porque no se ha descartado el riesgo de que el medicamento impida la implantación del óvulo fecundado en el útero, al mismo tiempo aceptamos pasivamente la muerte de miles de embriones durante la aplicación de técnicas de fertilización asistida.

Si vivimos en una relativa paz con nuestras prácticas contradictorias, no se debe a que tengamos una teoría moral que las justifique, sino a que hacemos el ejercicio que Paul Kahn llama de “separación acústica”, que consiste en que escuchamos una forma de discurso a la vez. Si nuestros compromisos se muestran incompatibles en algún momento, en vez de abandonar alguno de ellos, los mantenemos cada uno en su lugar y convivimos con ellos en forma separada, en vez de confrontarlos.<sup>4</sup>

La evidente incongruencia de nuestro discurso y prácticas me hizo preguntarme sobre qué nos hace tratar la vida de una u otra manera. A veces como inconmensurable y otras veces como objeto de *trade-offs* con otros valores. En el contexto del aborto, por lo menos, me parece que hay dos factores que parecen relevantes.

---

4 KAHN, Paul W. Controlando la violencia: separación acústica, conmemoraciones y chivos expiatorios. [En línea] SELA 2007: Law and Culture. San Juan, Puerto Rico, 12 a 15 de junio de 2007, p.2 <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/PaulKahn\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/PaulKahn_Spanish_.pdf)> [Consulta: 3 de octubre de 2010].

El primero es el grado de concreción con que imaginamos al feto. Si visualizamos imaginariamente a un feto individual tenemos más posibilidades de tratar su vida como inconmensurable, mientras que la vida del “feto estadístico” es más probable que se trate como conmensurable y su valor esté afecto a ser ponderado con el valor que se asigne a otros intereses.

El segundo es el grado de intervención del estado en la decisión sobre el destino del feto. Una de las razones que pueden explicar por qué los jueces se sienten incómodos cuando tienen que declarar constitucional una ley que despenaliza el aborto es que, al realizar esta declaración, se ven a sí mismos como haciéndose parte de una decisión que acarreará la muerte de fetos, lo que no sucede cuando declaran constitucional una ley que prohíbe penalmente el aborto.

El feto bajo un régimen de penalización del aborto es un feto estadístico y no hay un involucramiento del estado en la muerte de los fetos que son abortados ilegalmente. El conocimiento que los jueces u otros funcionarios estatales puedan tener sobre el número de abortos ilegales que ocurren cuando el aborto es penalizado, siempre se refiere a fetos estadísticos cuya existencia concreta no estaba en conocimiento del estado (al menos no antes de que el aborto se realice). En estos abortos es la mujer y sus cómplices los que se ven envueltos en abortos ilegales; el estado no juega ningún papel en ellos.

Por el contrario, las políticas preventivas, cuando incluyen consejería, obligación de informar o calificación oficial sobre el cumplimiento de indicaciones para los casos que los abortos están excepcionalmente permitidos, no solo identifican a las mujeres que abortan, de manera que los fetos se transforman en fetos concretos, sino que también suponen que el estado tenga conocimiento de que un feto cuya existencia conoce va a ser abortado y no haga nada para evitar que ese aborto ocurra, o aún más, que de hecho contribuya al aborto al proveer a la mujer con la autorización necesaria o las habilitaciones para acceder al procedimiento.

Una preocupación relacionada de los jueces puede tener que ver con que se respete la dignidad de los fetos individuales. Usaré un ejemplo para explicar esto.

El Tribunal Constitucional alemán fue requerido en dos ocasiones para que revisara la constitucionalidad de leyes que reemplazarían la penalización del aborto durante el primer periodo del embarazo por un régimen preventivo que el legislador consideró que sería más efectivo en disminuir las tasas de

aborto existentes. En su sentencia de 1993, el tribunal señaló que “*el deber de proteger la vida no nacida se refiere a una vida individual, no a la vida humana en general.*”<sup>5</sup> Y en la misma línea, en su sentencia de 1973 dijo que “*el sopesar en masa unas vidas contra otras vidas para permitir la destrucción de un número supuestamente menor de vidas y conservar un número supuestamente mayor de ellas no es compatible con la obligación de proteger individualmente cada determinada vida en concreto.*”<sup>6</sup>

La preocupación subyacente del tribunal alemán, como aparece en estas citas, es el supuesto carácter utilitarista de las políticas preventivas contra el aborto. Una ley que trata sobre las pérdidas y ganancias de vidas de manera agregada (“en masa”) no sería respetuosa de la ética deontológica sobre la cual se fundan los derechos humanos.

Lo que me interesa señalar aquí, es que aquellos que comparten esta preocupación del tribunal alemán, ven los intentos de despenalización como un abandono de un régimen que ellos asumen sí es respetuoso de una ética deontológica basada en derechos y como la aceptación de una lógica utilitarista que puede violar los derechos y la dignidad humana de los fetos.

En este caso, el tribunal está diciendo que incluso si se pudieran salvar más fetos mediante la legalización del aborto no puede hacerse porque es moralmente incorrecto sacrificar algunos fetos para salvar a otros. El tribunal está aplicando una teoría ética deontológica basada en derechos, centrada en los derechos de las víctimas.

Creo que el tribunal alemán y quienes comparten sus aprensiones están equivocados cuando dicen que las políticas preventivas son incompatibles con el respeto de derechos constitucionales en razón de su supuesto carácter utilitarista. Me parece que están equivocados porque los regímenes preventivos del aborto no necesitan el sacrificio de los fetos que se abortan legalmente bajo ellos, para tener éxito en salvar a un mayor número de fetos que de otra

---

5 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 28 de mayo de 1993. BVerfG, 2 BvF 2/90 of 05/28/1993. [En línea] Bundesverfassungsgericht, english versión. <[http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs19930528\\_2bvfo0029oen.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs19930528_2bvfo0029oen.html)> [Consulta: 23 de noviembre de 2010].

6 “El sopesar en masa unas vidas contra otras vidas para permitir la destrucción de un número supuestamente menor de vidas y conservar un número supuestamente mayor de ellas no es compatible con la obligación de proteger individualmente cada determinada vida en concreto.” *“The weighing in bulk of life against life which leads to the allowance of the destruction of a supposedly smaller number in the interest of the preservation of an allegedly larger number is not reconcilable with the obligation of an individual protection of each single concrete life”*. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 25 de febrero de 1975. Traducción en: JONAS, Robert E. y GORBY, John D. West German abortion decisión: a contrast to Roe v. Wade. John Marshall Journal of Practice and Procedure. 9(3):605-684, 1976, sección D.II.2.b), pp. 655.

manera serían abortados bajo un régimen de penalización. Si los requisitos de consejería, la información o períodos de espera hacen que las mujeres decidan continuar sus embarazos, el régimen preventivo será *más* efectivo y no menos efectivo. La analogía que debe aplicarse no es la del hombre sano que llega a un hospital y es asesinado para usar sus órganos y así salvar la vida de otros 5 pacientes. El caso de los regímenes preventivos es más parecido al del trolley desbocado en que el conductor va a matar a 5 personas a menos que decida desviarlo por un riel lateral en el que hay 1 trabajador que morirá atropellado. Las muertes de estas 5 personas no son necesarias para salvar al trabajador, porque si el trabajador no hubiera estado en el riel lateral las 5 personas que no fueron atropelladas en el riel principal gracias al desvío, se hubieran igualmente salvado.

El tribunal alemán incurrió en dos razonamientos falaces que lo llevaron a adoptar la idea equivocada de que las políticas preventivas son utilitaristas y no respetan los derechos y que la penalización respeta las restricciones deontológicas derivadas del respeto a los derechos.

En primer lugar, dedujo de su afirmación de que los regímenes preventivos son utilitaristas, que la penalización, que es el régimen alternativo a los preventivos está fundado en una ética deontológica y que por esa razón es moralmente aceptable. Incluso si fuera cierto que los regímenes preventivos son utilitaristas (que no es el caso), hay un *non-sequitur* en este razonamiento. Simplemente no puede derivarse de esa afirmación que la penalización sea respetuosa de los derechos. Esto lo captó el voto de minoría de los jueces Rupp-von Brunneck y Simon a la sentencia alemana de 1973, que criticó a la mayoría diciendo que al obligar al legislador a mantener la penalización deja sin protección aquella vida prenatal que hubiera sido preservada con la despenalización y mediante una adecuada consejería.<sup>7</sup>

7 “La decisión del legislador de prescindir de sanciones penales que podrían posiblemente evitar abortos en un número probablemente pequeño de casos, concebiblemente para salvar otras vidas en un número mayor de casos, no puede dejarse de lado sólo con la observación que se trataría de sopesar “unas vidas contra otras vidas”, lo que sería incompatible con el deber constitucional de proteger cada vida individual no nacida. Al dar este argumento, el voto de mayoría cierra su criterio, de manera difícil de entender, frente al hecho que está haciendo lo mismo que reprocha al legislador. En efecto, el voto de mayoría, por razones constitucionales, hace responsable al legislador al exigirle, mediante un requerimiento, mantener la disposición penal, y dejar sin protección aquella vida no nacida que podría conservarse si se derogara la sanción penal y se contara con una consejería adecuada.” *“The legislature’s decision to forgo penal sanctions which could possibly prevent abortions in a probable small number of cases, conceivably to save other life in a greater number of cases, cannot be dismissed with the comment that it would be a “lump sum weighing of life against life,” which would be incompatible with the constitutional duty of protection of each individual unborn life. With this argumentation the majority closes its mind in a manner difficult to understand to the fact that it is itself doing that for which it reproaches the legislature. This is so because the majority requires, for its part, for constitutional reasons an accounting from the legislature by*

El segundo error en el razonamiento del tribunal alemán se explica por el hecho que la penalización puede ser vista como respetuosa de una ética deontológica basada en otro tipo de teoría deontológica, esta vez no centrada en la víctima (no basada en derechos) sino basada en la corrección de la intención o de la acción del agente. Bajo la aplicación de algunas de estas teorías deontológicas hacer el mal es peor que permitir que éste suceda, y se puede aceptar que algo malo suceda como resultado de nuestra acción si nuestra intención era buena, a veces incluso en casos en que se podía prever que la consecuencia negativa ocurriría. Un mayor involucramiento con el acto de abortar, como el previsto en el modelo de consejería es visto como peor que simplemente saber, en general, que hay abortos teniendo lugar en alguna parte.

¿Cuál es el problema con este argumento en el contexto de la revisión de la constitucionalidad de la legislación sobre aborto? El problema es que la virtud del agente del estado es un interés muy distinto del interés de proteger la vida prenatal, por lo que el tribunal necesitaría corregirse y reconocer que la despenalización es problemática no porque desprotege al feto, sino porque involucra al estado en actos que se consideran contrarios a una particular concepción moral. Y la protección de concepciones morales puede no ser un objetivo legítimo para el estado, o al menos no ser tan apremiante como la protección de la vida.

¿Qué luces arroja esta discusión sobre la aparente indiferencia de las personas “pro vida” hacia la muerte de los fetos que son ilegalmente abortados?

Creo que muestra cómo preocupaciones que tienen su fuente en posturas éticas que dicen relación con la corrección o virtud del agente se confunden o disfrazan como argumentos basados en derechos. En las sentencias de constitucionalidad, la argumentación judicial a favor de la penalización siempre se elabora a partir de los derechos del feto. Sin embargo, sugiero que la razón subyacente de los jueces puede tener más que ver con una preocupación por mantener la virtud del agente, y específicamente por evitar sentirse involucrados como cómplices en un acto que mancha esta virtud. Esto no es extraño, considerando que las objeciones a la despenalización normalmente provienen de jueces católicos, y que la doctrina católica la preocupación central es la virtud del agente que no debe involucrarse en

---

*compelling it through a requirement to retain the penal provision to leave such unborn life without protection, which could be preserved by the repeal of the penal sanction and through suitable counseling.*” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 25 de febrero de 1975. 39 BVerfGE I (1975), opinión disidente de los jueces Rupp von Brünneck y Simon, Op. Cit., sección B. I.4.b), p. 679.

un acto que es incorrecto (la doctrina católica no es una doctrina basada en derechos, sino en una concepción del bien).

Un tema distinto, aunque relacionado, lo plantea la discusión sobre si el feto es o no persona. Es típico de las personas “pro-vida” insistir en que los fetos son personas y no cosas y muchos tribunales creen que definiendo este problema de categorización se define la cuestión de la constitucionalidad del aborto. Sin embargo, ése es un acercamiento muy simplista al dilema de fondo. Porque prácticamente nadie cree que el feto es equivalente a una cosa y si llegáramos a ponernos de acuerdo en que el feto es tan persona como el resto de los seres humanos nacidos, aún quedaría pendiente la pregunta de si nuestro compromiso por la preservación de su vida es tan fuerte como el que mostramos en el caso de los sobrevivientes de las tragedias o tan débil como el que usamos frente a las víctimas de accidentes carreteros, o se encuentra en algún punto intermedio entre esos dos extremos.

David Strauss señala que nuestras teorías morales son deficientes para tratar los casos difíciles, como los que plantean los fetos o las personas que viven en un estado de inconsciencia permanente.<sup>8</sup> En mi opinión, el problema no se circunscribe a algunos casos difíciles (y por eso no se soluciona tratando de presentar el caso difícil como un caso fácil diciendo, por ejemplo, que el feto es persona o, por el contrario, que no es persona). La diferencia entre los casos difíciles y los fáciles es que los difíciles lo son porque en ellos no podemos aplicar la separación acústica. No sabemos cuál es el discurso moral apropiado al cual apelar. Pero ese momento de duda solo pone en evidencia la deficiencia de nuestras teorías morales *en general* para dar razón del conjunto de nuestras prácticas morales y no solamente para hacerse cargo de algunos casos excepcionales.

¿Qué importancia tienen estas reflexiones para efectos de este *paper*? Me parece que nos permiten entender que afirmar que el feto tiene derecho a la vida es inconsistente con escoger una regulación sobre aborto que no refleje una preocupación similar por la protección de los fetos que se abortan legalmente que por la de los fetos que se abortan en la ilegalidad. Me parece también que deja a los partidarios de la penalización estricta del aborto en una encrucijada: o intentan explicar cómo esa postura se compatibiliza con un discurso basado en los derechos del feto o asumen que adoptar el régimen de penalización, igual que adoptar los regímenes preventivos, supone que el estado acepte la muerte de algunos fetos como un elemento ineludible del régimen.

---

8 STRAUSS, David A. Abortion, toleration and moral uncertainty. The Supreme Court Review, 1992. p. 8.

### 3. Las representaciones de los jueces sobre el embarazo

En la mayoría de las decisiones constitucionales sobre aborto hay un reconocimiento del carácter “sui generis” de la situación de la mujer embarazada. El Tribunal Constitucional alemán lo llama “duplicidad en unidad.” Esta situación se transforma en una complicación para el derecho porque es un caso único en que el conflicto de intereses involucra a un supuesto titular de derechos que vive dentro del cuerpo de otro titular de derechos.

Este reconocimiento da origen a respuestas muy diferentes y a veces incluso contradictorias de parte de los tribunales. Estoy convencida de que estas diferentes representaciones que los jueces se hacen del embarazo son un factor decisivo en la decisión judicial.

a. El derecho en ocasiones ha fundado en la vinculación biológica de la mujer con el nasciturus, la justificación del deber especial o reforzado de protección que recaería sobre la mujer embarazada respecto del feto. Esta idea está presente, por ejemplo, en la primera sentencia alemana sobre aborto, cuando el Tribunal Constitucional llama a no olvidar que *la vida en desarrollo ha sido confiada por la naturaleza en primer lugar a la protección de la madre*, siendo la principal labor del estado tratar de despertar o fortalecer esa responsabilidad materna.<sup>9</sup>

Esta es una noción controvertida, sin embargo. La posición más clara en contra fue expuesta por la jueza O'Connor, en Casey. En su opinión no es legítimo establecer deberes especiales para la mujer en razón del hecho natural de que las mujeres sean las que se embarazan, ni de visiones históricas o culturales que han surgido basadas en esa realidad biológica y que han atribuido a la mujer un rol maternal. Es la mujer la que se define a sí misma en ejercicio de su autonomía:

La madre que lleva el niño a término está afecta a ansiedades, limitaciones físicas y dolores que sólo ella sufre. Que estos sacrificios hayan sido desde el comienzo de la raza humana soportados por la mujer con un orgullo que la ennoblece a los ojos de los demás y entrega al niño un vínculo de amor, no puede ser el único fundamento para que el estado insista sin más, sobre su propia visión del rol de la mujer, por muy dominante que esa visión haya sido en el curso de nuestra historia y nuestra cultura. El destino de la mujer debe ser forjado en gran medida por su propia concepción de sus imperativos espirituales y de su lugar en la sociedad.<sup>10</sup>

9 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 25 de febrero de 1975. Op. cit., p. 644.

10 CORTE SUPREMA. ESTADOS UNIDOS. Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey. Op. cit. Opinión de la jueza O'Connor.



b. Un segundo aspecto interesante respecto de cómo el derecho evalúa y reacciona frente a la situación de la mujer embarazada, tiene que ver con el poder que la mujer naturalmente tiene frente al *nasciturus*, en la medida que el feto depende de la voluntad de ella para mantenerse con vida.

El Tribunal Constitucional alemán admite que la capacidad de influencia del derecho para convencer a la mujer para que ejerza su responsabilidad materna es muy limitada. Esta constatación lleva al tribunal a aceptar la opción legislativa de adoptar un régimen de protección de la vida no nacida que prioriza los esfuerzos por trabajar *con* las mujeres embarazadas, intentando convencerlas de llevar adelante sus embarazos, con apoyo concreto y fortaleciendo su sentido de responsabilidad. Otra estrategia –la represión penal– haría que la protección estatal al *nasciturus* fuera poco efectiva, porque los embarazos no pueden ser conocidos por el estado (no son visibles y las mujeres tienen la posibilidad de ocultarlos) precisamente durante las semanas en que se realizan la gran mayoría de los abortos:

[E]l derecho constitucional no se opone a la decisión del legislador de optar por un concepto de protección que se base en el supuesto –al menos en la primera etapa del embarazo– de que la protección efectiva de la vida no nacida sólo es posible con la colaboración de la madre. Solo ella y aquellos a quienes ella haya informado conocen en este estado del embarazo acerca de la nueva vida que todavía pertenece solo a la mujer y es totalmente dependiente de ella. El secretismo en relación al no nacido, la vulnerabilidad y dependencia de éste y su vínculo único con su madre parecerían justificar la idea de que las posibilidades del estado de protegerlo son mayores si trabaja en conjunto con la madre.<sup>11</sup>

En notoria oposición con esta reacción del tribunal alemán, que adapta la respuesta jurídica en forma tal que reconoce y asume el poder de la mujer embarazada que controla el vínculo con el ser que lleva en su vientre, está la representación del embarazo que se hace en la siguiente cita del voto minoritario de Monroy Cabra y Escobar Gil a la sentencia colombiana sobre

11 “[C]onstitutional law does not object to the legislature’s choice of a protection concept which is based on the assumption –at least in the early phase of pregnancy– that effective protection of unborn human life is only possible with the support of the mother. Only she and those initiated by her know at this stage of the pregnancy about the new life which still belongs to her alone and which is fully dependent on her. The secrecy pertaining to the unborn, its helplessness and dependence and its unique link to its mother would appear to justify the view that the state’s chances of protecting it are better if it works together with the mother.” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 28 de mayo de 1993. Op. cit., párrafo 183.

aborto del año 2006. Aquí a la mujer se le desconoce todo poder y posibilidad de ejercer responsabilidad frente al nasciturus. El recurso retórico es muy interesante en la forma en que se presenta la relación entre la mujer y el nasciturus. Éste aparece como el ser vivo (la mujer se asocia con objetos), y el vínculo es circunstancial, reemplazable y meramente utilitario:

La sentencia de la cual nos apartamos parece confundir esta independencia ontológica del nasciturus con la dependencia ambiental que el mismo puede presentar en ciertas circunstancias respecto de su madre, de otra mujer, o de algún ambiente artificial creado por el hombre. En efecto, dado que ampliamente se ha comprobado empíricamente la posibilidad de que la vida humana inicie por fuera del vientre materno (fertilización in Vitro) y que se desarrolle parcialmente en ambientes artificiales, como por ejemplo una incubadora, o en cuerpos femeninos distintos de su madre genética, forzoso es concluir que si bien puede darse una cierta dependencia del embrión respecto de la madre, no se trata más que de una dependencia ambiental que en nada difiere de la que tienen los ya nacidos respecto de la atmósfera o del alimento.<sup>12</sup>

Esta cita pertenece a jueces que defendieron la constitucionalidad de la penalización total del aborto. El énfasis en la separación del nasciturus de la mujer y el total desprendimiento afectivo entre los dos, sirve para reforzar la idea de que la mujer no tiene ningún papel que cumplir en la definición del destino del nasciturus (el estado no necesita trabajar *con* la mujer para proteger al no nacido, puede obligarla) y además refuerza la analogía entre el aborto y el homicidio, con víctimas y victimarios ajenos, desvinculados. El vínculo entre la mujer y el nasciturus, bajo esta mirada, es una fuente de peligro para la protección de este último y, por lo mismo, su importancia debe ser minimizada.

El Tribunal Constitucional de Portugal, por el contrario, enfatiza el aspecto unitario del vínculo de la mujer con el nasciturus, rechazando la separación entre autor y víctima:

El carácter singular del conflicto y de la fuente de peligro de lesión explica, en buena medida, la falencia de los instrumentos penales.

---

<sup>12</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. COLOMBIA. Sentencia C-355/2006. Op. cit., voto minoría Monroy Cabra y Escobar Gil.

Dados los términos de la tipificación legal, la cuestión sólo se suscita cuando la interrupción es realizada con el consentimiento de la propia embarazada. En esa configuración, en que se esfuma la alteridad entre el autor y la víctima, la amenaza de la sanción penal no tiene la eficiencia que generalmente tiene, para resolver un conflicto “interior”, de carácter existencial, en la esfera personal de alguien que simultáneamente provoca y sufre la lesión. Los números están ahí para comprobarlo elocuentemente.<sup>13</sup>

c. En tercer lugar, sin duda el impacto jurídico más importante que tiene el reconocimiento de la situación *sui generis* del embarazo, de esta “duplicidad en unidad” está en la calificación del tipo de conducta que implica para la mujer mantener un embarazo. Las sentencias alemanas, española, colombiana y portuguesa se refieren explícitamente a este punto. La obligación de no matar, que se impone a todos los seres humanos, para la mujer en el caso del aborto no solo significa la obligación de abstenerse de realizar una conducta, sino también una obligación de hacer, y de naturaleza especialmente intensa. La intensidad de la afectación opera como límite normativo y obliga al derecho a declarar inexigible el deber de mantener el embarazo en algunos casos:

[El criterio de inexigibilidad] independientemente del hecho que la intervención de la mujer en la interrupción del embarazo no puede considerarse bajo el derecho penal como una omisión- está justificado porque, dada la relación única entre madre e hijo, la prohibición de terminar un embarazo no está limitada al deber de la mujer de no dañar los derechos de otra persona. En vez, la prohibición contiene una obligación de naturaleza intensa, que afecta la existencia misma de la mujer, un deber de llevar y tener al niño y además una obligación de actuar en su favor, cuidarlo y ser responsable de ese niño, siendo ese deber una obligación permanente que se mantiene después del nacimiento...<sup>14</sup> Puede decirse que es mayor la gravedad causada por la interrupción voluntaria del embarazo. Pero esa conclusión solo justifica la atribución

<sup>13</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PORTUGAL. Acórdão n° 75/2010, Processos n° 733/07 e 1186/07. Op. cit., párrafo 11.4.8

<sup>14</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 28 de mayo de 1993. Op. cit., párrafo 159.

de un peso mayor a su continuación, en la ponderación que debe hacerse con el interés contrario. No justifica la renuncia a buscar soluciones que requieran un mínimo de compromiso, sin considerar en absoluto el foco valorativo constituido por el reconocimiento del valor constitucional de la posición de la mujer. Más aún cuando, para ésta, el respeto por la vida intrauterina no se traduce solo, como sucede respecto de terceros, en un deber de omitir cualquier conducta ofensiva, en dejar que avance sin interferencias lesivas el proceso natural de la gestación, sino que también implica, después del nacimiento, por largos años, una vinculación con deberes permanentes de mantención y cuidado de otro, lo que implica una carga en toda su esfera existencial.<sup>15</sup>

La naturaleza de esta obligación de hacer, *que afecta la existencia misma de la mujer*, puede significar en casos individuales una carga tan severa, que en esos casos el deber de mantener el embarazo se haga inexigible por parte del derecho.

Teniendo en consideración las cargas asociadas a esos deberes, puede verse que en casos particulares, y cuando las madres embarazadas se encuentran en aquel particular estado psicológico en que están en la primera fase del embarazo, pueden surgir situaciones de conflictos severos en que incluso puede en algunas circunstancias estar en peligro la vida. En esas situaciones de conflicto la protección de la mujer se transforma en tan esencial que el orden legal –independientemente de otros deberes basados en visiones morales o religiosas– no puede demandar que la mujer deba, en toda circunstancia, darle precedencia al derecho a la vida del no nacido.<sup>16</sup>

Incluso una sentencia tan distinta a la línea jurisprudencial inaugurada por el tribunal constitucional alemán, como es la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica sobre aborto del año 2004, puede leerse bajo este mismo prisma. Para esa Corte, la especial relación de dependencia entre la mujer y el feto es una consideración válida para que el legislador decida castigar el aborto con

---

15 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PORTUGAL. Acórdão n° 75/2010, Processos n° 733/07 e 1186/07. Op. cit., párrafo 11.4.11.

16 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 28 de mayo de 1993. Op. cit., párrafo 159.

penas menores que otros delitos que atentan contra la vida y para que castigue distintos tipos de aborto con penas diferentes (incluso eximiendo de pena al aborto por riesgo a la salud de la mujer ), aún cuando el derecho a la vida, de acuerdo a la propia jurisprudencia de la Corte, tiene como titular a todas las personas por igual, desde el momento de su concepción hasta la muerte.<sup>17</sup>

d. En cuarto lugar, la especial situación de la mujer embarazada ha motivado cuestionamientos profundos de parte de jueces y autores que critican la insuficiencia e ineptitud de la propia teoría jurídica en su forma de representar el embarazo. Las siguientes citas dan cuenta de estos cuestionamientos:

Desde el punto de vista constitucional, el problema comparativo único que surge por la unión de “dos en una unidad” no puede ser enfrentado simplemente yuxtaponiendo el embrión y la mujer. Es la propia posición constitucional de la mujer la que está definida por su responsabilidad por otra vida, porque lleva esa vida en su interior. Al decir esto, no negamos que esa otra vida con su propia dignidad humana también se ubique en oposición a la mujer. Estos dos aspectos tomados en conjunto hacen evidente lo que tiene de tan especial la ponderación que tiene que alcanzarse entre la posición de la mujer bajo la Constitución y el deber de protección.<sup>18</sup>

En lo que nos interesa, la imagen de “dos en una unidad” no es simplemente la descripción de un estado de cosas, sino que verdaderamente refleja el estatus constitucional de la mujer.<sup>19</sup>

El término “dos en una unidad” puede ser entendido como una aproximación terminológica a la manera correcta de entender una situación única de derechos fundamentales. El natural desarrollo del embarazo a que se refiere el término debe ser entendido en términos de una teoría de derechos fundamentales ...<sup>20</sup>

De acuerdo a estas citas del voto minoritario a la segunda sentencia alemana, no bastaría con reconocer que la protección del nasciturus para la

17 CORTE SUPREMA. COSTA RICA. 17 de marzo de 2004, San José, Costa Rica. Res 2004 – 02792, párrafos V y VI.

18 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 28 de mayo de 1993. Op. cit., párrafo 380 (destacados en el original).

19 Ibid., párrafo 384.

20 Ibid., párrafo 387.

mujer es *más* gravosa que para un hombre. No se trataría de un problema de grados en la afectación. Lo que se está afirmando es que la relación de la mujer embarazada con el embrión es *cualitativamente* distinta a la que puede tener un tercero ajeno y que esa diferencia deber reflejarse en la propia teoría de los derechos fundamentales con que se trabaje.

Es común en América Latina que las representaciones del embarazo se centren en la figura del feto relegando a un segundo plano a la mujer. Un ejemplo extremo de invisibilización de la mujer como sujeto de derechos constitucionales es el fallo del Tribunal Constitucional chileno que declaró inconstitucional las normas sobre distribución de anticoncepción de emergencia en los servicios públicos de salud basado en el *posible* riesgo de afectación del derecho a la vida del *nasciturus* en su etapa preimplantacional. La sentencia, que es muy extensa, no analizó cómo el acceso a la anticoncepción de emergencia se relacionaba con los derechos constitucionales de la mujer a la salud, autonomía, privacidad, igualdad, entre otros, ni tampoco cómo su prohibición pudiera afectar estos derechos. Los derechos de las mujeres solo son aludidos indirectamente en el último considerando de la sentencia, *después* de que el Tribunal hubiera anunciado la inconstitucionalidad, cuando reconoce que “[n]o escapa a la consideración de esta Magistratura, el impacto evidente que [la] declaración de inconstitucionalidad con efectos generales está llamada a producir en una materia [que] tiene también connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables.”<sup>21</sup> En otras palabras, se privó de toda relevancia jurídica a la afectación de los derechos de las mujeres, al calificarla como un mero impacto afectivo.

La legalización del aborto va ligada normalmente a un tipo de representación de la mujer que es difícil de aceptar para personas conservadoras en América Latina: una mujer que define la representación de sí misma, que puede decidir aceptar o rechazar la maternidad y que tiene poder para tomar la última decisión respecto del destino del feto.

#### **4. La protección de la vida prenatal y la idea del derecho penal como *ultima ratio*.**

Los juristas latinoamericanos aprenden que el uso del derecho penal solo se justifica como *ultima ratio*, cuando no existen otros medios idóneos para proteger el bien jurídico tutelado que afecten en menor medida que el uso del poder punitivo del estado los derechos fundamentales de las personas.

---

<sup>21</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. CHILE. Sentencia Rol 740-07-CDS, de 18 de abril de 2008, considerando 70.

Sin embargo, es común que esta idea se comprenda y aplique de una manera muy particular, como lo revela la siguiente cita:

...en nuestro orden constitucional corresponde al Estado establecer un orden social que garantice los derechos humanos fundamentales, de los que derivan valores e intereses que deben ser objeto de protección por las leyes y como *ultima ratio* por el Derecho Penal, como sucede tratándose de la vida de todo ser humano. (...) No puede quedar, por tanto, al libre albedrío del legislador ordinario penalizar o no conductas que atenten contra valores mínimos esenciales de la sociedad ... Cuando el bien jurídico protegido es esencial se requiere su protección desde el ámbito penal.<sup>22</sup>

En esta cita, es exclusivamente el carácter esencial del valor protegido lo que legitima el uso del derecho penal y no hay un análisis de los grados de protección efectiva que brinda el derecho penal vis a vis otros posibles medios alternativos. La idea detrás de esta concepción de la *última ratio* es la de que hay un continuo de medios de protección, que van desde los menos invasivos (léase, menos efectivos) a los más invasivos (léase, más efectivos), y que a lo largo de este continuo habría que situar los bienes jurídicos en un orden de menor a mayor importancia, de manera que a aquellos más importantes corresponda como medio de protección la sanción penal (la más invasiva y supuestamente más efectiva).

Este razonamiento es incorrecto. Porque el carácter más o menos invasivo del medio de protección no se relaciona necesariamente con su mayor o menor efectividad. Por ejemplo, es muy posible que la norma que otorgó fuero maternal a las empleadas domésticas o las políticas de salas cunas públicas, en Chile, hayan sido muchísimo más efectivas que la amenaza penal para disuadir la comisión de abortos. La amenaza de afectación de la libertad, por ejemplo, puede efectivamente en delitos como el homicidio y las lesiones ser un elemento disuasivo, pero ese efecto no depende solamente de una característica intrínseca a la amenaza penal, sino también del tipo de comportamiento que la norma penal impone, que en estos ejemplos son deberes de omisión (no matar, no lesionar). Como se señaló anteriormente, en el caso de la prohibición de aborto, la norma penal implica para la mujer

<sup>22</sup> CORTE SUPREMA. MÉXICO, 28.08.2008, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Voto de minoría de ministros Aguirre, Azuela, Ortiz, p. 131-132.

mucho más que un deber de abstención. Supone también cumplir con las múltiples y demandantes obligaciones que significa sobrellevar un embarazo y hacerse cargo de la crianza de un/a hijo/a. Ese elemento es clave para entender por qué la sanción penal en todas partes del mundo ha sido inefectiva para disuadir a las mujeres de abortar.

##### **5. Los destinatarios del mandato de protección de la vida prenatal**

Las normas de derechos fundamentales contenidas en las constituciones tienen como destinatarios a los órganos del estado. El reconocimiento constitucional de derechos implica para el estado las obligaciones de respeto y protección de estos derechos. La obligación de protección puede significar que el legislador deba dictar normas de comportamiento para los particulares para evitar que sean ellos los que atenten contra los derechos de otros. Solo excepcionalmente las constituciones explicitan que las normas que debe dictar el legislador deben ser de carácter penal. En la generalidad de los casos, el legislador tiene libertad para seleccionar los medios por los cuales asegurar la protección de un derecho constitucional.

Sin embargo, es un argumento común de muchos juristas y jueces de la región deducir directamente de la protección constitucional de la vida, el carácter antijurídico del aborto y la necesidad de penalizarlo. De este modo, se limita la libertad de configuración del legislador y se entiende que la única forma que éste tiene de cumplir con el mandato de protección de la vida prenatal es penalizando el aborto en toda circunstancia. En la práctica, la Constitución se lee como si fuera un código penal.

Esta postura se refuerza en Chile con una aplicación *sui generis* de la doctrina alemana de la *Drittwirkung* efecto de irradiación de los derechos constitucionales respecto de terceros. Parte importante de la doctrina constitucional entiende que las normas constitucionales no solo tienen como destinatario al estado, sino que también a los particulares. De este modo, este grupo puede afirmar que el deber de proteger la vida prenatal se impone directamente por la Constitución a los individuos, y entre ellos, obviamente a las mujeres que en cumplimiento de ese mandato deben mantener sus embarazos.

Uno de los varios problemas que tiene esta forma de leer la constitución, y especialmente si se combina con la concepción de *ultima ratio* arriba explicada, es que da lugar a que los estados consideren que ellos están agotando su obligación de proteger la vida por nacer por el solo hecho de adoptar la postura más drástica posible contra el aborto: penalizarlo siempre.



Si las cifras de aborto siguen siendo escandalosamente altas, este hecho se atribuye al incumplimiento por parte de los particulares, en particular de las mujeres, de su obligación de proteger la vida prenatal.

Como puede apreciarse, la pena en estos casos se aplica con el objetivo de reafirmar la validez de la norma de comportamiento infringida por la comisión del delito (no matar al producto de la concepción), lo que confirma la idea de que se está asumiendo que son los particulares los destinatarios de las normas constitucionales protectoras de derechos fundamentales. Es difícil pensar que la infracción de normas por parte de los individuos se entienda como un cuestionamiento social a la vigencia de una norma constitucional cuyo destinatario es el estado.<sup>23</sup> En el contexto de la criminalización del aborto este punto tiene especial importancia, porque se trata de una situación en que la medida que adopta el estado, penalizar el aborto en toda circunstancia, no es idónea para cumplir con el fin de protección de la vida prenatal que la justifica.

Para que la persecución penal del aborto pudiera cumplir un papel en la protección de la vida prenatal se requeriría que el estado pudiera conocer la existencia de los embarazos en riesgo de ser abortados, pudiera tomar medidas para evitar la comisión de abortos y finalmente que aplicara la pena al delito. Ninguna de estas tres condiciones puede darse en nuestras sociedades. Hay suficiente evidencia que ha demostrado que si el aborto está criminalizado, las mujeres que necesiten abortar necesariamente van a ocultar sus embarazos al estado y van a recurrir al aborto clandestino, delito que es de muy difícil persecución por el secretismo y complicidad que rodea su comisión y porque los métodos abortivos actualmente disponibles (especialmente el aborto farmacológico) son más seguros y permiten que la interrupción del embarazo se transforme en un acto privado. Salvo que el estado aplique accesoriamente a la amenaza de la pena, políticas totalitarias como las implementadas por Ceausescu en Rumania en la década de los ochenta, que obligó a todas las mujeres en edad fértil a realizarse exámenes ginecológicos mensuales con el objetivo de identificar embarazos y monitorearlos para asegurar que llegaran a término<sup>24</sup>, es imposible que el estado pueda evitar la comisión de abortos mediante su criminalización.

23 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. Derechos fundamentales y derecho penal. *Revista de Estudios de la Justicia*. (9):47-74, 2007.

24 BACHMAN, Ronald D. (ed.) *Demographic policy*. En su: *Romania: A Country Study*. [En línea] Washington, GPO for the U.S. Library of Congress, 1989. <<http://countrystudies.us/romania/37.htm>> [Consulta: 21 de octubre de 2010].

Pero mucho más importante que este punto, es aquel referido a la viabilidad social de una persecución efectiva. En mi opinión, respecto de América Latina puede hacerse el mismo planteamiento que hizo el Tribunal Constitucional Portugués al señalar que la eficacia de la penalización depende de que se ejerza efectivamente el poder punitivo del estado y que no hay una voluntad social de que la pena efectivamente se aplique a más mujeres:

Los números están ahí para comprobarlo en forma elocuente. El régimen de penalización aplicable a todas las fases del embarazo no ha evitado la práctica en gran escala del aborto, frecuentemente en condiciones atentatorias a la dignidad y de grave riesgo para la salud física y síquica (o hasta para la vida) de la mujer (...) la eficiencia de la criminalización, en este como en cualquier otro dominio, depende, en primer lugar, del efectivo ejercicio de los poderes punitivos del Estado. En lo que ahora nos ocupa, sólo la efectiva persecución y enjuiciamiento, en un número significativo, de los autores del crimen de interrupción voluntaria del embarazo constituiría, potencialmente, un factor de contención de su práctica. Ahora, lo que constatamos año tras año, es la extrema rareza de las condenas por esta causa (...) Y cuando, excepcionalmente esto acontece, la reacción social es más de malestar que de aplauso, lo que evidencia, en conjunto con la inercia de las instancias sociales de control, que la importancia del bien afectado y la gravedad de la lesión no son acompañados, como sería normal (si no fuera por el particular contexto conflictual del acto lesivo) por un sentimiento de intolerancia radical. Esto muestra que desde el punto de vista comunitario, tal comportamiento no es valorado como un crimen. No se detecta algún movimiento social significativo buscando alterar este estado de cosas, luchando por la persecución y punición efectivas de un mayor número de infractoras. La observación de la realidad y la evaluación de la omisión de la pena en función, como corresponde, de su eficacia relativa, no pueden eludir un diagnóstico de la realidad empírica de la vivencia social. No se puede conferir, con un mínimo de coherencia, validez a un discurso de criminalización de la interrupción en todo el tiempo de gestación, incluida su etapa más precoz. No puede esperarse que la penalización criminal cree un “ambiente” de decisión favorable a la continuación del embarazo. Y esta conclusión no es una conjetura o un diagnóstico más o menos falible sobre el futuro, sino

un juicio seguro que se basa en los datos indesmentibles recogidos de la experiencia pasada, toda vez que ese fue el régimen en vigor anteriormente, ya probado en su aplicación.<sup>25</sup>

Esta falta de clima social y político que sustente la persecución del aborto alcanza incluso a los defensores de la penalización estricta del aborto, quienes reiteradamente afirman que no buscan el castigo de las mujeres, pero que la penalización debe mantenerse como una forma de expresión social de que el aborto es un crimen. Es decir, justifican la existencia del tipo penal contra la mujer en el efecto simbólico de la norma.<sup>26</sup>

El problema con el hecho que la criminalización del aborto se justifique por su efecto simbólico sobre la ciudadanía, aún a pesar de asumirse que el estado no puede cumplir la parte que le correspondería en hacer efectiva la protección por la vía de ejercer la acción penal, es que la vigencia de la norma de comportamiento que ordena abstenerse de matar al feto se refuerza liberando de la carga al estado, principal obligado a la protección de derechos fundamentales o valores constitucionales, y haciendo asumir exclusivamente a las mujeres, que como ciudadanas *no* son las destinatarias primarias del deber de proteger derechos fundamentales o valores constitucionales, el costo que significa reforzar la vigencia de la norma.

## Segunda parte

### Modelos comparados a los que los tribunales latinoamericanos pueden mirar

Los dos grandes modelos comparados que están a disposición de los tribunales latinoamericanos son el estadounidense, representado por las decisiones de *Roe* y *Casey*, por una parte, y el modelo inaugurado por el Tribunal Constitucional Alemán con su sentencia sobre aborto de 1975 y reforzado en

25 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PORTUGAL. Marzo de 2010, Acórdão n° 75/2010, Diário da República, 2.ª série – N°60-26. [En línea] <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>> [Consulta: 27 de septiembre de 2010]

26 En una entrevista, el abogado Jorge Reyes, quien ha sido el representante del movimiento “pro-vida” en muchas de las acciones judiciales sobre anticoncepción de emergencia en Chile señaló: “... creo que condenar a una mujer por aborto es un error. Esto no significa despenalizar el aborto, que es un crimen. Pero el tratamiento hacia esa mujer debiera ser diferente: si ella aborta es porque está enfrentada a una situación extrema. Mi propuesta es que a estas mujeres, en vez de condenarlas, debiera ofrecérseles un tratamiento paliativo de rehabilitación, un proceso de acompañamiento como el del Proyecto Esperanza u otro similar para reparar su dolor y que esto no le vuelva a suceder”. [En línea] <http://www.paula.cl/blog/dossier/2011/02/05/aborto-la-condena-y-la-acogida/> [Consulta: 15 de mayo de 2011]

su sentencia de 1993, que ha sido seguido, entre otros países, por el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Constitucional de Portugal, en Europa, y por la Corte Constitucional de Colombia en América Latina. En esa parte del trabajo señalo por qué creo que los tribunales latinoamericanos que deban pronunciarse sobre la constitucionalidad de leyes de aborto posiblemente sigan el modelo europeo.

### **1. El modelo de Estados Unidos: un método categórico de resolución de conflictos y la vida prenatal como un interés estatal.**

La Corte Suprema de Estados Unidos decidió que el feto no tiene un derecho constitucional a la vida. La vida prenatal puede calificarse como un interés estatal y ser protegida como tal.

Al hacer esto, la Corte definió el peso relativo de los intereses de la mujer *vis a vis* la vida prenatal, al menos *prima facie*. La mujer es titular de derechos constitucionales y por esa razón sus derechos tienen un peso mayor que un interés estatal, salvo que este último se transforme en un interés apremiante (*compelling*). En segundo lugar, la Corte dejó claro cuál es la pregunta relevante en la revisión judicial de leyes sobre aborto. Si sólo los derechos de la mujer tienen un estatus constitucional, la pregunta siempre será si la ley violó sus derechos y nunca si la ley violó el derecho del feto a la vida, como podría haber sucedido si la Corte lo hubiera considerado un titular de ese derecho. Y por último, al calificarse la vida prenatal como un interés estatal, no necesariamente requiere una protección individual, como sí lo requiere el derecho constitucional a la vida de las personas nacidas. Puede haber un aumento en la protección general de la vida prenatal aunque esta protección no alcance a cada feto en particular.

Hay dos razones por las cuales me parece que este modelo no será seguido por los tribunales latinoamericanos. Por un lado, darle a la vida prenatal la calidad de un interés estatal parece un tanto artificial y *ad hoc*. Los intereses estatales son normalmente intereses sociales y se requiere algún esfuerzo para ver la vida prenatal como un interés social. Además, para muchas personas, incluyendo jueces, el feto tiene algún tipo de valor intrínseco que no está bien representado por la categoría de interés estatal. Es cierto que un interés estatal puede llegar a transformarse en un interés apremiante y que entonces adquiere prioridad respecto de los derechos de la mujer. Sin embargo, esta solución de todo o nada puede ser demasiado categórica para muchos. Esta puede ser la razón por la cual la Corte Suprema de Estados Unidos en *Casey*

creó el test de la “carga indebida” que incorpora un elemento de ponderación, sin llegar a eliminar la naturaleza categórica de la solución, al mantener la inexigibilidad del deber de mantener el embarazo en toda la etapa previa a la viabilidad, e incluso después si la salud de la mujer corre peligro.

Por otra parte, el modelo estadounidense puede ser poco aceptable en América Latina porque incorpora una representación de la mujer embarazada que es contraria a la ideología conservadora de género prevalente en la región, como se señaló en la sección anterior.

## **2. El modelo europeo: proporcionalidad y la vida prenatal como un bien objetivo con estatus constitucional**

El Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 1975 afirmó que la vida estaba protegida bajo la constitución alemana en una doble dimensión: como derecho subjetivo y también como un valor objetivo. Señaló que no era necesario decidir si el feto era titular de un derecho subjetivo a la vida, porque su vida de todas formas estaba protegida bajo la dimensión objetiva. Y bajo esta calificación de valor objetivo, le concedió a la vida prenatal un peso equivalente o muy similar que el de la vida de las personas nacidas. Esta idea de la doble dimensión de la protección constitucional a los derechos es tomada por el Tribunal Constitucional español en su sentencia sobre aborto de 1985, con una diferencia. En su caso dijo que la vida prenatal estaba protegida como un valor o bien objetivo bajo la constitución española y descartó que el feto fuera además titular del derecho a la vida. El año 2006, la Corte Constitucional de Colombia siguió a su par española y declaró que el feto bajo la constitución colombiana era un bien jurídico objetivo. Agregó además un juicio muy importante que sólo estaba implícito en la sentencia española, al señalar que a la vida prenatal, como bien objetivo, debe reconocérsele un peso relativo menor que a la vida de las personas nacidas, que califica como derecho subjetivo. En su sentencia de 2010, el Tribunal Constitucional de Portugal, siguiendo esta línea jurisprudencial, también afirmó que la vida como bien objetivo de estatus constitucional tiene, *prima facie*, menos peso que un derecho subjetivo.

La sentencia alemana de 1975 introduce además la idea de la inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo. Aunque declaró que en situaciones en que entraban en conflicto la vida prenatal y los derechos de la mujer debía darse prioridad a la vida prenatal, señaló sin embargo, que había casos excepcionales en que el mantener un embarazo se transformaba en una carga

tan intensa, que no podía exigírsele a la mujer y el derecho debía aceptar el aborto. En esa sentencia, la corte establece los casos de indicaciones en que el aborto está justificado. En su segunda sentencia, de 1993, la Corte mantuvo el criterio de inexigibilidad aunque entregó la determinación de cuándo un embarazo era inexigible a la propia mujer y aceptó la legalización del aborto durante el primer período de la gestación. El Tribunal Constitucional Español siguió de cerca la solución de su par alemán de 1975<sup>27</sup> y posteriormente la Corte Constitucional de Colombia, haciendo aplicación expresa del principio de proporcionalidad, declaró que era inexigible la obligación de mantener un embarazo cuando concurrían tres tipos de indicaciones que representaban cargas excesivas para la mujer, y que por lo mismo constituían restricciones ilegítimas a sus derechos bajo el principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional portugués aplicó el principio de proporcionalidad en forma más metódica, esta vez en la revisión judicial de una ley que despenalizaba el aborto en las primeras semanas del embarazo.

Pienso que este modelo podría ser más atractivo para los tribunales de América Latina. La idea de la vida prenatal como un bien objetivo constitucionalmente protegido puede introducirse como una interpretación posible de la garantía del derecho a la vida contenida en la mayoría de las constituciones de la región. Es una calificación que promete una protección mayor a la vida fetal que un simple interés estatal. Le da estatus constitucional y, por consiguiente, mayor peso y al mismo tiempo le da al legislador alguna flexibilidad para decidir sobre las formas de protegerla y evita los problemas vinculados a la protección individual de la vida, pudiendo darle una protección general.

La metodología basada en el principio de proporcionalidad no debiera levantar objeciones por ser un método bastante estándar de trabajo judicial en el campo constitucional en la tradición continental. Esta tradición y especialmente su desarrollo en España se percibe como más cercana a América Latina que la tradición estadounidense. El hecho de que Colombia ya haya seguido este camino la hace aún más familiar.

El hecho de dar estatus constitucional a la vida prenatal puede traer tranquilidad a aquellos que buscan un reconocimiento fuerte y público al valor intrínseco de la vida en sus diferentes etapas. Sin embargo, también acarrea

---

<sup>27</sup> Producto de una reciente reforma legislativa, actualmente España tiene un régimen de plazos, en que el aborto está despenalizado durante las primeras catorce semanas del embarazo. *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.*

varios problemas teóricos y abre una serie de interrogantes que pueden complicar a los jueces cuando decidan sobre la constitucionalidad de una ley de aborto.

¿Hay alguna diferencia entre el peso de un bien (o valor) constitucional *vis a vis* el peso de un derecho constitucional?, ¿puede el examen de constitucionalidad de una ley referirse a las supuestas violaciones de un bien constitucional de la misma manera que lo hace respecto de las violaciones a derechos constitucionales? Si esta última pregunta se responde afirmativamente, ¿es posible que las restricciones de los derechos de la mujer embarazada sean consideradas como el medio apropiado para proteger el valor de la vida prenatal? ¿No invertiría esto el papel de los derechos en nuestros sistemas constitucionales?

También hay que tener presente que la solución que propone este modelo solo es posible para países cuyas constituciones incluyen la categoría constitucional de valores o bienes como una categoría distinta a los derechos individuales y donde los derechos y bienes o valores son fuente de obligaciones positivas para el estado. Ese es el caso de muchos países europeos y latinoamericanos. La diferencia que existe entre Estados Unidos, en que la vida del feto es un interés estatal, y los países en que la vida prenatal es un valor constitucional, es que en Estados Unidos la protección de la vida prenatal está *permitida* por la Constitución, pero no es nunca *exigida* por ésta, mientras que en los otros países hay un deber constitucional de proteger al no nacido.

Un punto importante que debe considerarse es cómo cambia la aplicación del principio de proporcionalidad y el argumento de la inexigibilidad según la pregunta que deba responder el tribunal en el examen de constitucionalidad. Hay dos preguntas posibles:

a. Si la ley que penaliza el aborto para proteger la vida prenatal viola derechos constitucionales de las mujeres (US 1973, Colombia 2006).

b. Si una ley que despenaliza (parcialmente) el aborto viola la vida del feto como un bien o valor objetivo (Alemania 1975 y 1993, España 1985 y Portugal 2010).

En el primer grupo de casos, en que lo que se impugna como inconstitucionalidad de la legislación es su carácter represivo, la constitución es afirmada como un marco normativo que establece límites al legislador para *prohibir* el aborto consentido. En el segundo grupo de casos, por el contrario, en que lo que se impugna es el carácter permisivo de la ley, la constitución es afirmada como marco normativo que establece límites al legislador para *permitir* el aborto consentido.

Esto trae a discusión la pregunta sobre la legitimidad del uso del derecho penal para la protección de la vida prenatal. El Tribunal Constitucional alemán

determinó que la protección de la vida prenatal requería (al menos en principio) el uso del castigo penal. Esta forma de justificar el uso del derecho penal en la protección de derechos o bienes constitucionales constituye una inversión del paradigma clásico de justificación del *ius puniendi*<sup>28</sup>. Bajo la concepción clásica, los derechos fundamentales operaban como *límites* del ejercicio del *ius puniendi* porque se consideraba que éste constituía una amenaza de intervención estatal en las áreas protegidas por los derechos fundamentales de los individuos. Conforme al paradigma clásico, la Constitución protegía los derechos fundamentales *del* derecho penal. Bajo la nueva justificación del uso del derecho penal los derechos fundamentales (y los bienes o valores objetivos asociados a ellos) *impulsan* el ejercicio del *ius puniendi*. Conforme a este cambio de paradigma, ahora la Constitución ordena proteger los derechos fundamentales *mediante* el derecho penal. El papel del control judicial de constitucionalidad de las leyes varía por consiguiente. Bajo el paradigma clásico, un tribunal constitucional sólo habría analizado si la ley *restringía* ilegítimamente derechos fundamentales, no si los protegía suficientemente. Bajo esta nueva concepción, el juez constitucional debe hacerse dos preguntas al analizar las normas regulatorias del aborto: si la ley destinada a proteger la vida por nacer no restringe ilegítimamente derechos fundamentales de la mujer y si la misma norma cumple satisfactoriamente con la obligación de protección impuesta por la constitución. Frente al posible conflicto entre el criterio negativo de protección de los derechos fundamentales (que exige limitar el *ius puniendi*) y criterios positivos de legitimación del *ius puniendi* (que exige usarlo), el juez realiza una labor de ponderación que nunca estuvo presente bajo el paradigma clásico.

Es posible pensar que en cuanto en esa ponderación se haga uso del principio de proporcionalidad y el uso del *ius puniendi* se someta a los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta propios de este principio, se pueda reconducir el examen de legitimidad clásico del *ius puniendi* en el derecho penal al examen de constitucionalidad de la norma, como lo hace la Corte colombiana.<sup>29</sup> Sin embargo, hay que tener presente que en el caso

---

28 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. Derechos fundamentales y derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia. (9):47-74, 2007, pp. 46 y ss.

29 [L]a Corte ha señalado que “ha habido una constitucionalización del derecho penal, porque tanto en materia sustantiva como procedimental ... el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”. Así, la Corte ha entendido que los derechos de los asociados se erigen en



colombiano, la Corte debía resolver si la penalización del aborto vulneraba derechos subjetivos de la mujer (como derechos de defensa frente intrusiones ilegítimas del estado) y no si la despenalización desprotegía la vida por nacer. Por lo mismo, la Corte colombiana pudo fácilmente incluir el examen de legitimidad del *ius puniendi* dentro del examen de constitucionalidad. En ese caso la vida por nacer ocupaba *el lugar* de ser el bien jurídico protegido por la norma impugnada y no el de valor o derecho constitucional amenazado por dicha norma.

La reconducción del examen de legitimidad penal clásico del *ius puniendi* es mucho más compleja cuando es la vida por nacer lo que se ubica en *el lugar* del valor o derecho constitucional que dice infringirse por la norma impugnada, como sucede en el caso alemán, español y portugués. En esos casos, si bien los jueces pueden realizar la ponderación, se pierde el trato preferencial que históricamente tenían los derechos fundamentales como derechos individuales de defensa y opera una especie de inversión de la carga de la prueba, en perjuicio de los derechos de defensa. Bajo el paradigma clásico es la restricción a los derechos fundamentales lo que debe justificarse (por ejemplo, debían justificarse las restricciones a la libertad personal impuestas por el proceso y la pena). Bajo el nuevo esquema, las restricciones a los derechos de defensa, pasan a ser evaluadas en su calidad de “medios” para lograr la protección de un fin constitucionalmente legítimo (ejemplo, la protección del no nacido) y la pregunta versará sobre si esos medios son los más idóneos, si son necesarios y proporcionales para la consecución de ese objetivo. Esta inversión es especialmente lesiva a los derechos fundamentales y por lo mismo criticable, cuando el bien jurídico protegido por la norma penal no tiene el estatus de derecho fundamental, sino solo de un valor constitucional que se deduce por el juez a partir del texto de la constitución.

En mi opinión la sentencia del Tribunal Constitucional portugués resuelve el tema correctamente. Reconoce la protección constitucional de

---

límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible ... Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional ... En suma ... [n]o podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones.” CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, C-939/02, citada por la misma Corte en su sentencia sobre aborto C-355/06 Sección VI número 8.

la vida prenatal como un bien objetivo y no como un derecho subjetivo, y desprende de esa distinción que el peso relativo de su protección *prima facie* es menor que el que se concede a un derecho subjetivo. Esto implica dejar claro que el mandato de protección de la vida prenatal y la exigencia de protección mínima que se fiscaliza mediante el examen judicial no pueden entenderse de manera de que en la práctica termine creándose judicialmente un derecho subjetivo a la vida del feto. La forma de asegurar que esto no pase es considerar mayor peso abstracto a los derechos de la mujer en el examen de proporcionalidad estricta que se hace cuando se evalúa la legitimidad de las restricciones a estos derechos.

Una pregunta fundamental que deben plantearse los tribunales que siguen esta línea jurisprudencial es si la obligación positiva de proteger la vida prenatal obliga al estado a penalizar el aborto. El Tribunal Constitucional alemán respondió a esta pregunta afirmativamente, salvo que se probara que existían medios idóneos alternativos a la penalización que cumplieran igualmente con el mandato de protección. A mi juicio, esta es una decisión equivocada. Creo que en este punto, el Tribunal Constitucional portugués proporciona una mejor respuesta al afirmar que es incorrecto partir apriorísticamente del supuesto de legitimidad de uso del derecho penal y que se requiere comprobar la eficacia de la intervención penal. Ésta no puede suponerse ni deducirse de la sola ineficiencia de los otros medios.

Teniendo en cuenta que el principio de necesidad opera autónomamente y que es imprescindible conjugar la prohibición de régimen de protección con el principio de proporcionalidad, es metodológicamente incorrecto asumir la legitimidad de la intervención penal, salvo que se pruebe la disponibilidad de otro medio alternativo de tutela menos intrusivo y de eficiencia equivalente o superior. Con eso se invierte el sentido del recorrido valorativo y se pone la carga de la fundamentación asumiendo como punto de *partida* lo que no puede ser sino el hipotético punto de *llegada*.<sup>30</sup>

Dando por asentado que la sanción penal es el instrumento más gravoso de intervención y que, desde este punto de vista tiene prioridad en su

---

<sup>30</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PORTUGAL. Marzo de 2010, Acórdão n.º 75/2010, Diário da República, 2.ª série - N.º60-26. [En línea] <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>> [Consulta: 27 de septiembre de 2010]

aplicación cualquier otro instrumento que lo sea menos, su utilización no puede ser resultado, sin más, de la eventual insatisfacción que provoquen otros instrumentos de tutela. Debe evitarse en esta materia, cualquier juicio *prima facie*, por lo que la intervención penal no puede escapar del examen de comprobación positiva de su propia eficiencia, ya que de la ineficiencia de otros medios no se puede deducir automáticamente la eficiencia del derecho penal.<sup>31</sup>

### Tercera parte

En esta tercera parte, desarrollo en líneas gruesas un posible relato judicial que podrían adoptar los tribunales latinoamericanos siguiendo la línea jurisprudencial inaugurada por el Tribunal Constitucional alemán y desarrollada por sus pares de España, Colombia y Portugal, que incorpora el argumento de la inexigibilidad en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Me parece que proponer esta línea de razonamiento tiene ciertas ventajas en un contexto judicial como el latinoamericano, en que los jueces comparten las creencias y aprensiones que describí en la primera parte del trabajo. Las ventajas son que propone una metodología ordenada, en que los jueces deben responder preguntas consecutivas y en que la evaluación sobre la legitimidad del objetivo, y sobre todo, sobre la idoneidad y la necesidad de la pena para cumplirlo, vienen antes que el ejercicio de ponderación que está incluido en el examen de proporcionalidad estricta. En el tema del aborto hay razones poderosas para concluir que la pena (al menos del aborto temprano o abortos que representan cargas excesivas) no es un medio idóneo para la protección de la vida fetal. Además esta metodología permite visibilizar los derechos de las mujeres y las distintas formas en que son afectados por la penalización, de un modo que la aproximación tradicional de estos temas por los tribunales no lo hace. Finalmente, es un método que se presta para introducir argumentación empírica, que en este campo es muy relevante.

Enfrentado a la impugnación de una norma legal que penaliza el aborto en toda circunstancia o con excepciones muy restringidas, el tribunal debe analizar la legitimidad de la restricción a los derechos constitucionales de las mujeres. Para eso debe analizar si la ley penal cumple con un objetivo

---

<sup>31</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PORTUGAL. Marzo de 2010, Acórdão n° 75/2010, Diário da República, 2.ª série - N°60-26. [En línea] <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>> [Consulta: 27 de septiembre de 2010]

legítimo y, en caso que esa pregunta sea respondida afirmativamente, si la restricción de los derechos de la mujer embarazada cumple con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.

### **Objetivo legítimo**

La primera pregunta que se debe hacer el tribunal es si la restricción a esos derechos se fundamenta en un objetivo legítimo bajo el sistema constitucional vigente. La protección de la vida prenatal es un objetivo legítimo, especialmente si la Constitución la ordena explícitamente, como es el caso de la constitución chilena. En los casos, que son los más comunes, en que las constituciones sólo tengan una garantía general al derecho a la vida, sin mención a si se aplica a la vida prenatal, los tribunales pueden seguir el razonamiento aplicado por los tribunales constitucionales alemán, español, colombiano y portugués, que deducen de esta garantía la existencia de un mandato dirigido al legislador de proteger la vida prenatal, pero no como un derecho subjetivo sino como un bien objetivo con estatus constitucional. Lo mismo podría hacer el Tribunal Constitucional chileno, a partir de una interpretación de la cláusula constitucional que establece “la ley protegerá la vida del que está por nacer”, oración que no especifica en qué calidad se protege la vida prenatal y por lo tanto deja abierta la posibilidad de que se proteja como un bien objetivo de estatus constitucional.<sup>32</sup>

Sin embargo, en muchas ocasiones, las propias normas penales sobre aborto revelan que la penalización no persigue como único o principal objetivo la protección de la vida prenatal. Por ejemplo, puede sostenerse que un objetivo de la penalización es la protección de la virtud del agente, en los casos en que la legislación exceptúe de la penalización sólo aquellos casos en que se cumple con los requisitos de la doctrina del doble efecto. Ese objetivo requiere un examen de legitimidad independiente.

En Chile y en muchos otros países de la región está penalizado el aborto de feto inviable. En esos casos, es necesario preguntarse si el objetivo es la protección de la vida intrauterina como tal o la protección de ella para hacer posible el nacimiento y posterior vida independiente (hay que recordar que uno de los argumentos en que se sustenta la prioridad de la vida del feto sobre los derechos de la mujer es que la vida es el sustrato necesario para el posterior ejercicio de otros derechos). Si el objetivo es la protección de la vida

---

<sup>32</sup> BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. La píldora del día después ante la jurisprudencia. [En línea] Revista Estudios Públicos, N° 95, 2004. <[http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_3389\\_1677/r95\\_bascunan\\_pildoradiadespues03.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_3389_1677/r95_bascunan_pildoradiadespues03.pdf)> [Última Consulta: 11 de septiembre de 2011].

prenatal para hacer posible el nacimiento y posterior goce de otros derechos, la penalización del aborto de feto inviable no tendría un objetivo legítimo.

También es común que las leyes penales latinoamericanas contemplen una mayor penalidad para la mujer que aborta que para el tercero (incluyendo al progenitor varón) que causa un aborto consentido por la mujer. Este antecedente puede dar luces sobre otro objetivo detrás de la penalización, como el reforzamiento del rol maternal que se entiende que las mujeres deben cumplir. Este objetivo no sería, a mi juicio, un objetivo legítimo. Lo mismo sucede con las motivaciones relativas a la protección del honor de la familia o la idea paternalista de que la penalización del aborto se justifica para evitar que la mujer sufra las consecuencias de una decisión equivocada (por ejemplo, el síndrome post aborto). Estos tampoco serían objetivos legítimos.

A veces se sostiene que la penalización del aborto busca el objetivo de lograr una cultura de respeto por la vida y la dignidad humanas. Este objetivo es sin duda legítimo. Corresponde respecto de él, al igual que respecto del objetivo de proteger la vida prenatal, determinar si la penalización es una medida idónea y necesaria para cumplirlos, y en caso de que lo sean, si los beneficios asociados al cumplimiento de estos objetivos que se logren mediante la penalización, compensan los sacrificios impuestos por la medida.

Si el tribunal respectivo no encontrara un objetivo legítimo que pudiera sustentar la penalización del aborto, debiera declarar la inconstitucionalidad de las normas penales.

### **Examen de idoneidad de la medida**

De acuerdo al requisito de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención del fin constitucionalmente legítimo. Si la penalización del aborto se justifica en el objetivo de proteger la vida prenatal, la restricción a los derechos de las mujeres que ella implica, solo podrá ser legítima si la aplicación de la pena es idónea para proteger al no nacido. El legislador debe estar en condiciones de poder justificar, con estudios y evidencia empírica, que la penalización se asocia a una disminución de las tasas de aborto.

En esta etapa tiene importancia la calificación que se haga del estatus de la vida prenatal, porque si se reconoce al feto un derecho subjetivo a la vida (se exige una protección jurídica individual de cada *nasciturus*), el examen de idoneidad debiera apuntar no solo a probar que la penalización permite disminuir las tasas de aborto, sino también hacer posible acciones de defensa

o protección respecto de fetos individuales (por ejemplo, la defensa de terceros respecto del feto).

Es necesario tener presente, al aplicar el criterio de idoneidad de la medida, que los regímenes actualmente vigentes en la mayor parte de los países latinoamericanos están entre los más estrictos posible en términos de penalización del aborto y que aún así tienen tasas de aborto que están entre las más altas a nivel mundial. Es difícil pensar que la eficacia de la penalización pueda mejorarse por la vía de una persecución más efectiva del delito, si hasta el momento no ha habido ninguna voluntad política ni de los operadores del sistema para implementar tal persecución, e incluso quienes defienden el actual régimen no buscan que las sanciones se apliquen a las mujeres que abortan. Estos antecedentes, unidos a la evidencia que presentan los estudios de salud pública mundial que indican que no hay una correlación empírica entre la medida de la penalización y la disminución de las tasas de aborto, deben ser considerados en el examen de idoneidad.

Creo que la situación de los países latinoamericanos no difiere, en lo pertinente, a la que tuvieron que revisar, por ejemplo los tribunales constitucionales de Alemania y Portugal, que decidieron que la penalización estricta del aborto no era idónea para proteger la vida prenatal y que el legislador podía optar por un régimen de carácter preventivo que considerara más efectivo para alcanzar este objetivo.

Respecto de la idoneidad de la penalización del aborto en conseguir el objetivo de lograr una cultura respetuosa de la vida y dignidad de las personas, especialmente de las más desvalidas, me parece, como señala Dworkin, que no hay ninguna evidencia, más allá de la mera especulación, de que admitir el aborto disminuya el respeto por la vida humana. Como dice este autor, el aborto es permitido durante el primer trimestre en muchos países europeos y estas sociedades suelen ser menos violentas y más respetuosas de la vida humana que otras comunidades en que el aborto está prohibido.<sup>33</sup> Hay además distintas concepciones sobre qué significa respetar la vida y la dignidad humana, y el supuesto que el aborto siempre atenta contra estos valores supone adoptar sólo una de esas concepciones, una que considera que el respeto a la vida se debe porque ésta forma parte de un plan divino o con un orden natural porque hay una inversión de Dios o de la naturaleza en esa vida, que la hace intrínsecamente valiosa. Hay otras concepciones bajo las

---

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *Life's dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. Nueva York, Vintage Books, 1994, 115.

cuales a veces el aborto se justifica, precisamente en razón del respeto a la vida humana y su dignidad. Más coherente es pensar, con Dworkin nuevamente, que una cultura respetuosa de la vida y la dignidad humana se lograría, bajo cualquier concepción, si se toman medidas destinadas a que las personas traten las decisiones sobre aborto como asuntos moralmente importantes, reconociendo que en esa decisión hay valores intrínsecos comprometidos que exigen una decisión reflexiva y responsable.<sup>34</sup>

Si las normas que penalizan el aborto en toda circunstancia no cumplen con el requisito de idoneidad, debieran declararse inconstitucionales, sin necesidad de continuar con el examen de necesidad que se realiza, de todas formas, en los próximos párrafos.

### **Examen de necesidad de la medida**

En el supuesto que las normas penales sobre aborto pasaran el test de idoneidad, para determinar si las restricciones que imponen a los derechos de las mujeres son constitucionales, es necesario que realizar un examen de necesidad, es decir, preguntarse si existen otros medios igualmente conducentes o más idóneos para lograr el mismo objetivo y que sean más benignos con el derecho fundamental intervenido. Si éstos existieran, el legislador debe preferirlos. Para determinar si existen, es necesario basarse en todos los antecedentes y estudios confiables sobre las causas de aborto, los modos de prevención, las experiencias exitosas aplicadas en el derecho comparado, entre otros. El antecedente que algunos de los países que muestran las tasas más bajas de aborto a nivel mundial tienen regímenes en que el aborto en los primeros meses está despenalizado, es un elemento de juicio importante que debiera llevar al legislador o a los tribunales a agotar sus esfuerzos en identificar y tomar en consideración esos otros medios alternativos de protección.

Asimismo, es importante considerar que la evidencia científica que existe de la correlación entre el uso eficiente de anticonceptivos y la disminución de las tasas de aborto es muchísimo más confiable que los informes que asocian la penalización estricta del aborto con una disminución del fenómeno.<sup>35</sup>

Otro aspecto que hay que considerar es que el aborto es un delito cuya ocurrencia es muy difícil de pesquisar y que, en la práctica, como lo demuestran los casos que llegan al sistema de justicia, la detección se realiza

---

34 Ibid, 150.

35 MARSTON, Cicely y CLELAND, John. Relationships Between Contraception and Abortion: A Review of the Evidence. *International Family Planning Perspectives* 29(1):6-13, marzo, 2003.

cuando la mujer que ha abortado sufre complicaciones de salud que la llevan a internarse en un hospital público. Como consecuencia, la aplicación de la norma penal necesariamente es selectiva y discriminatoria, porque afecta desproporcionadamente a las mujeres pobres y jóvenes, que son las que sufren complicaciones porque son las que se realizan abortos con métodos más peligrosos o bien con embarazos más tardíos. Si quisieran evitarse estos efectos discriminatorios en la persecución del delito, sería necesario que el estado implementara algún sistema general de seguimiento de los embarazos de todas mujeres y de control de su actividad, de manera de poder detectar conductas que indiquen la intención de abortar. Un sistema como ese, además de prohibitivamente oneroso, es impensable en una sociedad libre. Esto implica que el problema del déficit y la selectividad en la aplicación de la ley penal al delito de aborto y la consiguiente afectación del derecho a la igualdad que conlleva, es un problema estructural asociado al uso del *ius puniendi* en casos de aborto.

Al aplicar el test de necesidad, debe evitarse caer en el error de suponer que la criminalización es más efectiva por el solo hecho de ser la medida más intrusiva. Por el contrario, precisamente por ser la más intrusiva, el uso de la pena criminal solo se justifica como *ultima ratio*. Esto exige que el estado, si afirma la igual o mayor efectividad del *ius puniendi* frente a otras medidas alternativas, es quien tiene, en este caso, el peso de probarla.

Si la penalización no cumple con el requisito de ser una medida necesaria para cumplir el objetivo de proteger la vida prenatal, el tribunal debe declarar que esta medida es inconstitucional.

### **Examen de proporcionalidad de la medida, en sentido estricto.**

Por último, en el supuesto que el tribunal declarara que la penalización es una medida idónea y necesaria para proteger la vida prenatal, sería necesario analizarla bajo el test de proporcionalidad estricta.

De acuerdo al requisito de proporcionalidad en sentido estricto, los beneficios alcanzados por la restricción de derechos necesaria para lograr el objetivo legítimo deben compensar los sacrificios que se imponen a los titulares de los derechos restringidos y a la sociedad. El propósito de este test es determinar a qué interés finalmente debe dársele precedencia, al derecho constitucional afectado por la norma o al interés que se protege mediante la consecución del objetivo legal. En esta ponderación se toma en cuenta el peso relativo de ambos intereses en el sistema constitucional.



Es en este nivel de análisis en que se hace relevante determinar el estatus que la constitución reconoce al feto, porque *prima facie* el peso de un interés protegido constitucionalmente varía según se trate de un derecho subjetivo (como en Irlanda o Costa Rica) o de un bien objetivo (como en España, Colombia y Portugal) o un simple interés estatal sin protección constitucional (como en Estados Unidos). Si se define, como se propuso, la vida prenatal como un bien objetivo de estatus constitucional, los derechos de la mujer tendrían *prima facie* prioridad sobre la vida prenatal.

Naturalmente este juicio es todavía muy grueso, porque es necesario considerar el tipo e intensidad de afectación que sufren los derechos de la mujer embarazada por la existencia y aplicación de la norma penal. En breve, mientras más efectiva, probable, abarcadora y durable es la restricción del derecho, más peso debe darse al sacrificio que implica la afectación al derecho fundamental. Por el contrario, mientras más efectiva, probable, abarcador y durable es el beneficio que se logra con la consecución del fin, mayor debe ser el peso que se le atribuya a éste.<sup>36</sup>

Este requisito obliga a considerar la naturaleza de la afectación que se produce a los derechos de la mujer embarazada por el hecho de obligarla bajo la amenaza de la pena a mantener un embarazo. En el caso de las mujeres en que la continuación del embarazo pone en peligro su vida o su integridad física y/o psíquica, la afectación debe considerarse intensa por tratarse de intereses individuales a los que el derecho le ha reconocido siempre muy alta entidad, tanto que, cuando hay riesgo de afectación a estos intereses, incluso para personas que están sujetas a deberes de solidaridad como en el caso de la obligación de auxilio contemplada en muchos de nuestros ordenamientos, el deber de solidaridad deja de existir si el cumplimiento implica detrimento para la persona obligada. Si bien el derecho penal impone deberes de solidaridad, como en el caso de la obligación de auxilio o como en el supuesto de estado de necesidad, nunca llega a imponer deberes de sacrificio que involucren una lesión a la integridad corporal y mucho menos a la vida.

En estos casos de embarazos que ponen en peligro a la vida o la integridad personal, la amenaza de la pena impide además a las mujeres acceder a las prestaciones de salud necesarias para evitar esos riesgos. La penalización del aborto terapéutico es el único caso en que un procedimiento necesario para recuperar la salud es prohibido criminalmente, con lo que claramente se

---

36 BARAK, Aharon. Proportionality and principled balancing. *Law & Ethics of Human Rights*, 4(1):II. 2010.

produce una grave afectación al derecho a la salud garantizado en la mayoría de las constituciones latinoamericanas. No hay, además, ninguna situación equivalente que afecte a los hombres, impidiéndoles un tratamiento terapéutico, con lo que la afectación a la garantía de igualdad en el acceso a la salud es más grave.

En estas hipótesis en que el embarazo afecta el derecho a la vida, integridad personal y acceso a la salud de la mujer, también hay una afectación muy intensa a los intereses de autonomía y libre determinación de la mujer embarazada, que se manifiesta en que la mujer no puede decidir por sí misma si quiere asumir los riesgos que implica el embarazo, no puede optar por defender su vida, su salud o integridad frente a una amenaza. Además, al tener que someterse al riesgo a su integridad personal, está obligada a asumir, en razón de una norma heterónoma, las consecuencias físicas y psicológicas y en calidad de vida que pueden producirse por esas afectaciones y que pueden ciertamente limitar los planes de vida que se había forjado. La afectación a la autonomía también está presente en todas las demás hipótesis de penalización del aborto, pero la intensidad de la afectación dependerá de las circunstancias específicas que se analicen. Adicionalmente, es importante tener en consideración que no siempre las circunstancias que típicamente dan lugar a un régimen de indicaciones (terapéutica, violación o feto inviable) son, en las experiencias variadas de las mujeres reales, las más intensas. Esto ha sido aprendido por los estados que han decidido pasar de un régimen de indicaciones a uno de plazos.

También puede entenderse que existe una afectación a la libertad de conciencia, si es que se considera que la prohibición al aborto, especialmente cuando se defiende a pesar de que esté en peligro la vida de la mujer, se sustenta exclusivamente en una concepción religiosa determinada (que supone la obligación de respeto a un plan divino en el que no se puede intervenir) y que por lo tanto su incorporación al Código Penal afecta la libertad de conciencia de personas que no comparten ese credo. El respeto a la libertad de conciencia exige que el derecho se abstenga de compeler a una persona que en su fuero más íntimo siente en conciencia que le corresponde a ella aceptar o rechazar el riesgo a su propia vida o salud.

Como reiteradamente se ha señalado en el derecho comparado, la imposición a la mujer del deber de mantener un embarazo con el fin de proteger la vida prenatal afecta su autonomía, en la medida en que se le desconoce las capacidades propias de un agente moral de establecer metas,

valorar, tomar decisiones haciendo uso de su razón y otras facultades, decidir y actuar siguiendo los propios juicios. El que el derecho tome y disponga del cuerpo de la mujer implica un grado de instrumentalización de éste que puede llegar también a afectar el derecho a un trato digno, en el sentido kantiano. Cuando el nivel de intensidad de este uso es más alto, como en el caso en que la afectación implica un riesgo para la vida de la mujer o un detrimento a su integridad, la afectación puede incluso considerarse un trato cruel, inhumano o degradante.

Por último, la penalización del aborto por parte de la mujer con el fin de proteger la vida prenatal implica una afectación para las mujeres de su derecho a la igualdad respecto de los hombres. El hecho que el legislador opte por la medida de la penalización implica traspasar y concentrar en las mujeres la carga de la protección. Evidentemente esto se hace porque, estando el feto dentro del cuerpo de la mujer, resulta más fácil para el estado intervenir directamente sobre la mujer impidiéndole interrumpir su embarazo, que adoptar medidas más indirectas como la prevención de los embarazos no deseados o la creación de incentivos para que la mujer opte por mantener el embarazo (ayudas sociales, por ejemplo). Estas otras medidas distribuyen al menos algunos de los costos económicos de la protección de la vida prenatal entre los miembros de toda la sociedad. En consecuencia, la opción del legislador por la penalización, al concentra las cargas y costos (físicos, síquicos, simbólicos, económicos y en términos de pérdida de autonomía) solo en las mujeres, implica una afectación profunda de la igualdad en razón de género. Esta afectación se concentra aún más en los grupos de mujeres que son más vulnerables a tener embarazos no deseados y respecto de las cuales el estado tiene también la obligación de asegurar acceso a acciones de salud (por ejemplo de prevención anticonceptiva), como son las adolescentes y las mujeres de más bajos recursos que se atienden en sistema público de salud. Los perjuicios de esta afectación no solo tienen que medirse por su impacto en los derechos individuales de las mujeres, sino también en términos del sacrificio profundo que implica en el interés colectivo de la sociedad de sustentar sus bases como comunidad política en el principio de igualdad.

Otra razón para considerar que la afectación a estos derechos e intereses colectivos debe evaluarse como intensa, es que abarca un cúmulo de derechos cuyo goce y ejercicio son a su vez necesarios para que la mujer pueda ejercer otros derechos no directamente afectados con la penalización del aborto. Es una afectación efectiva y altamente probable, porque basta la sola existencia

de la norma penal para que los derechos de las mujeres cuyos embarazos son riesgosos para su vida o salud no puedan acceder a las acciones terapéuticas necesarias de recuperación de la salud, o para que las mujeres embarazadas vean afectada su autonomía y libertad de conciencia, y las mujeres en general, su derecho a la igualdad. Por último, la afectación a estos derechos es durable, especialmente en el caso de las afectaciones al derecho a la salud, cuando implica detrimentos permanentes, y también en el caso de la afectación del derecho a la igualdad y de la autonomía en la determinación de los propios planes de vida. Respecto de las afectaciones a la integridad personal, a la salud y la autonomía, hay manifestaciones que son temporales (típicamente vinculadas a la duración de 9 meses del embarazo o la duración de los síntomas de la enfermedad) y de intensidad variable, según los casos específicos.

Estos son los sacrificios que se imponen a las mujeres titulares de estos derechos restringidos y a la sociedad. En el examen de proporcionalidad en sentido estricto, es necesario ahora determinar el peso comparativo de los beneficios alcanzados por la restricción de derechos necesaria para lograr el objetivo legítimo para decidir, finalmente, si compensan estos sacrificios.

El beneficio que se espera obtener de la existencia y aplicación de las normas que penalizan el aborto es la protección de la vida prenatal. Específicamente el objetivo es conseguir las más bajas tasas de aborto posibles (evitar totalmente el aborto debe considerarse un objetivo inalcanzable, ya que no existe ninguna sociedad que haya podido erradicar la práctica del aborto).

Para saber cómo valorar el beneficio que trae consigo la penalización en términos de protección de la vida prenatal, es necesario poder comparar, en un ejercicio teórico, las tasas de aborto bajo el régimen de penalización con las que podrían lograrse en ese mismo país con un régimen alternativo. Este ejercicio tiene un elemento especulativo, pero las experiencias comparadas y el cuerpo de investigaciones que existen sobre los efectos de distintas políticas en la disminución del aborto, permiten que sea perfectamente posible evaluar la calidad de los antecedentes en que el legislador sustenta el régimen que está proponiendo o apoyando. En la realidad latinoamericana, en que el apoyo a la penalización generalmente no se acompaña de ningún tipo antecedentes que avalen su eficacia, ni siquiera se presenta la ocasión para la objeción de que los tribunales no son los órganos más apropiados para evaluar políticas públicas.

Hay un aspecto que me parece importante aclarar aquí respecto de la evaluación del beneficio de la penalización del aborto en la protección de la vida prenatal. Podría argumentarse que la penalización del aborto en las primeras

etapas del embarazo es compatible con una política intensiva de educación y acceso a la anticoncepción y que, por lo tanto, no debe considerarse que el régimen de penalización estricta sea alternativo a un régimen preventivo. Podría señalarse que ambos regímenes podrían coexistir y que, si lo hacen, se lograría con la penalización, un plus de protección que no estaría presente en un régimen que sólo se sustente en la prevención durante la primera etapa del embarazo. Este argumento hay que analizarlo en distintos niveles. El primero, requiere preguntarse sobre la posibilidad empírica de que un estado que está dispuesto a penalizar el aborto en toda circunstancia esté al mismo tiempo dispuesto a implementar una política intensiva de educación sexual y anticoncepción que resulte efectiva. La pregunta se justifica porque las personas que más enfáticamente rechazan la idea de la despenalización normalmente también están en contra de una intervención estatal importante en temas de educación sexual y en el fomento activo de la anticoncepción. Esta pregunta empírica debe hacérsela el legislador y merece un análisis serio. El segundo nivel en que debe analizarse este argumento exige preguntarse si la penalización del aborto temprano no interfiere de alguna forma en el uso efectivo que las mujeres hagan de la educación sexual y en el acceso a la anticoncepción. Por ejemplo, si las mujeres no se van a inhibir de preguntar o las personas a cargo de la educación sexual no van a evitar discutir experiencias previas de aborto o algunos temas vinculados con el aborto, o si no se dificultará el acceso a la anticoncepción de emergencia, por la duda que puedan tener las usuarias o los proveedores sobre su carácter abortivo. Si se atiende al argumento del legislador alemán, y apoyado por el Tribunal Constitucional Alemán en su segunda sentencia, la penalización del aborto temprano sí impide, al menos, las políticas preventivas basadas en la consejería. Si efectivamente hay una incompatibilidad entre la prevención por la vía de la información y la consejería, un tercer nivel de análisis requeriría comparar la efectividad extra que se atribuye a la pena (el plus de protección que otorgaría por sobre la protección que se logra con la política intensiva de educación sexual y anticoncepción) con la efectividad extra que proveen medidas como la consejería o la información a las que pueden acceder las mujeres en regímenes que sí permiten la opción del aborto. Estas tres preguntas forman parte, en realidad, del examen de necesidad a que debe someterse la ley que penaliza el aborto. Hay, sin embargo, un cuarto nivel de análisis que involucra el examen de proporcionalidad estricta. Si llegara a considerarse que efectivamente la pena provee un plus de protección a la vida

prenatal que no se logra en los regímenes preventivos, la pregunta que hay que hacerse es si el beneficio asociado a ese grado extra de protección justifica los sacrificios que la pena impone en términos de afectación a los derechos de la mujer. Es necesario recordar que el régimen preventivo no tiene asociado esos sacrificios.

**OTROS DESARROLLOS RELEVANTES  
DEL DERECHO CONTITUCIONAL**





# EL PROCESO CONSTITUYENTE: LA VÍA CHILENA HACIA EL CAMBIO CONSTITUCIONAL

*Claudio Fuentes Saavedra<sup>1</sup>*

## Resumen

En este artículo se argumenta que la vía chilena hacia el cambio constitucional refleja la división política que existe en relación a quiénes y qué cambiar de la Constitución. En la primera parte, se sugiere que la crisis de legitimidad del sistema de partidos, la presión social respecto de establecer una nueva Constitución y las definiciones programáticas de la coalición de gobierno gatillaron lo que hoy denominamos un “momento constitucional”. Luego, el trabajo organiza analíticamente la posición de los actores sugiriendo que existen dos ejes distinguibles: respecto de quiénes deben realizar el cambio (elitistas vs. participativos), y sobre la profundidad de la transformación (reforma vs. revisión integral del texto). La división política explica que el mecanismo escogido por las autoridades (la vía chilena del cambio constitucional) haya incorporado una serie de etapas de participación ciudadana no vinculante y decisión política del Congreso Nacional. De no mediar una presión social significativa y consistente, lo más probable es que la nueva Constitución sea el resultado de un acuerdo político de las élites partidistas en el Congreso, con algunos ingredientes de participación ciudadana no vinculante.

**Palabras claves:** cambio constitucional - sistema de partidos - Chile - proceso constituyente - Constitución

---

<sup>1</sup> Profesor titular y director de la Escuela de Ciencia Política de la Universidad Diego Portales e investigador asociado del Centro de Estudios Interculturales e Indígenas (CIIR). Este trabajo se realizó en el marco de dicho centro y del núcleo milenio NS130008, desafíos a la representación.

## 1. Introducción

El cambio de una Constitución es la expresión de transformaciones en las relaciones de poder en una sociedad. Alteraciones significativas en relaciones de poder social o político suelen impulsar modificaciones más o menos significativas en las reglas del juego. Este proceso, esperable y predecible, puede ser impulsado por la vía de la “política normal” o por reformas introducidas a la Carta Magna, o bien, a través de lo que Ackerman<sup>2</sup> denomina un “momento constituyente”, donde los principales actores establecen un nuevo acuerdo constitucional.

Ahora bien, no toda alteración significativa en los balances de poder generará un cambio en las normas constitucionales. En un marco democrático, se requieren otras condiciones adicionales para que aquello sea posible. Se necesitan agentes (individuos) capaces de liderar un proceso de cambio con opciones de política disponibles; se precisan actores sociales organizados y dispuestos a presionar por ciertas demandas que se materializan en la Constitución; es necesario que exista una opinión pública sensible al tema y que logra percibir que su bienestar se asocia a un cambio en las reglas del juego. Finalmente, se requiere la convicción de que algunos actores poderosos (en particular militares y empresarios) no ejercerán una influencia desmedida y fuera de la ley para detener el proceso.

La configuración de todas estas condiciones no es algo frecuente. Tales opciones suelen encontrarse habitualmente en momentos de transición democrática o en circunstancias de una crisis política aguda. Esta última situación suele ir acompañada por crisis económicas significativas.

El caso de Chile es distintivo por una serie de circunstancias. Primero, el debate sobre el reemplazo constitucional no se dio inmediatamente después de la transición democrática, como ocurrió en gran parte de los países que enfrentaron procesos de democratización. Segundo, tampoco se han experimentado fuertes y sostenidas crisis económicas que pongan en juego el modelo económico. Aunque existen discrepancias relevantes sobre el rol del mercado y de Estado entre las élites, dichas diferencias se asocian más a la intensidad del rol que cada uno debe cumplir. Pero hasta el momento, los actores que cuestionan el modelo capitalista propiamente tal son marginales. Tercero, en los últimos 25 años se ha experimentado un significativo incremento del

---

<sup>2</sup> Ackerman, Bruce, *We The People: Foundations*, (Cambridge: Harvard University Press) 1993, p. 3-10.

bienestar social general de la sociedad. Aunque los niveles de desigualdad no se han alterado en este período, se produjo una disminución significativa de la pobreza, aumentó la cobertura de educación, salud y otros servicios básicos, y se han mantenido niveles de desempleo relativamente bajos. Finalmente, el sistema político ha introducido reformas significativas a la Carta Fundamental que han “despinochetizado” la Constitución impuesta en dictadura.<sup>3</sup>

En este artículo explicaré por qué en Chile se generaron condiciones para un nuevo momento constitucional. Pese a existir las condiciones recién señaladas (mejoramiento del bienestar social, ausencia de crisis económica, y reformas constitucionales que han descomprimido al sistema político), nos encontramos al inicio de un intenso debate sobre el establecimiento de una nueva Constitución. Señalaré que esto se debe a factores sociales, políticos e institucionales que han estimulado la generación de una coyuntura única en un sistema político. Luego, explicaré las características del proceso en curso, argumentando que refleja en forma muy prístina la actual correlación de fuerzas políticas. Sostendré que la ausencia de un acuerdo en las élites derivó en esta opción de política de introducir un proceso gradual de debate constitucional. En la parte final, expondré algunos de los resultados esperables de este proceso político.

## 2. ¿Por qué se produjo un momento constitucional?

Sería difícil definir el instante preciso en que se desencadenó el actual momento constitucional. Podemos pensar en un ciclo de larga duración, que precisamente partió con el fraude del plebiscito de 1980<sup>4</sup>, y que ha generado un largo y tortuoso camino de reformas a la Constitución establecida por la Junta Militar. O bien, podríamos pensar en un ciclo de corta duración que, irónicamente, se inició cuando se promulgaron las reformas a la constitución, de agosto de 2005, que terminaron con gran parte de los enclaves autoritarios. En efecto, pocos meses después de aquella coyuntura, varios actores políticos comenzaron a promover propuestas que apuntaban a transformaciones más sustantivas de la Constitución incluyendo un cambio de régimen político, la incorporación de nuevos derechos sociales, el reconocimiento de los pueblos originarios, establecimiento de una mayor autonomía regional, eliminación

3 Fuentes, Claudio, “Shifting the Status Quo: Constitutional Reforms in Chile”, en *Latin American Politics and Society*, Vol. N° 57, 2015, pp. 99-122.

4 Fuentes, Claudio, *El Fraude: el plebiscito de la Constitución de 1980*, (Editorial Hueders) 2013.

de las leyes orgánicas y un cuerpo significativo de materias de carácter dogmático y orgánico presente en ella.<sup>5</sup>

En el período 2006-2013 se triplicaron las mociones en el Congreso sugiriendo cambios a la Constitución. En esa misma etapa, Marco Enríquez-Ominami estableció una comisión en la Cámara que propuso un cambio de régimen político. Luego, el ex presidente Frei planteó el establecimiento de una nueva Constitución. Más tarde, en el año 2012, el Partido Demócrata Cristiano (PDC) y Renovación Nacional (RN) establecieron un acuerdo político para avanzar en una serie de reformas constitucionales incluyendo el cambio en el régimen de gobierno. Para las elecciones presidenciales de 2013 prácticamente todas las candidaturas propusieron reformas constitucionales sustantivas, aunque el paso más significativo estaba incluido en la propuesta de la Nueva Mayoría en la cual se señalaba, explícitamente, que se avanzaría en el establecimiento de una Nueva Constitución a partir de un mecanismo “institucional, participativo y democrático”.

Desde el punto de vista de la sociedad civil, los fragmentarios esfuerzos realizados por el movimiento por una asamblea constituyente encontraron un nuevo momento político al organizarse la campaña “MarcaTuVoto” que alcanzó su mayor notoriedad pública en el año 2013, al dinamizar el debate sobre la necesidad de crear una Asamblea Constituyente para la redacción de una nueva Constitución.

A lo anterior debemos sumar la desafección ciudadana con el proceso político en general, y con los partidos políticos, empresarios y el gobierno en particular. Una secuencia de incidentes que tuvo por común denominador el abuso de poder, fue generando condiciones sociales de malestar. A las protestas estudiantiles de 2006 y 2011, se sumaron una serie de escándalos por abusos que afectaron directamente a la ciudadanía y que se vinculan con colusión de precios en negocios relacionados con farmacias, pollos, asfalto, papel higiénico y supermercados. Luego, en 2015 se revelaron una serie de escándalos asociados al financiamiento ilegal de campañas políticas, lo que afectó todavía más la credibilidad de los actores políticos y empresariales. Las encuestas de opinión pública han mostrado un constante deterioro de la confianza ciudadana en actores e instituciones cruciales del sistema democrático, incluyendo partidos, Congreso, Poder Judicial, grandes empresas, Iglesia Católica, medios de comunicación y Carabineros.

---

5 Fuentes, Claudio, *El Pacto: Poder, Constitución y Prácticas políticas en Chile 1990-2010*, (Ediciones UDP) 2012. Ver capítulo 1.

A esta percepción de descreimiento, se sumó otra de apoyo a la idea de establecer una nueva Constitución. La encuesta Cadem-Plaza Pública monitoreó el tema entre marzo de 2015 y enero de 2016 concluyendo que, en promedio, sobre el 75% de la ciudadanía estaba de acuerdo con que Chile necesita una nueva Constitución. Mientras en octubre de 2015 el 51% consideraba que era un tema prioritario o muy prioritario, en enero de 2016 dicho porcentaje alcanzaba un 61%. La diferencia en la ciudadanía se produce respecto de la intensidad del cambio, dado que mientras el 48% cree que habría que modificarla en algunos aspectos, un 44% señala que habría que cambiarla por completo.<sup>6</sup> Estos resultados son consistentes con los encontrados en la Encuesta Nacional UDP de 2015.<sup>7</sup>

Una vez instalado el gobierno de Michelle Bachelet en marzo de 2014, los actores políticos e intelectuales comenzaron a desarrollar una serie de iniciativas para preparar los contenidos de lo que sería la discusión constitucional. El primer hecho político fue la victoria electoral de la coalición de la Nueva Mayoría que por primera vez en 25 años obtenía una mayoría considerable en ambas cámaras (53% en el Senado y 58% en la Cámara de Diputados). Es decir, el nuevo gobierno tenía la suficiente fuerza política para aprobar reformas que requerían mayoría simple, y al negociar con algunas fuerzas independientes de derecha e izquierda, podría incluso alcanzar votos suficientes para realizar reformas de quórum especial, como lo son las Leyes Orgánicas Constitucionales que requieren un quórum de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio.

En segundo lugar, el mismo programa de gobierno anticipaba un conjunto de contenidos básicos y esenciales que debiese considerar esta nueva Constitución.<sup>8</sup> Se definían principios en el campo de los derechos esenciales de las personas, garantías y deberes, además de la estructura del sistema político. Algunos de los aspectos que llamaron la atención de la propuesta en el campo de los derechos fueron: la promoción de una ley de acción afirmativa para alcanzar una mayor igualdad entre hombres y mujeres; establecer una norma que limite la concentración de propiedad de los medios de comunicación

6 Al respecto ver, Encuesta Cadem-Plaza Pública, Estudio N° 106, enero de 2016.

7 En este caso, un 7% se mostró partidario de mantenerla, un 34.5% partidario de reformarla, y un 45.1% partidario de hacer una nueva Constitución. Disponible en: [www.encuesta.udp.cl](http://www.encuesta.udp.cl)

8 El capítulo programático referido a la Constitución fue elaborado por un equipo encabezado por el abogado Francisco Zúñiga, e integrado por los abogados Pablo Ruiz-Tagle, Fernando Atria, Alejandra Zúñiga, Juan Carlos Ferrada, Francisco Soto, Claudia Sarmiento y William García.

social; consagración del derecho al trabajo, a una remuneración equitativa y protección de las organizaciones sindicales; reconocimiento del derecho a la identidad sexual; la necesidad de delimitar de mejor modo la función social del derecho a la propiedad privada; el reconocimiento del dominio público pleno, absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de los recursos hídricos, mineros y del espectro radioeléctrico; la declaración de las aguas como bienes nacionales de uso público; el establecimiento de una ley para alcanzar la paridad en los cargos de representación popular entre hombres y mujeres; el reconocimiento de Chile como una nación pluricultural; la consagración del Estado social y democrático de derecho para asegurar mínimos de igualdad social para el disfrute colectivo de tales derechos.

Desde el punto de vista de los deberes, se propone avanzar en una concepción que supere la visión individualista de la vida en sociedad y que establezca deberes relativos a la vida pacífica, el respeto de derechos, la contribución a una sociedad solidaria, y el cumplimiento de las cargas reales y personales que establezca la ley.

Finalmente, en relación a la estructura del sistema político, se convoca al establecimiento de una república democrática que combine elementos de representación y participación en forma equilibrada. Se propone, entre otros aspectos, el establecimiento de un sistema electoral proporcional; la definición de quórum de mayoría absoluta para la aprobación de leyes (eliminando quórum supramayoritarios); la valoración de los partidos políticos y la entrega de recursos públicos para garantizar su funcionamiento; el reconocimiento de los pueblos indígenas; el establecimiento de mecanismos de democracia directa en distintos niveles de decisión política; elección directa de autoridades regionales; la reforma a la justicia militar; el reordenamiento de atribuciones del Tribunal Constitucional y el cambio en el sistema de elección de sus integrantes; la creación de una defensoría ciudadana; y el establecimiento de referéndum para dirimir conflicto entre poderes al realizar reformas constitucionales, o bien aprobar enmiendas a la Constitución.

El programa delineado estableció tres condiciones para la elaboración de esta nueva Constitución, a saber, que fuera un proceso democrático, institucional y participativo. Democrático en el sentido que se escucharían todos los puntos de vista y se respetarían los derechos de todos los sectores. Institucional, en la perspectiva que tanto la presidencia de la República como el Congreso “[...] deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en

el sentido de los cambios”.<sup>9</sup> Finalmente el proceso requería ser participativo, esto es, que la ciudadanía debía participar activamente en la discusión y aprobación de la nueva constitución: “[...] para tal efecto, el proceso constituyente supone, de entrada, aprobar en el parlamento todas aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición”.<sup>10</sup>

El debate de forma y fondo (qué aspectos modificar y cómo avanzar) se explicitaba en las definiciones programáticas, lo cual ha sido una constante desde el establecimiento del nuevo gobierno. De esta forma, han contribuido a provocar este momento constitucional, entre otros, la organización de algunas iniciativas como “tuconstitucion.cl” estimulada por la fundación del ex presidente Ricardo Lagos para generar propuestas de contenido, la iniciativa del Centro de Estudios Públicos –CEP-Chile– para debatir aspectos de contenido sobre una nueva Constitución, el establecimiento de una bancada de congresistas pro Asamblea Constituyente en el año 2014, la emergencia más reciente de una red de intelectuales de izquierda (Puentes) para dinamizar un debate amplio sobre el cambio constitucional, y la organización de iniciativas políticas en la coalición de derecha Chile Vamos para promover reformas a la Constitución. Finalmente, en octubre de 2015 la Presidenta de la República anunció un itinerario del proceso constituyente que ha contribuido a crear este momento de debate constitucional.

Entonces, un contexto social de fuerte crítica hacia el sistema político, la existencia de organizaciones sociales que presionaron en este tema, la iniciativa política de colocar el tema como parte de uno de los ejes centrales del programa de gobierno, y la respuesta de la propia elite político-intelectual posterior a la elección, tendiente a activar mecanismos para discutir cambios constitucionales, han favorecido el establecimiento de este momento. Aunque no se advierte una crisis económica profunda y las condiciones sociales no son críticas, lo que sí estimuló un estado de ánimo social favorable al tema es la percepción de “abuso de poder” que distintos actores sienten en temas tan variados como derechos sociales (educación y salud principalmente), derechos de agua, derechos indígenas, derechos laborales y derechos civiles, entre otros. En varios de estos temas se produjo la conjunción de la preocupación sectorial y una más profunda asociada al cambio de las reglas del juego que impedían avanzar reformas y/o establecer acuerdos globales y duraderos.

---

9 Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018, capítulo “Nueva Constitución”, 2013, p.35.

10 Id.

### 3. Explicando la vía chilena

El 13 de octubre de 2015, la Presidenta de la República explicó al país por cadena nacional el itinerario para establecer una nueva Constitución. La propuesta consideró cinco momentos que resumiremos a continuación: (1) etapa de educación cívica e información a la ciudadanía, de cinco meses, para socializar contenidos del significado de la Constitución y elementos claves del proceso. (2) La realización de encuentros locales autoconvocados, cabildos provinciales y regionales para que la ciudadanía pueda expresar los contenidos relevantes para ella y que debiesen formar parte de la Constitución. A partir de este proceso se elaborará un documento denominado “Bases ciudadanas para la nueva Constitución”. El proceso sería monitoreado por un Consejo Ciudadano de Observadores que se estableció a comienzos de diciembre de 2015. (3) Elaboración por parte del gobierno de un proyecto de ley para el establecimiento de una nueva Constitución a partir de las bases ciudadanas y que sería sometido a la consideración del Congreso Nacional a mediados de 2017. (4) Envío de un proyecto de ley a fines de 2016 para introducir procedimientos para el reemplazo de la Constitución. Esta reforma a la Constitución requeriría de la aprobación de 2/3 del Congreso Nacional e incluirá cuatro mecanismos (comisión bicameral, comisión mixta Congreso-ciudadanía, convocatoria a plebiscito y Asamblea Constituyente). (5) deliberación y decisión por parte del Congreso Nacional que será inaugurado en marzo de 2018 del mecanismo que será utilizado para cambiar la Constitución, a partir de las alternativas que serán aprobadas por el Congreso actual. El gobierno propuso que dicha aprobación debiese ser con 3/5 de sus miembros.

Tabla 1. Etapas del proceso de cambio constitucional

Momentos	Agente principal	Plazos	Características
Educación cívica	Gobierno	5 meses (oct 2015-mar 2016)	- Información
Cabildos	Ciudadanía	7 meses (mar-oct 2016)	- Encuentros locales - Cabildos provinciales - Cabildos regionales - Consejo Observadores - Documento Bases Ciudadanas
Propuesta de Contenido	Gobierno	8 meses (oct 2016-ago 2017)	- Propuesta de nueva Constitución



Reforma Constitucional	Congreso Nacional	12 meses (dic 2016-nov 2017)	- Proyecto para establecer procedimiento de reemplazo Constitución - 2/3 quórum
Decisión Mecanismo	Congreso Nacional	marzo 2018	- Deberá decidir mecanismo de los aprobados en previo Congreso - 3/5 quórum

Desde el punto de vista politológico, la propuesta contiene algunas características que convendría remarcar:

*Gradualidad.* La primera característica que llama la atención es la definición de etapas relativamente extensas. Se establece una secuencia de diálogos ciudadanos, seguida por la intervención del gobierno y el propio Congreso Nacional en dos momentos, 2017 para definir la reforma a los mecanismos, y 2018 para decidir sobre uno de los mecanismos. El gobierno, en ese sentido, optó por postergar la decisión de establecer una nueva Constitución a un próximo gobierno.

*Inclusión política de instancia de representación.* Los actores principales en estas etapas corresponden al poder Ejecutivo y Legislativo. La decisión política fue proponer un consenso amplio y plural de la élite política que implicaba una negociación con los sectores de la derecha en el Congreso. Esta misma lógica se verificaría al establecer el Consejo Ciudadano de Observadores que incorporó de modo relevante a actores de la derecha.

*Participación ciudadana no vinculante.* El diseño consideró la necesidad de socializar el debate sobre una nueva Constitución pero, como observaremos un poco más adelante, con un carácter no vinculante. Se trata de un modelo “top-down”, de consulta a la ciudadanía en materias de contenido constitucional, lo que derivaría en un documento de Bases Ciudadanas que, posteriormente, sería un insumo para el debate.

El itinerario propuesto no está libre de ciertas ambigüedades. Por ejemplo, no se sabe muy bien cuál es el objetivo de presentar un proyecto de ley de nueva Constitución basado en un proceso ciudadano de consulta no vinculante. ¿Qué sucedería con ese proyecto si, por ejemplo, el próximo Congreso Nacional decide convocar a una Asamblea Constituyente? ¿Volvería todo a foja cero o dicha Asamblea tendría que tener en consideración dicho proyecto de ley? Asimismo, la propuesta del Ejecutivo es que la actual legislatura decida los mecanismos con un quórum de 2/3 del Congreso y que el próximo lo haga

con 3/5. Pero, ¿qué incentivo tendría la actual oposición para aceptar esas condiciones y no solicitar que en ambas ocasiones fuese de 2/3? ¿Qué sucederá con el proyecto del gobierno de Bases Ciudadanas si se verifica una baja participación en los Encuentros y Cabildos? ¿Se deslegitimaría todo el proceso?

Con independencia de los cuestionamientos que podría recibir este itinerario, la pregunta analítica relevante es: ¿por qué se optó por este camino que parece intrincado, extenso, y no libre de incertidumbre? El gobierno pudo, por ejemplo, haber propiciado un acuerdo en el Congreso Nacional sin iniciar aún una primera etapa de consulta ciudadana. También podría haber enviado un proyecto de ley proponiendo, por ejemplo, otorgar la atribución al Ejecutivo de convocar a plebiscito. Un tercer camino pudo haber sido posponer el proceso hasta el próximo gobierno, tal cual algunos parlamentarios de la Nueva Mayoría lo sugirieron.

Sin embargo, la modalidad y las etapas requieren una explicación. Aunque se necesita una investigación más acabada del proceso de toma de decisiones interna que llevó a la Presidenta a escoger este itinerario, es posible inferir algunos elementos a partir del análisis del contexto que rodeó la decisión. Existen tres factores que podrían explicarla. Primero, existía el convencimiento de la Presidenta Bachelet de que no podría traicionar su compromiso programático en relación a gatillar el proceso de reemplazo de la Constitución. El escenario político de 2015 fue particularmente difícil para la Primera Mandataria y su gobierno, debido a la irrupción de denuncias por casos de corrupción que afectaron a su propia familia y a su entorno político más cercano. Esta situación ocasionó una fuerte pérdida de su apoyo popular. A ello se sumó el panorama menos promisorio en materia económica que obligó a redefinir prioridades y postergar compromisos de su programa de gobierno. Pese a esto, la Presidenta se ha convertido en una relevante actora del cambio constitucional, planteando que busca instalar un proceso participativo, amplio y transparente en Chile. El compromiso presidencial, entonces, es parte esencial de la definición de esta estrategia.

En segundo lugar, existen diferencias al interior del gabinete presidencial por lo que el resultado de política debía considerarlas. A modo de ejemplo, el ex ministro del Interior Jorge Burgos, del Partido Demócrata Cristiano (reemplazado en el cargo en julio de 2016), planteaba en mayo de 2015 que, si bien era partidario de establecer una nueva Constitución, “yo en mis anteriores responsabilidades tengo una opinión sobre la Asamblea Constituyente que,

por lo menos como se ha propuesto en algunos libros acá, no la comparto”.<sup>11</sup> Posteriormente, señalaba más explícitamente su postura: “cualquier cambio constitucional pasa por hacerlo dentro de las reglas; a eso nos comprometimos en el programa de gobierno, a hacerlo institucionalmente, y he dicho que eso pasa por el Congreso”.<sup>12</sup>

Respondiendo a esta posición, el ministro Secretario General de Gobierno, Marcelo Díaz, Partido Socialista (PS), sostenía en mayo de 2015 que, si bien había diferencias en el gabinete sobre los mecanismos, existían tres consensos, que Chile merecía una nueva Constitución, que en septiembre de 2015 se iniciaría el proceso constituyente y que “todos llegamos con opiniones previas, pero cuando uno se integra al gabinete firma su compromiso con las reglas del juego, que un ministro sea partidario de un mecanismo u otro, forma parte del debate y quien va a decidir es la Presidenta de la República y es una regla del juego que rige para mí y para todos”.<sup>13</sup>

Pocos meses después, Díaz sostenía que: “existen varios mecanismos posibles, legítimos e institucionales para el cambio constitucional, entre ellos, diversos formatos participativos, la delegación de la tarea constituyente al Congreso, los mecanismos plebiscitarios o la Asamblea Constituyente. Este debate no está cerrado y cualquiera de estos mecanismos, o una mixtura de ellos, es posible en el marco de la institucionalidad. Pero lo importante es que cualquiera de ellos no puede aplicarse sin un amplio debate que permita el mayor grado de representatividad e inclusión de la visión de todos”.<sup>14</sup> Así, las autoridades del propio gobierno seguramente buscaron definir un itinerario que recogiera la necesidad de incluir la participación de la ciudadanía y la diversidad de posiciones sobre los mecanismos potenciales que existen para cambiar la Constitución.

La tercera, y quizás más relevante razón que explica el itinerario, es la falta de consenso al interior de la coalición respecto del mejor camino para resolver el tema constitucional y que se proyecta en el mismo gabinete. Estas diferencias se han hecho evidentes en la medida en que se ha intensificado este

11 La Tercera.cl: Burgos por Asamblea Constituyente: “Yo no la comparto pero la definición la tomará gobierno”, 12 de mayo de 2015.

12 La Tercera.cl: Burgos elogia actual constitución y rechaza atajos para modificarla., 31 de julio de 2015.

13 La Nación.cl: Marcelo Díaz: “solo la presidenta decide sobre Asamblea Constituyente”, 17 de mayo de 2015.

14 Emol.cl: “Gobierno asegura que debate por mecanismo de nueva Constitución no está cerrado”, 10 de agosto de 2015.

debate a nivel nacional. En anteriores trabajos hemos sistematizado el debate y posturas de los actores<sup>15</sup> y en esta oportunidad lo haremos en relación a la posición de los actores claves respecto del mecanismo.

Desde antes de la instalación del gobierno de la Nueva Mayoría surgió un intenso debate sobre el mecanismo para cambiarla. Recién conformada la comisión de Constitución del Programa de Bachelet, uno de sus integrantes, Fernando Atria, postuló que tan importante como el contenido de la nueva Constitución era el mecanismo por cuanto: “[...] el problema es que las reglas actualmente vigentes de actuación de la ley, incluida la ley de reforma constitucional, las reglas actualmente vigentes, aseguran que cualquier reforma que se apruebe a través de ella va a reproducir el problema y no lo va a solucionar”. Consecuentemente, sostenía que: “la forma normal, a través de la cual una nueva decisión que no le deba nada a decisiones anteriores se toma, es asamblea constituyente”.<sup>16</sup>

Una postura diferente sostuvo el encargado de la Comisión programática constitucional de Bachelet, Francisco Zúñiga, que luego de concluido su trabajo en septiembre de 2013 planteó que se priorizaría un camino institucional, esto es “[...] la prioridad la tiene la reforma total a la Constitución. Sólo si la reforma total fracasa porque la derecha vuelve con sus bloqueos y vetos, se abrirá la posibilidad de recurrir al poder constituyente originario”. Y agregaba: “La decisión de una nueva Constitución depende de todos, pero naturalmente depende de la derecha abrir esa puerta. Porque ellos tienen la puerta de los quórum y mientras no reformemos el binominal, es muy probable que la derecha siga teniendo más del tercio que le permita bloquear una reforma total a la Constitución”.<sup>17</sup>

La candidata Bachelet evitó durante su campaña pronunciarse respecto de la posibilidad de establecer una asamblea constituyente (AC), indicando que “[...] nunca dije que estaba por una asamblea constituyente. Lo que dije es que no estaba prejuiciosamente en contra de ninguna opción (...). Es evidente que la primera opción sea por la vía institucional. Ahora bien, hay distintas interpretaciones de eso, pero por la vía institucional. Por eso, es que yo me la

---

15 Fuentes, Claudio, “Rutas para una nueva Constitución: mapa de actores y estrategias”, en Documento de trabajo ICSO-UDP, N°4, 2014, p.20; Fuentes, Claudio, “Un paso para adelante, uno para atrás: política y constitución”, en Barómetro de Política y Equidad, (Fundación Equitas), 2015 y Fuentes, Claudio y Joignant, Alfredo (ed.), *La Solución Constitucional*, (Editorial Catalonia) 2015.

16 El Mostrador.cl: Fernando Atria, “el problema constitucional tendrá que resolverse por la buenas o por las malas”, 23 de abril de 2013.

17 El Mostrador.cl: Francisco Zúñiga: “Sólo si la reforma total fracasa porque la derecha la bloquea, se abrirá posibilidad de recurrir al poder constituyente originario”, 17 de septiembre de 2013.

estoy jugando por conseguir el mayor número de doblajes para ver si podemos romper el cerrojo que existe (...)”.<sup>18</sup>

De esta forma, se configuran cuatro grupos: reformistas graduales elitistas, reformistas participativos, refundacionales vía consulta no vinculante, y refundacionales con participación vinculante.

### 3.1. Reformistas graduales elitistas

A este grupo adscriben quienes señalan que es necesario realizar ajustes más o menos profundos a la Constitución, pero que tales cambios deben respetar la institucionalidad vigente, por lo que correspondería al Congreso Nacional aprobar cualquier modificación. Algunos sectores de la derecha (En RN, UDI y Amplitud) se han mostrado partidarios de esta opción. Ellos se muestran abiertos a realizar reformas, pero cualquiera de esos perfeccionamientos institucionales solo puede hacerse con la institucionalidad vigente. El cambio debiese provenir desde arriba y a partir de un consenso de las elites en el poder. En el caso de la derecha, el temor principal a promover un cambio más participativo es afectar los derechos de propiedad y la libertad individual que son piedras fundamentales de la actual Constitución.

En la Nueva Mayoría también hay actores que han propiciado este punto de vista. Como veremos a continuación, algunos como el senador Walker, sostienen que es sano para la democracia propiciar acuerdos de los representantes en el poder. Otros, como el ex senador Escalona, han sostenido que como no se puede saltar la institucionalidad, la única opción realista es propiciar cambios institucionales teniendo en consideración las mayorías existentes en el Congreso. En este caso el interés a defender es la necesidad de mantener una estrategia que permita mantener la alianza con el centro político.

El grado de profundidad de las propuestas varía de actor en actor político. En marzo de 2014, el senador Hernán Larraín (UDI) sostenía: “Creo que objetivamente no hay una justificación para una nueva Constitución, ni mucho menos para hacer una asamblea constituyente para elaborarla. Si fuese necesario introducirle cambios muy sustantivos al actual texto, para eso está el Congreso, que tiene legitimidad democrática para abocarse a esas reformas”.<sup>19</sup> En tanto, el senador Alberto Espina (RN) planteaba que “La legitimidad de

<sup>18</sup> Emol.cl: Michelle Bachelet: “Nunca dije que estaba por una asamblea constituyente”, 8 de julio de 2013.

<sup>19</sup> *La Segunda*: Nueva Constitución, las definiciones de 5 senadores donde se forjará la reforma, 21 de marzo de 2014.

origen no es lo relevante, sino su contenido y cómo se puede mejorar, porque uno puede tener una Constitución generada en democracia que le haga un tremendo daño al país. Todos los enclaves autoritarios de esta Constitución ya fueron eliminados, perfeccionarla siempre es bueno y hay que estar dispuestos a discutirlo, pero vamos a resguardar las libertades individuales como un principio intransable”.<sup>20</sup> Espina era partidario de avanzar un acuerdo de reformas constitucionales en el actual Congreso (con los actuales quórums), y que el proceso podría incluir tres etapas: una amplia consulta ciudadana, una discusión al interior del Congreso, y un plebiscito para ratificar los acuerdos establecidos por el Congreso, “esto porque en las actuales circunstancias esto fortalece los acuerdos que se hagan sobre la Constitución”.<sup>21</sup>

Otro reformista es Andrés Velasco (Independiente, líder del movimiento Ciudadanos), quien sostuvo durante su campaña que la promesa de una Asamblea Constituyente era falsa dado que no estaba considerada dentro de la institucionalidad. En su candidatura presentó una plataforma de reformas políticas y constitucionales de alta densidad incluyendo reforma al sistema electoral, Tribunal Constitucional, cambio en quórums de aprobación de leyes, reconocimiento constitucional de pueblos originarios, reforma a ley de partidos, ley de lobby y regulación de intereses de los representantes electos.<sup>22</sup> Para Velasco la promesa de una Asamblea Constituyente era falsa por cuanto no estaba contemplada en la legislación actual.

El ex senador Camilo Escalona (PS) planteó la imposibilidad de propiciar una Asamblea Constituyente. En abril de 2013 marcó una posición pragmática al indicar que en el caso de Chile no había espacio para quiebres institucionales o decisiones que contravinieran los mecanismos institucionales para realizar transformaciones. Por lo tanto, la única posibilidad real de cambiar la Constitución era desde una reforma en una propuesta que discutiese el Congreso Nacional. Y para ello, se requería de una mayoría sustantiva en el Parlamento. Sostuvo Escalona que: “Los alcances de un gobierno de cuatro años no son ilimitados. En democracia, las reformas no son impuestas de manera autoritaria o mesiánica, sino que tienen límites institucionales y sociales de la mayoría que respalda esos cambios. En el ámbito institucional, las reformas dependerán de las mayorías que habrá en las elecciones de noviembre [de

---

20 Id.

21 *La Segunda*: Alberto Espina: “lo que acordemos en el Congreso, se plebiscita”, 17 de abril de 2014.

22 El Mostrador.cl: Andrés Velasco presenta propuestas de reformas políticas y constitucionales, 9 de junio de 2013.

2013]. Así de definitivo y claro. Nosotros seguimos un camino de reformas institucionales. No hay posibilidades en Chile de un quiebre y, por lo tanto, son las mayorías las que nos van a permitir los cambios”.<sup>23</sup>

En tanto, el senador y presidente de la DC, Ignacio Walker, sostenía, en diciembre de 2013, que existían tres aspectos claves que constituían el corazón de la cuestión constitucional: el término del sistema binominal; el fin de las leyes orgánicas constitucionales y sus quórum de aprobación; y el fin del control preventivo de dichas leyes por parte del Tribunal Constitucional. La resolución de la cuestión constitucional, planteaba Walker, “[...] es una exigencia patriótica que recae sobre los hombros de la elite política chilena. Esa nueva constitución, producto de los tres cambios que hemos señalado, debe surgir de un mecanismo democrático, participativo, e institucional [...]. Estimo deseable y aconsejable que una reforma de esa envergadura sea ratificada por un plebiscito”.<sup>24</sup>

El senador Walker fue mucho más explícito cuando indicaba que nunca había creído en una lógica refundacional: “[...] el camino es la reforma, aunque se trate de reformas estructurales, porque el programa de la Presidenta Bachelet no ha propuesto ninguna revolución, lo que ha propuesto son tres reformas estructurales. La lógica refundacional, que es ingenua, y voluntarista compromete la viabilidad de las reformas. En cambio, la lógica de la reforma del cambio gradual y con acuerdos es una lógica más eficaz”.<sup>25</sup>

### 3.2. Reformistas participativos

Otro grupo propicia una agenda intensa de reformas con mecanismos participativos (aunque no vinculantes) para obtener estos cambios. No creen posible promover reformas estructurales porque las condiciones políticas e institucionales lo impiden. Sin embargo, están abiertos a posibilitar una agenda intensa de reformas políticas que incluya mecanismos de participación no vinculante para legitimar el proceso de debate sobre las mismas. Por ejemplo, la agenda de reformas durante el primer gobierno de Michelle Bachelet (2006-2010) sugería precisamente este modelo de “gobierno ciudadano”, donde se establecieron una serie de comisiones para avanzar en temas relevantes para la agenda política y social del país. Políticas públicas asociadas a la generación de “diálogos ciudadanos” también responden a este modelo

23 *La Tercera*: Entrevista a Camilo Escalona, 28 de abril de 2013.

24 *El Mercurio*: Ignacio Walker: “Nueva Constitución”, 21 de diciembre de 2013.

25 *La Tercera*: Ignacio Walker: “Hay un progresismo infantil que creyó que gobernar era tomar las banderas de la calle”, 21 de septiembre de 2014.

de transformación social. Se estimulan mecanismos de “escucha social” por parte de las autoridades para, a partir de aquellos, legitimar socialmente algunas de las políticas a ser implementadas.

### **3.3. Refundacionales vía consulta no-vinculante**

Un tercer grupo cree en la necesidad de una Nueva Constitución (o un cambio estructural en las bases constitucionales), pero sostiene que no existe posibilidad pragmática de establecer un proceso como una Asamblea Constituyente. Destacan dos impedimentos: falta de una legislación que establezca aquella opción; e imposibilidad de aprobar un proyecto en el Congreso que abra la opción de una Asamblea Constituyente por el quórum requerido para ello en el Parlamento. Por lo tanto, la única posibilidad que existiría sería que el Ejecutivo definiese un texto que fuese sometido a una consulta no vinculante a la ciudadanía, seguido de la aprobación formal de una reforma total a la Constitución por parte del Congreso Nacional, y la ratificación en un plebiscito vinculante de la propuesta definitiva.

Al igual que los “reformistas”, se trataría para este grupo también de un proceso de arriba hacia abajo donde le correspondería al Ejecutivo preparar un proyecto de Nueva Constitución (y ya no de un conjunto de reformas) y que incluyese como condición esencial algún nivel sustantivo de consulta a la ciudadanía. Para los reformistas graduales el origen del debate debe radicar en el Congreso Nacional. En cambio, para los refundacionales vía consulta no vinculante, es el Ejecutivo el encargado de proponer un texto al Congreso. Por ejemplo, el presidente del PS, Osvaldo Andrade, indicó que la discusión relevante para él era del producto (una nueva constitución) y no tanto del método: “[...] si después de dos años y medio de gobierno—cuando los gobiernos son realmente ejecutivos porque ya después entramos en la vorágine electoral y las cosas decaen—lo que vamos a tener en materia constitucional es un debate interesantísimo sobre el método, créanme que va a ser la frustración de esto, porque lo que queremos es cambiar la Constitución, no hacer una discusión académica”. Agregaba Andrade que su partido ya había definido su inclinación formal por propiciar una Asamblea Constituyente, pero que, sin embargo, el tiempo político era extremadamente limitado para discutir la opción de una Nueva Constitución, por lo que resultaba más relevante pensar en el producto más que en un debate que podría ser infructuoso sobre la forma de establecerla.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> *The Clinic*: Andrade y debate sobre nueva constitución: “me interesa desde el punto de vista del producto, no del método”, 29 de agosto de 2014.



El senador Felipe Harboe (PPD) sostenía que no iba a aceptar una Constitución entre cuatro paredes por lo que se requería participación; sin embargo, inmediatamente agregaba que “[...] no creo que hoy día haya condiciones para que sea vinculante la participación ciudadana, pero sí creo que la política tiene que estar abierta a escuchar distintos planteamientos de organizaciones ciudadanas y ojalá ahí derivar en una nueva Carta Fundamental. Será resorte de la política, darle conducción al proceso”.<sup>27</sup>

### 3.4. Refundacionales vía participación vinculante

Otros actores políticos, académicos y sociales han defendido la idea de convocar una Asamblea Constituyente como condición para el establecimiento de una Nueva Constitución. Su línea argumentativa incluye tres aspectos: primero, la necesidad de que en la definición de las reglas del juego se exprese la voluntad popular; segundo, que no parece apropiado que los mismos que definen las reglas del juego sean quienes después se van a regir por aquellas reglas que ellos establecen; y tercero, que el ejercicio de un proceso constituyente por la vía de una asamblea dotará de legitimidad al proceso en su conjunto. Además de los movimientos sociales que desde hace ya varios años han propiciado una Asamblea Constituyente (movimiento pro asamblea constituyente, movimiento MarcaTuVoto, entre otros), se sumó una bancada parlamentaria por una asamblea constituyente, que en junio de este año emitió un manifiesto indicando su compromiso de promoverla. El manifiesto indica: “Nos proponemos actuar de forma conjunta para respaldar cualquier iniciativa que le dé viabilidad institucional a la realización de una Asamblea Constituyente. Continuaremos impulsando el debate público en torno a su necesidad y sus atributos para generar una nueva Constitución. Prometemos trabajar con todas nuestras fuerzas para hacer posible el establecimiento de una Asamblea Constituyente que, por la razón y nunca por la fuerza, genere una nueva Constitución que sea válida, legítima y, que por sobre todas las cosas, sea una Constitución justa”.<sup>28</sup>

27 *La Segunda*: Nueva Constitución, las definiciones de 5 senadores donde se forjará la reforma, 21 de marzo de 2014.

28 El Mostrador.cl: Parlamentarios conforman inédita “bancada transversal” por una asamblea constituyente., 17 de junio de 2014. Se sumaron a esta iniciativa los diputados(as) comunistas Guillermo Teillier, Camila Vallejo, Lautaro Carmona, Hugo Gutiérrez y Daniel Núñez; además de los diputados(as) Cristina Girardi (PPD), Yasna Provoste (DC), Leonardo Soto (PS), Gaspar Rivas (RN), Maya Fernández (PS), Vlado Mirosevic (PL), Daniel Melo (PS), Giorgio Jackson (RD), Gabriel Boric (IND), Iván Fuentes (IND), Daniella Cicardini (PS). Los Senadores que firmaron la carta son Alejandro Guillier (PRSD), Alfonso De Urresti (PS), Juan Pablo Letelier (PS), Guido Girardi (PPD) y Antonio Horvath (IND).

Ya en el año 2012, un grupo de senadores de izquierda (Girardi, Gómez, Navarro, Quintana y Rossi) plantearon una moción en el Congreso Nacional para permitir la posibilidad de que el o la Presidenta de la República pudiese convocar a un plebiscito para establecer una nueva Constitución mediante la convocatoria a una Asamblea Constituyente. Se justifica la idea en la noción de que el poder constituyente originario siempre reside en el pueblo como titular, por lo que en cualquier momento tiene derecho a cambiar la Constitución si lo estima indispensable.

En la misma dirección, diputados de la Concertación hicieron otra propuesta ese mismo año: la modificación del artículo 15 de la Constitución, el cual establece que solo podrá convocarse a plebiscito en las circunstancias previstas en el mismo texto (de carácter municipal y cuando existe choque de poderes entre el Ejecutivo y Legislativo). La propuesta incluía un inciso que señalaba: “Podrán plebiscitarse todo tipo de asuntos de interés público, ya sean de rango administrativo o legal, incluida la convocatoria a Asamblea Constituyente. Las consultas sobre las cuales deba pronunciarse la ciudadanía serán formuladas en términos claros y precisos. Cuando correspondan a la implementación de una política pública determinada, deberá indicarse en ella los medios jurídicos económicos de su implementación como asimismo los plazos que tendrá la autoridad para ponerlas en ejecución”.<sup>29</sup>

En la misma línea, un grupo de actores políticos y sociales presentó, en junio de 2013, un manifiesto que busca propiciar una reforma a la Constitución con el objetivo de incorporar una cláusula para permitir que el o la Presidenta de la República pueda convocar a un plebiscito de modo que sea la ciudadanía la que decida si quiere o no una nueva Constitución.<sup>30</sup> Revolución Democrática, ha propiciado otra iniciativa para incluir un nuevo capítulo en la Constitución que específicamente considere un mecanismo de reemplazo de la Constitución vigente. Se propone que el Congreso podrá iniciar por mayoría de sus miembros en ejercicio, y por solo una vez durante cada período presidencial, la convocatoria a un plebiscito nacional que someta a aprobación uno o más mecanismos para la elaboración de una nueva

---

29 Boletín 8352-07, moción que modifica el artículo 15 de la Constitución Política de la República estableciendo el plebiscito como medio de decisión ciudadana. 12 de Junio, 2012. Propuesta de los diputados Aguiló (IC), Ascencio (DC), Carmona (PC), Ceroni (PPD), Espinosa (PRSD), González (PPD), Jarpa (PRSD), Lemus (PS), Rincón (DC), Silber (PDC).

30 Diario Universidad de Chile: Presentan propuesta de “Plebiscito para una nueva Constitución”, 6 de junio de 2013.

Constitución. El Presidente de la República deberá convocar a plebiscito no antes de 60 ni después de 180 días de recibida la solicitud del Congreso Nacional.<sup>31</sup>

En síntesis, observamos que los actores políticos se encuentran bastante divididos respecto de la profundidad de la transformación constitucional (si va a consistir en un cambio parcial o total), y del mecanismo para materializarla (si será desde “arriba” o desde “abajo”). Esto explica la vía chilena hacia una nueva Constitución.

#### 4. La implementación del itinerario

Aunque los primeros meses han estado centrados en el procedimiento, tal debate esconde una serie de preguntas muy sustantivas y que se refieren a lo siguiente:

¿Quiénes velarán por la ecuanimidad del proceso?

¿Qué se discutirá en los Encuentros y Cabildos?

¿Qué valor tendrá la participación ciudadana en el proceso en su conjunto?

¿Qué sucederá con los acuerdos de los Encuentros y Cabildos?

La primera pregunta que los tomadores de decisión debieron enfrentar fue la constitución de un Consejo Ciudadano de Observadores para velar por la transparencia del proceso. Desde el punto de vista de su conformación, se incluyó a 7 personeros de una sensibilidad de derecha y 10 personalidades de una sensibilidad de centro-izquierda, algunos de ellos con abierta militancia o con cercanía a las coaliciones políticas.<sup>32</sup> En el grupo de representantes de derecha predominan los abogados (5 de 7), mientras en el otro sector, la representación es más variada desde el punto de vista de las profesiones de sus integrantes.

Una vez designado, inmediatamente surgió un conflicto de poder entre el Consejo constituido y el poder Ejecutivo. Inicialmente, la idea del Ejecutivo era contar con un Consejo que velara por que los procedimientos de la etapa

31 “Plebiscito sobre nueva Constitución y propuesta de Asamblea Constituyente”. Comisión de reformas políticas estructurales, Revolución Democrática. Texto inédito.

32 Aquellos de una sensibilidad más de derecha son Roberto Fantuzzi, Arturo Fernandois, Gastón Gómez, Hernán Larraín M., Héctor Mery, Lucas Sierra y José Miguel García. Los con una sensibilidad de centro izquierda son Benito Baranda, Patricio Zapata (Presidente del Consejo), Jean Beausejour, Patricio Fernández, Francisco Fernández, Salvador Millaleo, Ruth Olate, Juanita Parra, Francisco Soto y Cecilia Rovaretti. A fines de marzo renunciaron dos de ellos, García y Rovaretti.

de consulta a la ciudadanía no fuesen sesgados. Sin embargo, al transcurrir las semanas, se evidenció cierta ambigüedad en la definición de sus funciones y en el rol que los propios Consejeros interpretaron. La primera versión del Decreto N°36 que creó el Consejo establecía como funciones las de “conocer y observar” los materiales, la metodología, el proceso de síntesis, así como la elaboración del documento de bases ciudadanas. La versión definitiva hablaba, en cambio de “conocer e informar”, lo que crearía una primera tensión referida a la función específica que cumpliría. Esta diferencia se produjo por un alcance que realizó la Contraloría General de la República respecto del adecuado rol que podrían tener este tipo de Consejos.

Posteriormente, en el acuerdo #4 del Consejo de Observadores, se le sugirió al Ejecutivo que al Consejo le correspondiera designar a un grupo de expertos para sistematizar el proceso de encuentros y cabildos. Esto no estaba considerado en la propuesta inicial del Ejecutivo que había encargado aquella responsabilidad al Ministerio Secretaría General de la Presidencia. El ministro Nicolás Eyzaguirre anunció finalmente que le entregaría la responsabilidad de la sistematización al Consejo, aunque con una “interacción con la Segpres”. Asimismo, reiteraría ante el Consejo que el gobierno solo cumpliría un rol de informar a la ciudadanía respecto de los Cabildos y no de referirse a los contenidos.<sup>33</sup> Así, en la medida en que se fue instalando el Consejo Ciudadano de Observadores, se explicitó una tensión de poder entre el Ejecutivo y el propio Consejo. Los actores de derecha representados en el Consejo fueron particularmente activos en intentar limitar la incidencia del gobierno en el proceso. Se abrió entonces la discusión sobre la fuente de legitimidad y, en ese sentido, los mismos miembros del Consejo transversalmente consideraron que la legitimidad del proceso radicaría en la autonomía y el rol proactivo que podría asumir este Consejo al velar por la ecuanimidad del proceso de consulta y participación ciudadana. En esa dirección, y tal como ha sucedido con otros Consejos, dicha instancia adquiere una legitimidad informal no derivada de un sistema de elección representativa, sino que de las decisiones y acciones prácticas que vaya tomando.

La segunda interrogante apunta a saber qué discutirá la ciudadanía en los Encuentros y Cabildos. La metodología desarrollada por el gobierno, establece tres ejes de debate: (1) *valores y principios*, (2) *derechos, deberes y responsabilidades*, y (3) *instituciones*. Considerando que cada etapa tendrá distintas formas de

---

33 *El Mercurio*, Gobierno cede y encarga redacción de Bases ciudadanas a Observadores, 6 de abril de 2016.

dialogar sobre cada temática, las preguntas orientadoras para enfrentar estos conceptos son las siguientes: ¿Cuáles son los valores y principios más importantes que deben inspirar y dar sustento a la Constitución? ¿Cuáles son los derechos, deberes y responsabilidades más importantes que la Constitución debiera establecer para todas las personas? Y ¿qué instituciones debe contemplar la Constitución y qué características deben tener?

Al respecto, la metodología exige a la ciudadanía establecer una priorización de valores, instituciones y deberes y derechos a partir de un listado predeterminado lo que implica establecer prioridades y no permite colocar en un mismo sitio a algunos de ellos. Finalmente, se les pide a las personas que “fundamenten” sus opiniones, lo que convierte este ejercicio en un proceso más similar a un test que a un genuino proceso participativo. Esto tiene enormes consecuencias en la calidad y la posibilidad de debatir dado que podría inhibirse la participación si se la entiende como un foro academicista en donde se advierte un interés por cuantificar una jerarquía de valores, derechos, deberes e instituciones.

Adicionalmente, la metodología no incluye como uno de los ejes la problemática del mecanismo y eso ha generado un amplio debate político y académico.<sup>34</sup> De este modo, desde el inicio del proceso se busca centrar la discusión en el contenido, pero en un proceso donde la ciudadanía deberá jerarquizar determinadas prioridades prefiguradas. Este vacío fue considerado por el Consejo Ciudadano de Observadores y en su acuerdo #4 señalan el principio de no exclusión, esto es, que si alguien plantea un tema en los encuentros, dicha temática tendría que ser necesariamente abordada. Entonces, el debate sobre el mecanismo para establecer una Constitución quedaría consignado si surge en los foros desde la ciudadanía, y sería discutido en el acápite de “otros”, en los aspectos referidos a la institucionalidad.

Una tercera dimensión es el valor que adquirirá la participación ciudadana. En la propuesta original del gobierno, se sugirió que en el documento final quedarían expresados los acuerdos, y que los desacuerdos serían registrados en un “anexo”, junto con la contribución de otros actores institucionales y sociales del país. El Consejo Ciudadano de Observadores sugirió un sistema que consignara acuerdos unánimes, parciales y desacuerdos. Sin embargo, en ninguna instancia hasta la fecha se ha discutido cómo se definirá lo que representa un “acuerdo parcial”. Se ha evitado establecer un mecanismo de

---

34 Fuentes, Claudio y Joignant, Alfredo (ed.), ob.cit.

votación toda vez que se considera que esta no es una instancia vinculante. Se optó por una dinámica donde se buscará establecer unanimidad a partir de una serie de discusiones y revisión de los acuerdos alcanzados y desacuerdos discutidos. Lo anterior es significativo pues otorgará legitimidad al proceso. Si un alto porcentaje de quienes participan manifiesta una opinión unánime en torno a un tema X, entonces adquirirá mayor valor. No obstante, al no existir un mecanismo para determinar lo que es “parcial”, se genera cierta ambigüedad respecto de las decisiones que se alcanzarán en las diferentes etapas.

Finalmente, la presidenta Bachelet indicó que a partir de la sistematización de las bases ciudadanas para una nueva Constitución, el Ejecutivo elaboraría un proyecto de ley de nueva Constitución a ser enviado al Congreso en el segundo semestre de 2017. ¿Cuánto de las bases ciudadanas tomará dicho proyecto de ley? ¿Cómo dicho proyecto recogerá los desacuerdos? ¿Renunciará el gobierno a sus propias propuestas programáticas en materia constitucional si no se conciben con las emanadas desde la ciudadanía? Hasta el momento no existe claridad respecto del tema, pero de nuevo, esta ambigüedad precisamente refleja las diferencias internas sobre la forma de materializar la idea de una nueva Constitución.

## 5. Perspectivas

El camino que tomó el gobierno de Bachelet para establecer una nueva Constitución refleja el balance de poder y las diferencias ideológicas de Chile. La Presidenta al iniciar su gobierno no contaba con el consenso político al interior de su coalición para transformar la Carta Magna. Las diferencias se asociaban a la profundidad del cambio (reforma al texto vigente versus nueva Constitución) y respecto del mecanismo para implementarlo (desde el Congreso versus desde una Asamblea Constituyente). Esta división se expresaba en las fuerzas políticas y, consecuentemente, en el propio gabinete.

En este contexto de profunda división, el camino escogido consideró: primero, una etapa de “concientización” social respecto del tema constitucional y, segundo, una negociación entre 2017-2018 de las élites políticas para definir un mecanismo que permita reemplazar la Carta Magna. De esta forma, nos encontramos analíticamente al comienzo de un “momento constitucional”, donde las fuerzas políticas y sociales inician un debate mucho más intenso

sobre las reglas del juego. Lo que viviremos hasta el año 2018 no forma parte de un “proceso constituyente” por lo que todavía no se está en la etapa de negociar los aspectos específicos de la Constitución. Analíticamente vivimos una etapa “pre-constituyente” en la que se debatirá social y políticamente la problemática constitucional. Una vez que el Congreso Nacional determine la opción política a tomar (Comisión Bicameral, Comisión Mixta, Asamblea Constituyente o convocar a un plebiscito), allí recién daremos inicio al proceso constituyente propiamente tal.<sup>35</sup>

La estrategia busca generar condiciones políticas y sociales para establecer una nueva Constitución. Las ambigüedades e indefiniciones expresan precisamente las diferencias políticas existentes dentro y fuera de la coalición de gobierno. Se persigue, entonces, promover o ampliar el debate sobre la Constitución en la sociedad y, al mismo tiempo, generar condiciones políticas para un acuerdo en el Congreso Nacional. La decisión sobre el mecanismo quedará en manos de la elite política que, entre marzo de 2017 y fines de 2018, deberá pronunciarse sobre qué abanico de opciones podría incluirse como mecanismos para cambiar la Constitución y, finalmente, cuál decidirá tomarse. En el intertanto, diversos grupos irán construyendo propuestas de contenido de modo de avanzar en sus posturas en relación a una gran gama de temáticas.

El éxito del proceso dependerá de cuatro circunstancias: primero, de la capacidad del gobierno de involucrar a un porcentaje significativo de la ciudadanía para propiciar las discusiones constitucionales. Hasta el cierre de este artículo se informó del registro de 15 mil encuentros, pero la materialización de unos 8 mil, lo que en términos de cantidad de personas involucradas llegaría a 80 mil. A ello deben agregarse los Cabildos Provinciales y Regionales que seguramente incorporarán un mayor número de personas. Segundo, dependerá de la aceptación y validez que le otorguen diferentes corrientes de opinión política y social. Si el Consejo Ciudadano de Observadores se convierte en garantía de ecuanimidad y ratifica el proceso, seguramente generará mejores condiciones para un debate político significativo en el futuro.

Tercero, dependerá de la capacidad de los actores políticos en el Congreso Nacional actual y próximo de generar un acuerdo plural y amplio que dé legitimidad a las decisiones que se consideren allí. Si el acuerdo político es cerrado y cupular (por ejemplo, estableciendo que el mecanismo para el cambio constitucional debe ser una comisión bicameral), seguramente

---

35 Idea planteada por Yanina Welp, en sesión del 28 de enero de 2016, ante el Consejo Ciudadano de Observadores.

generará resistencia de la sociedad civil y de la ciudadanía en particular. Si el acuerdo político, en cambio, considera la influencia decisiva de la ciudadanía antes, durante y después del proceso constituyente, probablemente ganará en legitimidad. Finalmente, dependerá de la propia sociedad civil organizada y su capacidad de presionar a los actores políticos respecto del proceso y contenidos a incluir en una Constitución.

Pese a que observaremos un creciente debate sobre el contenido de la Constitución, el eje de las discusiones de aquí al año 2018 girará en torno a la pregunta: ¿quiénes serán los encargados y encargadas de definir las reglas del juego? Para algunos la respuesta radica en las autoridades representativas (el Congreso), para otros, en una asamblea que debe ser seleccionada por la ciudadanía para tales efectos, y finalmente para otros, le corresponde a la ciudadanía decidir (a través de un plebiscito) quiénes deben resolver este trascendental asunto. Y mientras menor legitimidad tengan los actores que hoy ejercen el poder, mayores serán las presiones para que sea la ciudadanía la que finalmente decida el mecanismo.

Aunque resulta muy difícil predecir el resultado político final, el diseño político escogido ciertamente favorecerá acuerdos de los principales partidos en el poder. Como no es probable que se produzca un cambio significativo de dichas fuerzas en el futuro inmediato, seguramente el resultado de la negociación de 2017 y 2018 se relacionará con una solución que combine participación y control del proceso por parte de los actores políticos en el Congreso. Si no existe una presión social constante y significativa, no sería extraño que los actores políticos negociaran un mecanismo híbrido que combinara la participación de congresistas y representantes de la ciudadanía para la elaboración de una nueva Constitución. Al día de hoy, otro camino es relativamente improbable.



# NUEVAS REGLAS PARA LA DEMOCRACIA: ESPERANZA MÁS ALLÁ DEL ESCEPTICISMO

*Marcela Ríos Tobar<sup>1</sup>*

## Resumen

Después de dos años de un debate público marcado por escándalos de corrupción y financiamiento irregular de la política, el Congreso logró aprobar un conjunto de leyes que establecen un nuevo marco regulatorio para el funcionamiento de partidos políticos, elecciones y su financiamiento. Estas normas, junto a la anterior reforma del sistema electoral binominal y a los cambios realizados al rol que cumplirá el Servicio Electoral (SERVEL), constituyen una verdadera transformación de las reglas del juego del sistema político, generando cambios significativos en la competencia por el poder, en el sistema de partidos y en la relación entre dinero y política. Muchas de las reformas aprobadas venían siendo debatidas desde hace años, pero hasta ahora no se había contado con las condiciones y voluntades para darle prioridad a esta agenda. A diferencia de lo que ha ocurrido en otros países, en Chile la evidencia de la existencia de corrupción abrió una ventana de oportunidad para cambios estructurales en el funcionamiento del sistema democrático. Las modificaciones realizadas introducen cambios positivos sobre deficiencias en el régimen político, pero habrá que esperar algunos años para evaluar la magnitud y sentido de los efectos de estos cambios. Modificar el comportamiento de actores e instituciones políticas tomará tiempo, pero por ahora, estas transformaciones se deben recibir con una cuota de optimismo respecto de las mejoras que implican para fortalecer una tensionada democracia.

---

<sup>1</sup> PhD en Ciencia política, Oficial de Gobernabilidad del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en Chile

## 1. Introducción

Los casos de corrupción y de financiamiento ilegal de la política que comenzaron a salir a la luz pública a fines del 2014 conmocionaron a la sociedad chilena, generando indignación en gran parte de la ciudadanía. Sin embargo, también tuvieron un efecto virtuoso en promover una demanda ciudadana por justicia y transformaciones, así como un convencimiento de las autoridades de gobierno, parlamentarios y partidos políticos, de que era imprescindible promover cambios a la relación entre dinero y política. En particular, mejorar la capacidad del Estado para fiscalizar el accionar político y su financiamiento, así como dotar a los partidos de condiciones más favorables para cumplir con sus responsabilidades de representación.

Durante 2015, y hasta principios de 2016, se han promulgado en nuestro país importantes reformas que permiten el avance hacia una mejor calidad de la política, y por lo tanto, de la democracia. Una nueva ley de partidos políticos, de financiamiento de la política y campañas electorales, la reforma electoral más importante desde el retorno de la democracia, así como una readecuación de las funciones, estructuras y gobernanza de la institución llamada a fiscalizar la esfera política, el Servicio Electoral. En conjunto, estas modificaciones representan una transformación de fondo a las reglas del juego con que venía operando el sistema político en Chile, incidiendo en las dinámicas específicas en materia de competencia por el poder, la estructura y comportamiento del sistema de partidos, las condiciones y recursos con los que se financiaba todo la estructura política.

Las reformas impulsadas y aprobadas fueron producto de una decisión política expresa por parte del gobierno de la Presidenta Bachelet, que optó por enfrentar una coyuntura de crisis por las faltas a la probidad con la creación del Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, y dotar a la agenda anticorrupción de prioridad política, a pesar de que no era uno de los ejes prioritarios iniciales de su administración. El Consejo integrado por un grupo diverso de personas de distintas disciplinas, con una marcada autonomía respecto de la política formal y el mundo de los negocios, sesionó por un mes y medio para poder enfrentar la urgencia del momento. El trabajo realizado permitió sintetizar el debate de años y las propuestas de diversas instituciones y especialistas, analizar la experiencia comparada de otros países y sopesar la magnitud de los problemas para elaborar un amplio set de propuestas que nutrieron algunos proyectos

que el Ejecutivo había venido preparando y definieron el contenido de otros que no estaban considerados hasta entonces.

El informe final elaborado por el Consejo incluye un total de 236 propuestas distribuidas en cinco grandes áreas:<sup>2</sup> prevención de la corrupción, regulación de conflictos de intereses, financiamiento de la política para fortalecer la democracia, confianza en los mercados e integridad, ética y derechos ciudadanos. Las propuestas incluían cambios de tipo administrativo internos a la administración del Estado, elaboración de proyectos de ley para modificar cuerpos legales, algunas reformas a la Constitución, políticas de educación, difusión y prevención entre otras materias. Al recibir el informe, el Gobierno definió una agenda de trabajo y dio prioridad a ciertas materias, especialmente a los cambios al sistema político que permitirían generar nuevas condiciones para el funcionamiento de la política, y en particular, su financiamiento.

En este ámbito específico, las propuestas de la llamada Comisión Engel, redundaron en un conjunto de modificaciones a unos de los proyectos de ley que había sido ingresado por el Ejecutivo con anterioridad a su conformación (sobre financiamiento de campañas y partidos, proyecto para el “Fortalecimiento y Transparencia de la Democracia”), la elaboración de un nuevo proyecto sobre partidos políticos y otros para redefinir el rol del Servicio Electoral. La voluntad del ejecutivo, la colaboración de un grupo importante de parlamentarios, y sobre todo, la presión de la sociedad civil durante el proceso de tramitación, así como la mirada atenta de los medios de comunicación en momentos clave, hicieron posible que los proyectos fueran tramitados con máxima celeridad, mejorados en sus contenidos y se mantuvieran relativamente cerca al espíritu original que los orientaba.

Las transformaciones se producen en un momento cuando los partidos políticos e instituciones clave en el funcionamiento de la democracia representativa, como el Congreso, venían perdiendo adhesión y confianza entre las ciudadanas y ciudadanos por más de una década. Antes de que hubieran explotado los escándalos de corrupción, en Chile se había instalado con fuerza en la discusión pública y en el imaginario ciudadano, que las instituciones políticas resultaban poco confiables y que su funcionamiento específico era deficiente. Este contexto representa sin duda un enorme desafío para la discusión de las reformas, pero sobre todo para la forma en que son recibidas y evaluadas por la ciudadanía.

---

2 Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, *Informe Final*, 2015. Disponible en: [http://consejoanticorruptcion.cl/wp-content/uploads/2015/06/2015.06.05-consejo\\_anticorruptcion.pdf](http://consejoanticorruptcion.cl/wp-content/uploads/2015/06/2015.06.05-consejo_anticorruptcion.pdf)

Este artículo analiza los cambios legislativos ocurridos en materia de regulación de la política y su financiamiento. Antes, y para poder sopesar el impacto de las medidas aprobadas es necesario revisar cómo funcionaba en Chile el sistema político que se buscó modificar.

## 2. Diagnóstico: El sistema político chileno hasta 2014

Como constata el Informe *Auditoría a la Democracia. Más y mejor democracia para un Chile inclusivo* elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD),<sup>3</sup> los logros que ha experimentado el país desde el fin de la dictadura son enormes. Luego de recuperada la democracia, Chile ha mostrado estabilidad institucional, buenos índices de gobernabilidad, así como avances significativos hacia un mayor desarrollo humano que han redundado en mejoras a las condiciones de vida de las personas y en el reconocimiento internacional como un país que ha logrado consolidar un régimen democrático estable. La democracia cuenta con procesos electorales libres y justos, que se suceden en forma periódica y sin grandes inconvenientes, generando resultados reconocidos y legitimados por los distintos actores políticos.

Pese a esto, la democracia se ha visto tensionada por un creciente cuestionamiento a sus instituciones. Se ha producido una creciente desafección de los ciudadanos con la política que no puede ser reducida solo al ámbito de sus expectativas o percepciones. Tampoco se trata de una tendencia mundial que pueda ser atribuida a una etapa de desarrollo. Por el contrario, la paradoja que caracteriza la democracia chilena hoy, debe ser mirada de manera integral, considerando la propia estructura institucional (normas e instituciones), las prácticas y estrategias de los actores políticos y, por cierto, las disonancias entre estas y las expectativas de las personas.

La insatisfacción que expresan hoy los ciudadanos, tiene raíces normativas e institucionales reales, que no radican solo en el ámbito de las percepciones. Un ejemplo de ello es el sistema binominal que ha tenido un efecto distorsionador de la representación al excluir a sectores relevantes del país, produciendo bajos niveles de competencia y aumentando las barreras de entrada para grupos tradicionalmente marginados de las esferas de poder.

Otro conjunto de incentivos institucionales, consagrados en normas legales, habían contribuido fuertemente a debilitar el rol de los partidos políticos en su

---

<sup>3</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe Auditoría a la Democracia: Más y mejor democracia para un Chile inclusivo*, (PNUD) 2014.

dimensión representativa, y generado condiciones para abrir amplio espacio para la incidencia de los actores y poderes económicos en su funcionamiento.

## 2.1 ¿Cómo estaban funcionando los partidos políticos en Chile?

Los partidos políticos chilenos son hoy en día la institución que genera menos confianza en la sociedad chilena,<sup>4</sup> estando además, dentro de los peor evaluados en América Latina. El deterioro en la confianza es un fenómeno que se venía produciendo desde finales de la década de los noventa, junto con una disminución sostenida en los niveles de identificación con los partidos políticos: si en 1990 el 78% de las personas declaraba identificarse con algún partido político, esa cifra se había prácticamente invertido para noviembre del 2015 con solo un 21.6%<sup>5</sup> declarando alguna identificación.

Pero la distancia entre partidos y ciudadanía no se limita solo al ámbito de las percepciones. El apoyo electoral a los partidos políticos viene disminuyendo en forma sostenida desde finales de la década de los 90. En las elecciones presidenciales de 1989 participó el 86.8% de los mayores de 18 años, porcentaje que disminuyó al 73.1% en 1999 y a un 51.7% en las últimas elecciones del 2013. La disminución en el porcentaje de votantes ubica a Chile como el país con la mayor caída en participación electoral en las Américas y una de las dos más altas en los países de la OCDE. Esto contrasta con otros países donde los votantes se han mantenido estables o incluso han aumentado considerablemente en las últimas décadas.

Pese a esto, los partidos políticos tradicionales han obtenido prácticamente la totalidad de los escaños en disputa en el Congreso desde el retorno de la democracia generando una fuerte brecha entre representantes electos y sus bases.

Los factores que inciden en el debilitamiento del sistema de partidos políticos en Chile son múltiples, algunos de carácter mundial que afectan a las organizaciones políticas en todos los países en mayor o menor medida; otros, que explican el deterioro más agudo en la relación entre partidos y sociedad, tienen una dimensión nacional. Parte de ellos se relaciona en forma directa al marco normativo e institucional que establecía las reglas del juego sobre las cuales los partidos debían funcionar; un conjunto de incentivos que afectaban

---

4 Para una recopilación y análisis de diversos estudios de opinión que muestran la evolución en la confianza en partidos políticos chilenos ver Informe Auditoría a la Democracia del PNUD, en particular, el capítulo 2.3. Estudios de opinión pública que muestran esta evolución incluyen Latinobarómetro, CERC, CEP, entre otros.

5 Estudios de opinión del Centro de Estudios Públicos. Disponibles en: [www.cepchile.cl](http://www.cepchile.cl)

sus dinámicas internas, su relación con sus bases, la competencia entre partidos y las formas en que era posible financiar toda esa actividad.

La estructura normativa en materia política es clave para cualquier sistema de partidos. Las dimensiones más relevantes de cualquier esquema regulatorio de la política son: los sistemas electorales incluyendo los tipos de lista y magnitud de distritos, cuánta y qué tipo de regulación existe para definir el rol de los partidos en el sistema democrático (leyes de partidos), el sistema de financiamiento para los propios partidos y para los procesos electorarios, así como el mandato y capacidad del Estado para regular ese conjunto de normas.

En el caso de Chile, el efecto del sistema electoral binominal ha sido ampliamente estudiado, constatándose que tendía a disminuir los niveles de competencia, sobre-representaba a las dos coaliciones más grandes en desmedro de las terceras y cuartas fuerzas políticas, contribuía a blindar a los incumbentes disminuyendo los incentivos para la renovación generacional y de género en el legislativo. La ley de partidos políticos, por su parte, fue elaborada bajo un régimen militar que tenía una profunda desconfianza y desdén por la actividad política y los partidos en particular. La norma los definía como entidades privadas limitando al máximo sus funciones en materia programática, de formación y educación cívica entre otras materias. Ambas normas contribuyeron en el debilitamiento de los partidos en tanto colectivos, en su capacidad para articularse programáticamente y aumentar el poder de liderazgos individuales por sobre las decisiones grupales.

Otra de las características definitorias del sistema de partidos chileno es su carácter estable pero cerrado, donde los costos de entrada para nuevos actores eran extremadamente altos como consecuencia de las exigencias legales para poder inscribir un partido y luego obtener el apoyo electoral suficiente para mantener el estatus legal, así como por los efectos disuasivos que ejercía el sistema electoral binominal.

En materia de transparencia los partidos se encontraban absolutamente rezagados en comparación a los avances que se venían produciendo en el Estado chileno y, sobre todo, en relación a lo que eran las expectativas de la ciudadanía en este ámbito. Por ser instituciones de derecho privado no tenían ninguna obligación respecto de normas de acceso a la información pública, y se habían mostrado indiferentes a tomar medidas voluntarias en la materia. La mayoría de los partidos no proporcionaba información básica ni siquiera para sus propios militantes respecto de materias internas organizativas, elecciones, financiamiento o programáticas.

Una tensión similar ocurría respecto de los niveles de democracia interna y la forma en que los partidos tomaban sus decisiones y contaban con espacios de participación e incidencia para sus militantes. Si bien existía cada vez más apoyo público para que las decisiones internas en los partidos, incluyendo la nominación de candidatos a cargos públicos, se realizara con la participación de la militancia y ciudadanía de forma transparente, los partidos mantenían prácticas altamente cupulares y cerradas. La denuncia recurrente de irregularidades en procesos electorarios internos contribuía a acentuar una imagen de procesos reñidos con la democracia y terminaron por expulsar a muchos dirigentes y militantes fuera de organizaciones políticas que no contaban con procedimientos básicos para procesar disputas de manera imparcial, mantener un debido proceso o respetar los derechos de minorías.

Un aspecto particularmente grave del marco regulatorio con que los partidos habían funcionado desde el retorno a la democracia hasta ahora, y relacionado con lo anterior, era la ausencia de financiamiento público para solventar los gastos que implica poder mantener una organización de carácter nacional que debe cumplir con las funciones de representación, selección y formación de dirigentes, reclutamiento de militantes y elaboración de propuestas programáticas, además de la competencia por el poder a través de elecciones. Lo que ocurría en la práctica era que los partidos tenían la libertad de definir y buscar cómo financiar sus actividades y orgánica, en ausencia de un mandato de fiscalización en estas materias el resultado fue una extrema desigualdad entre los distintos partidos para poder recolectar fondos y solventar sus gastos, alta vulnerabilidad respecto de quiénes podían financiarlos (empresas privadas, individuos o dirigentes internos), y gran espacio para que se desarrollaran prácticas que iban desde lo reprochable en términos éticos a lo directamente ilegal.

La incidencia del dinero en el accionar de los partidos permitió que aquellos que no contaban con patrimonio propio (que habían recibido devoluciones del Estado por expropiaciones históricas) estaban expuestos a ser influenciados o cooptados por intereses privados de distinta índole, debilitando el carácter colectivo y la función pública que los partidos debían cumplir.

La debilidad para financiar su accionar, financiamiento electoral a candidatos individuales y un sistema electoral que favorecía a los incumbentes por sobre los desafiantes, en su conjunto exponían a un desequilibrio entre líderes individuales (y sus agendas) y estructuras colectivas partidarias, tensionando aún más la capacidad de los partidos de representar intereses colectivos y reencontrarse con la sociedad.

Sobre este diagnóstico, el Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción señala en su Informe Final:

“En la actualidad los partidos políticos chilenos se encuentran debilitados; los históricos vínculos entre las orgánicas partidarias y la ciudadanía se han venido desgastando. Lo anterior se observa en la caída en el porcentaje de población que integra los partidos, la identificación, confianza y valoración hacia ellos; lo cual ha tenido también un correlato en la disminución en la participación electoral.

- El conjunto de incentivos institucionales que inciden en el funcionamiento de la política ha contribuido a debilitar a los partidos en tanto organizaciones; el sistema electoral binominal, la Ley de Partidos, la ausencia de financiamiento público y una débil fiscalización de normas han sido algunos de ellos”.

Continúa planteando que el objetivo es “lograr una renovación de los partidos chilenos, a través de una transformación basada en una fuerte democracia interna y en una mayor conexión con la diversidad que existe en la sociedad”.<sup>6</sup>

## **2.2. Debilidades en el sistema de Financiamiento de la política**

En materia de financiamiento electoral y de la política desde el retorno de la democracia hasta el 2003 existía escasa regulación y total ausencia de recursos públicos. En ese año, y producto de un escándalo sobre el pago de sobresueldos en el Estado, que dejó en evidencia la precariedad en los mecanismos de financiamiento de la política, se aprobaron cambios que permitieron por primera vez la participación del Estado en el financiamiento de campañas electorales. Los fondos públicos para campañas eran tanto a candidatos individuales como a partidos, pero privilegiando a los primeros.

La reforma del 2003 establece un sistema de financiamiento mixto, permitiendo tres tipos de donaciones de privados a campañas políticas: anónimas, reservadas y públicas. Las empresas (o personas jurídicas) podían donar fondos para campañas manteniendo anonimato total ya que la donación reservada se realizaba al Servicio Electoral y, en teoría, podía ser desconocida para el candidato o partido.

---

<sup>6</sup> Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, ob. cit., p.68.



El sistema incluía un conjunto de normas en materia de tiempos de campaña, topes de gasto, mecanismos para obtener financiamiento público y privado, y regulaciones concretas sobre propaganda electoral. Sin embargo, el sistema de financiamiento fue instaurado sin entregarle mayores atribuciones o recursos al Servicio Electoral para que pudiera fiscalizar su cumplimiento o establecer sanciones que cumplieran un rol disuasivo respecto de faltas o delitos.

En la práctica, el financiamiento de campañas y de la política ocurría en un contexto de ausencia de controles. Era altamente improbable que alguien constatará el incumplimiento de normas, y más aún, que se aplicara alguna sanción contra quienes lo hicieran. Como se ha planteado, hasta los recientes cambios, el financiamiento a los partidos fuera del período electoral no estaba claramente normado. Tampoco se disponía de financiamiento público para los partidos más allá de los aportes públicos para financiar las campañas electorales. Los partidos dependían del financiamiento externo que logran recaudar por parte de empresas o privados y los aportes que sus propios afiliados pudieran realizar.

Para el financiamiento de las campañas, se establecía un aporte público a cada candidato en concordancia con el número de votos que obtuviera en la elección, parte del cual podía ser anticipado por el Estado. Al finalizar la campaña electoral, todos los candidatos y partidos políticos debían presentar sus rendiciones al SERVEL, a quien le correspondía examinarlas y aprobarlas. El rechazo de una cuenta electoral se sancionaba con multa al administrador de la campaña (no al candidato).

En la práctica el SERVEL solo se limitaba a constatar que los egresos fueran equivalentes a los ingresos, pero no tenía ni facultades ni capacidades para determinar si las declaraciones eran fidedignas en cuanto reflejaran efectivamente lo que un candidato había gastado en una campaña, el origen de las fuentes de financiamiento, el cumplimiento de los tiempos de campaña o de los topes entre otras materias.

Así, las principales deficiencias del sistema de financiamiento de campañas podrían resumirse en tres grandes áreas. Primero la enorme ausencia de control que impedía establecer montos reales de recursos recibidos y gastados por candidatos y partidos más allá de los declarados formalmente en tanto no se fiscalizaba el gasto electoral previo al inicio legal de las campañas, el cumplimiento de los límites establecidos al gasto, la forma en que los recursos eran utilizados o el origen de los mismos.

Segundo, existía una falta clara de transparencia en el sistema que permitía ocultar las fuentes de financiamiento de candidatos y partidos, impidiendo así un control ciudadano efectivo de posibles conflictos de interés entre autoridades electas y los financistas de sus campañas. En concreto, una alta proporción de las donaciones privadas para campañas era anónima o reservada. De acuerdo con datos publicados por el SERVEL para la elección del 2013, los aportes anónimos y reservados correspondieron al 41% del total de ingresos de la elección presidencial y cerca del 50% del total de ingresos de la elección parlamentaria.

Los casos que vienen siendo investigados por el Ministerio Público durante los últimos años han dejado en evidencia que además de existir todas las garantías para que las empresas pudieran financiar la actividad electoral en reserva a través de vías legales, era una práctica recurrente que lo hicieran también de forma ilegal. Uno de los argumentos que justificaba la opacidad del sistema era justamente el objetivo de disminuir los incentivos para el financiamiento “debajo de la mesa” de la política. Lamentablemente, la experiencia ha mostrado que sin fiscalización o riesgo inminente de sanciones, el esquema anterior fracasó en ese objetivo.

Por último, el modelo de financiamiento mixto funcionaba con un claro sesgo hacia privados y en su conjunto generaba un resultado de profunda desigualdad en el acceso a recursos por parte de partidos y candidatos. Esta desigualdad era evidente en la capacidad para obtener apoyo financiero por parte de distintos individuos, partidos y sectores políticos, que obviamente incidían en los niveles de gasto. Las grandes brechas en acceso a recursos producían una profunda distorsión en las competencias electorales, con partidos declarando formalmente hasta 4 veces más fondos que sus competidores (esto obviamente no incluía la posibilidad de muchos otros recursos no declarados).<sup>7</sup>

La desigualdad en el financiamiento de la actividad política atentaba en contra del principio de igualdad a la base de un régimen democrático, distorsionando la competencia electoral que a su vez incide negativamente en la representación democrática.

A partir de estas falencias, el Consejo Asesor Presidencial AntiCorrupción planteaba que:

---

<sup>7</sup> Un estudio de Claudio Agostini entrega datos sobre las brechas en los niveles de gasto electoral entre partidos y candidatos. Para más información ver Agostini, Claudio, “Financiamiento de la política en Chile: campañas electorales de 2009-2010”, en Díaz, Francisco y Sierra, Lucas (ed.), *Democracia con partidos. Informe para la reforma de los partidos políticos en Chile*, (CEP-CIEPLAN), 2012, p. 269-319

- “El sistema de financiamiento mixto de campañas, implementado desde 2003, redujo el aporte público solo a la competencia electoral y dejaba en manos de privados, y en la capacidad de los propios partidos, la recaudación de fondos para solventar los gastos asociados a las otras acciones y obligaciones que los partidos deben cumplir en forma regular, más allá de las elecciones.
- La debilidad de facultades y recursos para fiscalizar ha abierto importantes zonas de riesgo para la captura de agendas partidarias por intereses particulares, y para prácticas que vulneran el marco regulatorio”.<sup>8</sup>

### 3. La agenda de probidad de 2015: Grandes cambios

Las propuestas del Consejo Asesor Presidencial fueron entregadas a la Presidenta de la República en abril del 2015. A partir de ese informe el Gobierno definió una agenda de reformas que incluían un conjunto de medidas administrativas y legislativas, dándole prioridad máxima a su tramitación.

#### 3.1. Financiamiento y Gasto Electoral

En materia de financiamiento electoral, el ejecutivo, asumiendo que el sistema de financiamiento adolecía de debilidades, había enviado un proyecto de ley 4 meses antes de que el Consejo entregara su informe. La Ley N° 20.900 para el fortalecimiento y transparencia de la democracia ingresó a trámite en diciembre del 2014 con el objetivo de establecer un sistema de financiamiento público para los partidos, aumentar la transparencia y los controles respecto del financiamiento electoral y regular de mejor manera la realización de campañas. El proyecto de ley buscaba establecer nuevas normas y modificar otras viejas con el objetivo de regular el rol del dinero en la política a través de la reforma de las leyes N° 18.603 Orgánica de los Partidos Políticos, N° 18.700 Orgánica sobre Votaciones Populares y Escrutinios<sup>9</sup> y N° 19.884 sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral.<sup>10</sup>

Sin embargo, una vez recibido el informe de la Comisión Engel, el Gobierno elaboró un conjunto de indicaciones que recogían algunas de sus recomendaciones, así como parte del debate legislativo y propuestas impulsadas

<sup>8</sup> Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, ob. cit., p.66.

<sup>9</sup> Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30082&buscar=18.700>

<sup>10</sup> Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=213283&buscar=19.884>

por los integrantes de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados. El oficio que ingresó el ejecutivo en mayo del 2015 no solo aumentó de manera significativa el aporte público al financiamiento de partidos políticos (de 0.01 a 0.04 UF por voto válidamente emitido), sino que también modificó otros aspectos esenciales del proyecto de ley.<sup>11</sup>

El resultado final de la discusión legislativa permitió que se creara – por primera vez en la historia del país – un fondo para financiar las actividades regulares de los partidos políticos, y no únicamente en contextos electorales, recibiendo los partidos recursos públicos de manera trimestral. El monto total a repartir entre todos los partidos responde al cálculo de 0.04 UF por el total de votos válidamente emitidos a candidatos y candidatas afiliadas a cualquier partido político e independiente afiliado a alguno de éstos. Este monto final nunca podrá ser menor al producto de 0.04 UF por el 40% del total del padrón electoral registrado para la última elección de Diputados, ni superior al resultado de 0.04 UF por el 60% del mismo padrón electoral. Si bien este es un monto muy significativo para los partidos, la inversión total que deberá realizar el fisco será mucho menor que los recursos destinados a financiar campañas electorales.

El cálculo para determinar el monto que recibirá cada partido está determinado por la cantidad de votos recibidos en la última elección de Diputados registrada al momento del traspaso de recursos, pero también entrega financiamiento a los partidos políticos en función de su presencia territorial. En este sentido, un 20% del total de los recursos a repartir se distribuye entre todos los partidos políticos de manera proporcional a la cantidad de regiones en que se encuentran constituidos, independientemente de su representación parlamentaria. El 80% restante será repartido únicamente entre los partidos políticos que cuenten con alguna representación en alguna de las dos Cámaras en función de la cantidad de votos válidamente emitidos a su favor durante la última elección de Diputados.

Con los recursos públicos que cada colectividad reciba, se debe asegurar, entre otras cosas, que al menos el 10% de este presupuesto sea destinado a actividades que promuevan y fomenten la participación política de las mujeres. Esto último se enmarca en el fortalecimiento que la nueva ley da a la función educadora y formadora de los partidos políticos que, dado las lógicas vigentes hasta ahora, había quedado postergada, y de empoderamiento de grupos de

---

11 Disponible en [http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=9790-07](http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9790-07)

la población históricamente marginados de los puestos de poder y de toma de decisión, como son las mujeres y los jóvenes.

Respecto al aporte público a las campañas electorales, el Estado hará un aporte a todos los partidos políticos de 0.02 UF por cada voto que haya recibido el partido y los independientes que hayan participado en pacto o subpacto con el mismo en la última elección de Diputados, duplicando el aporte fiscal respecto a la ley vigente desde el 2003. En concepto de reembolsos, el Estado suministrará 0.04 UF por voto válidamente emitido al candidato o candidata. Anteriormente el reembolso era de 0.03 UF por voto.

Estas modificaciones, más la eliminación de la posibilidad que las empresas (personas jurídicas) realicen donaciones a partidos y campañas cambia el eje central en un sistema de financiamiento de la política que se proponía como mixto, pero tenía clara preponderancia de los aportes privados, hacia uno donde existe un mayor equilibrio, e incluso una posible preponderancia de los aportes públicos a la política.

Otro cambio relevante que impone la nueva legislación, es una reducción en un 50% del máximo de gasto electoral para todas las elecciones (Consejeros Regionales, Parlamentarias y Presidenciales), con la excepción de las Municipales (Alcaldes y Concejales) cuyo máximo se mantuvo. A su vez, se redujo el máximo que una misma persona natural puede donar a cada una de las campañas electorales, establecido para los Alcaldes y Concejales un máximo del 10% del total del gasto máximo determinado para la comuna en que se realiza la elección, 250 UF para las elecciones de Consejeros Regionales, 315 UF para las elecciones Parlamentarias y 500 UF para campañas de elección Presidencial.

Siguiendo recomendaciones del Consejo Asesor Presidencial e incorporando propuestas de los legisladores, la nueva normativa incluye cambios importantes en la forma en que se puede realizar campaña, específicamente en lo que respecta a propaganda electoral, sus plazos y localización. La legislación aprobada entrega al Servicio Electoral la facultad de decidir los espacios en los que puede emplazarse la propaganda electoral, determinando además, el número máximo de elementos que cada candidato o partido político puede utilizar en una misma elección. Los alcaldes deberán retirar, a petición del servicio, la propaganda mal emplazada, y cobrar a los candidatos o partidos los costos de la remoción. Se regula también la utilización de espacios privados, poniéndose límites al tamaño y número de elementos que puede emplazar cada candidato o partido.

Por otra parte, se obliga a los medios de comunicación radial y escrita a informar de sus tarifas públicamente y al SERVEL como requisito para emitir

propaganda electoral. La televisión, por su parte, deberá hacerlo de forma gratuita, en un tiempo determinado por el Servicio Electoral.

La norma se hizo cargo de la existencia de campañas antes de que se inicien los períodos oficiales para ellas, introduciendo el concepto de pre-campaña, ampliando el período de 30 días previos a la elección a 60.

Uno de los cambios más discutidos y relevantes incluidos en la nueva Ley se refiere a los grados de transparencia y la posibilidad de los electores y ciudadanos de acceder a información sobre gasto e ingresos electorales. Se genera así un cambio radical en materia de transparencia sobre donantes y donaciones, eliminando la figura de las donaciones reservadas y manteniendo los aportes anónimos o ‘sin publicidad’ en donde la identidad del donante es anónima solo para aquellas donaciones menores a 10 UF para Concejales, 15 UF para Alcaldes y Consejeros Regionales, 20 UF para candidatos a Diputados y Senadores y 40 UF para candidatos presidenciales.

Reconociendo que las penas a faltas en materia de financiamiento no estaban cumpliendo un rol disuasivo, el proyecto introduce sanciones más fuertes que las que existían con anterioridad en materia de realización y financiamiento de campañas. Se aumentan las multas por inobservancias a la ley (propaganda fuera de plazos, en lugares no autorizados, entre otros) e infracciones graves a las nuevas reglas sobre gasto y control electoral por presidio menor ahora no solo para el administrador de campañas, sino también para el propio. En caso de faltas graves los representantes pueden perder sus escaños.

Finalmente, se reconoce la importancia de aumentar la fiscalización por parte de la propia ciudadanía a los procesos electorales, abriendo la posibilidad que los ciudadanos puedan denunciar irregularidades y faltas en materia de propaganda o gasto electoral ante el SERVEL. En el marco anterior solo los partidos y candidatos podían realizar denuncias, lo que terminaba funcionando como un disuasivo y un comportamiento de protección corporativa entre los actores en competencia.

### **3.2. Ley de partidos políticos**

Después de décadas de discusión, y por lo menos dos intentos fallidos anteriores para modificar la Ley de Partidos Políticos,<sup>12</sup> en abril del 2016 se

---

<sup>12</sup> Tanto el primer gobierno de la Presidenta Bachelet como el Gobierno del Presidente Sebastian Piñera elaboraron proyectos de ley para reemplazar la ley de partidos políticos vigente desde la década de los 80. En ninguno de los casos existió la voluntad y apoyo suficiente para que esos proyectos avanzaran en el trámite legislativo.

promulgó la Ley N°20.915 que fortalece el Carácter Público y Democrático de los Partidos Políticos y Facilita su Modernización,<sup>13</sup> modificando la Ley N°18.603 Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos<sup>14</sup> que sentaba las bases y da los primeros pasos en este sentido. La nueva Ley de Partidos no solo logró ser discutida, sino que con un trámite legislativo de 10 meses logró ser aprobada en un tiempo récord considerando los tiempos legislativos.

Dentro de los principales cambios que esta nueva ley impone, destaca la consagración de los partidos políticos como asociaciones autónomas, voluntarias, organizadas democráticamente y dotadas de personalidad jurídica de derecho público. Esto modifica de manera sustancial el rol que se otorga y espera que cumplan los partidos políticos, reconociendo como esencial su carácter público, ampliando el tipo de actividades que pueden realizar, promoviendo su participación en la formación política de la ciudadanía en todos los ámbitos de la vida pública del país, y fortaleciendo su labor programática.

Consistente con el carácter público de los partidos, la nueva Ley define un conjunto de obligaciones y requisitos que éstos deben cumplir para funcionar y acceder al financiamiento estatal. Uno de los requisitos más polémicos durante el debate fue el requisito que los partidos reinscribieran a sus militantes para asegurar una depuración de sus padrones, permitiendo así sentar las bases para una nueva etapa en el funcionamiento de estas organizaciones. Así, la Ley incluyó un artículo transitorio que obliga a todos los partidos políticos a reinscribir a todos sus militantes en el plazo de un año desde su promulgación.

Otras obligaciones incluyen la definición de una estructura orgánica mínima, incluyendo los órganos colegiados, que todo partido debe tener para poder constituirse legalmente: Directiva Central, Consejo General, Directivas y Consejos Regionales, y Tribunal Supremo. Se incluye además requisitos para fortalecer la democracia interna y transparencia. En este sentido, la ley obliga a los partidos a realizar elecciones por lo menos cada 4 años para renovar a sus dirigencias, y a que esas elecciones sean realizadas democráticamente. Los órganos colegiados deben estar conformados de manera equilibrada en términos de género, asegurando que ningún sexo tenga menos de un 40% de representación y en los casos que algún órgano cuente con solo 3 integrantes, al menos uno debe ser del sexo menos representado.

---

13 Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1089164>

14 Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29994>

La Ley aumenta las facultades de los Tribunales Supremos en cada partido y entrega un rol fiscalizador al Servicio Electoral, órgano que debe garantizar que se cumplan sus disposiciones generales, incluyendo una supervisión de las elecciones internas para que ellas cumplan con los respectivos estatutos partidarios. Después de la promulgación, todos los partidos debían elaborar nuevos estatutos y reglamentos electorales internos para adecuar su funcionamiento a la nueva norma. Estos reglamentos internos a su vez deben ser revisados y aprobados por SERVEL.

En términos de transparencia, los partidos políticos deberán mejorar y facilitar el acceso a información tanto para sus militantes como para la ciudadanía respecto de sus recursos, gastos electorales, estatutos, estructura y dirigencia, patrimonio, entre otras materias. En la misma línea y con el objetivo de transparentar las finanzas de los partidos políticos, éstos solo podrán invertir en valores de renta fija emitidos por el Banco Central, depósitos a plazo y fondos mutuos; al menos 2/3 de los inmuebles registrados a nombre de los partidos políticos deben ser utilizados con fines únicamente relacionados a actividades políticas y el SERVEL debe ser informado anualmente de todos los inmuebles que sean propiedad de la colectividad.

Otro elemento que cambia sustancialmente son los requisitos necesarios para constituirse como partido político. Hasta antes de la promulgación de la ley era necesario que por lo menos el 0.5% del electorado que hubiese tenido que votar en las últimas elecciones parlamentarias de cada región en donde el partido político se estaba constituyendo estuviera afiliado a este mismo en al menos tres regiones contiguas u ocho discontinuas. Con la reforma a la Ley Orgánica de los Partidos Políticos el requisito bajó al 0.25% manteniéndose el requisito de regiones.

En términos de fiscalización, los partidos políticos deberán contratar de manera anual servicios externos de auditoría para presentar sus cuentas al SERVEL. Entre otras cosas se deberá además publicar en la página web oficial del partido político los montos públicos recibidos, así como también las donaciones privadas. También se deberá publicar de manera mensual en la página web los ingresos y gastos efectuados por los partidos políticos, entregando detalles de los gastos y no únicamente montos.

En general se trata de una transformación profunda que aumenta de manera muy significativa las exigencias, obligaciones y controles respecto de los partidos al mismo tiempo que se les proporciona el apoyo monetario necesario para que realicen sus funciones.



### 3.3. Fortalecimiento del SERVEL.

El Servicio Electoral es el órgano superior de la administración electoral en Chile. Se creó en 1986, con la publicación de la Ley N°18.556<sup>15</sup> sobre el sistema de inscripciones electorales y Servicio Electoral, como un organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

El Consejo Asesor Presidencial planteaba en su informe final que ninguna norma, por buena que fuese en materia de regulación de la política y su financiamiento, sería efectiva si no contaba con un Estado con la capacidad y voluntad para fiscalizarla. Por ello, y considerando que el diagnóstico respecto de debilidades del sistema de partidos y la estructura de financiamiento de la política, la ausencia de fiscalización y la baja capacidad para aplicar sanciones, el fortalecimiento de la institucionalidad electoral resultaba una pieza clave en la agenda de reformas políticas.

El primer proyecto discutido y aprobado partió de una moción parlamentaria ampliamente discutida, que finalmente logró encontrar acuerdos en la mayoría de los legisladores. La Ley N°20.860 de Reforma Constitucional que otorga autonomía constitucional al Servicio Electoral, generó un cambio en la ubicación y autonomía del Servicio Electoral respecto de la estructura del Estado, dotándolo de autonomía y con una dirección colegiada con facultades por sobre la institución. Esta norma fue aprobada en octubre del 2015.

Además del cambio de estructura, el ejecutivo incluyó un conjunto de normas que modificaban la anterior ley orgánica del SERVEL como parte de la ley de fortalecimiento y transparencia de la democracia, Ley N°20.900. La nueva normativa, publicada el 14 de abril de este año, refuerza y potencia el carácter de fiscalizador del Servicio Electoral.

Esta legislación entrega al Servicio la responsabilidad de que los aportes a campañas y partidos sean públicos y accesibles para la ciudadanía. Además, entrega la facultad de fiscalización sobre la prohibición de aporte de personas jurídicas a campañas, y la entrega estatal de aportes públicos permanentes. La legislación determina, además, que el que otorgue u obtenga aportes para candidaturas o partidos políticos, cuyo monto exceda en un 40% los topes establecidos en la ley tendrá una pena de presidio menor en su grado mínimo a medio (o sea, desde 61 días a 3 años y un día), además de una multa equivalente al triple del monto involucrado. En el caso de que existan aportes de personas jurídicas (empresas) se fija la misma pena de hasta tres años y un día, además de multa por el triple del monto otorgado u obtenido.

<sup>15</sup> Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1050184&buscar=18.556>

Por otra parte, se modifica el concepto de propaganda electoral de manera de entenderla como todo evento o manifestación pública y la publicidad radial, escrita, en imágenes, en soportes audiovisuales u otros medios análogos, que promueva a una o más personas o partidos políticos constituidos o en formación, con fines electorales. Si bien la nueva regulación no entrega facultades al SERVEL para retirar la propaganda ilegal, se le otorga la acción para requerir al alcalde respectivo el retiro de los elementos de propaganda que contravengan esta ley. Además le entrega la facultad de autorizar los espacios públicos en que podrá instalarse la propaganda. En espacios privados estará permitida la propaganda, con autorización escrita previa comunicada al SERVEL.

El SERVEL tendrá un rol crucial en la entrega de los aportes fiscales permanentes a los partidos políticos de forma trimestral. Estos deberán ser destinados a actividades de formación cívica ciudadana; preparación de candidatos a cargos de elección popular; fomento de participación de la mujer y de los jóvenes en la política y la atención de los gastos de funcionamiento del partido, entre otras.

Finalmente, se modifica importantemente el monto de las multas que el SERVEL puede aplicar. Quienes otorguen u obtengan aportes superiores al 40% permitido por la ley, a las empresas que ofrezcan o entreguen aportes o a quienes soliciten u obtengan aportes de éstas, arriesgarán penas de cárcel y pago de altas multas. Esto podrá, además, decantar en la pérdida de cargo, por resolución del Tribunal Electoral.

Desde la orgánica, la legislación modifica la dirección del Servicio Electoral, entregando la dirección a un Consejo Directivo de 5 miembros designados por el Presidente de la República y ratificados por 2/3 del Senado. Al momento de la aprobación de esta legislación, la discusión estuvo marcada por las críticas que se hicieron al aumento de planta que tendrá el SERVEL porque a juicio de varios parlamentarios, tal incremento es insuficiente para la gran cantidad de funciones que tendrá dicho organismo. Por ejemplo, se señaló que se quintuplicaron las tareas del SERVEL y que solo se aumentó la planta funcionaria en un 30%.

Si bien los cambios realizados a la estructura y facultades del Servicio fueron importantes, el conjunto de modificaciones en este ámbito es el que menos consideró las recomendaciones planteadas por el Consejo Presidencial Asesor. Es así, como el *Observatorio Anticorrupción* creado por dos organismos de sociedad civil para dar seguimiento al cumplimiento de las propuestas del

Consejo,<sup>16</sup> evalúa los cambios en esta dimensión con una nota de 4.4 y un porcentaje de avance del 77%. La evaluación de los cambios en materia de democracia interna y financiamiento de los partidos por su parte tiene nota 6.1 y un 91% de cumplimiento, mientras la regulación de campañas electorales alcanza un 79% de cumplimiento y una nota de 5.3.<sup>17</sup>

#### 4. Conclusiones

La serie de escándalos de corrupción y financiamiento ilegal de la política que se tomó la agenda pública en Chile desde finales de 2014 viene a profundizar una crisis de confianza preexistente. Si bien tienen un derrotero específico en términos de causas, actores y consecuencias, su desarrollo ha ido generando una vinculación en el imaginario de los ciudadanos entre probidad y la falta de confianza institucional. Si ayer eran temas desconectados, hoy terminan íntimamente ligados. La explicación que los ciudadanos y ciudadanas entregan para su falta de confianza y apego a partidos y otras instituciones políticas, se refiere a los problemas de probidad.

La Agenda de Probidad impulsada desde el Gobierno, asumida por el Congreso y empujada fuertemente desde la sociedad civil y los medios de comunicación durante el año 2015 significará el cambio más relevante desde la vuelta a la democracia en las reglas del juego que rigen la forma de hacer política en nuestro país. La creación del Consejo Asesor Presidencial Anticorrupción permitió dar un impulso inédito y aprovechar una coyuntura de crisis para ampliar el apoyo para una agenda de cambios necesarios para el país y la democracia que nunca había logrado apoyo entre élites y dirigentes políticos en décadas anteriores.

Además de las reformas discutidas en este artículo, durante este período fue adoptada e implementada una amplia gama de medidas administrativas que contribuirán a prevenir la corrupción, el tráfico de influencias y los conflictos de interés entre el mundo público y el privado. Fueron aprobadas además normas legales como la pérdida del escaño por infracciones graves a las normas de transparencia, límite y control del gasto electoral (Ley N°20.870), se estableció una nueva legislación para prevenir y sancionar conflictos de

<sup>16</sup> Estas organizaciones son Espacio Público y Ciudadano Inteligente, la información producida por el Observatorio puede ser consultada en [www.observatorioanticorrupcion.cl](http://www.observatorioanticorrupcion.cl)

<sup>17</sup> Estos niveles de avance corresponden al 31 de Junio del 2016.

intereses, y se encuentra en discusión la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, que avanza en materias de transparencia, ética y probidad y una reforma sustantiva al Sistema de Alta Dirección Pública entre otras materias que contribuyen y contribuirían también en el sentido de los cambios impulsados.

En términos prácticos, el conjunto de modificaciones implica que en el corto plazo tendremos muchísima más transparencia en las fuentes de financiamiento de partidos y campañas, y las formas en que estas son utilizadas. Se producirá un cambio relevante a un sistema de financiamiento mixto sesgado hacia las fuentes privadas, hacia uno con un rol preponderante de los fondos públicos. Se eliminó la posibilidad que las empresas continúen financiando (legalmente) la política.

Se mejoraron significativamente las condiciones para que los partidos políticos puedan cumplir sus funciones más allá de la competencia por el poder, incluyendo en sus labores en formación cívica, el reclutamiento y formación de dirigentes, la producción programática, entre otras. Con ello también se aumentaron las exigencias y obligaciones que los partidos deben cumplir como entidades públicas, incluyendo materias de democracia interna, transparencia, promoción de la equidad y rendición de cuentas a sus electores y la sociedad. Los partidos contarán con muchos más recursos para operar pero serán fiscalizados y sancionados ante posibles irregularidades.

A pesar de los múltiples y profundos cambios incluidos en la agenda anti-corrupción, en materia de política aún es temprano para poder identificar todos y cada uno de los efectos que estas transformaciones provocarán. Por primera vez desde el retorno a la democracia enfrentaremos una transformación profunda de los incentivos que ordenan el accionar de la política en nuestro país. Los resultados de estos cambios comenzarán a ser visibles en las elecciones municipales de este año, pero no terminarán de decantar hasta que hayan transcurrido por lo menos un par de elecciones legislativas y presidenciales.

Cuando se cambia todo un sistema de incentivos, siempre queda espacio para que los cambios no sean del todo coherentes entre sí y produzcan efectos contradictorios. En el mismo sentido, existen efectos no previstos o inesperados producto de modificaciones legales de esta naturaleza. Por ello, será necesario que transcurra un tiempo para que actores e instituciones políticas vayan ajustando sus comportamientos y estrategias a las nuevas normas.

Habrá que esperar entonces para evaluar los cambios en los modos de hacer campaña, en cómo se encontrará un nuevo equilibrio entre financiamiento

público y privado, cómo se modificará la competencia y las condiciones favorables que hasta ahora tenían los incumbentes para ser reelectos por sobre desafiantes.

Tampoco será posible saber cuántos partidos políticos continuarán conformando nuestro sistema de partidos. Si bien hoy tenemos una gran cantidad de partidos en proceso de inscripción, se necesitará tiempo para saber cuáles serán sus estrategias de alianzas y lo que es más importante, si serán capaces de conquistar el apoyo de nuevos y antiguos electores para poder sobrevivir. La fragmentación del sistema de partidos podría no ser un rasgo duradero del sistema político chileno, dependiendo de cómo los ajustes y el proceso de desencanto con la política se afecten mutuamente. Que los electores vuelvan a las urnas reencantados por nuevos movimientos y partidos, o por partidos tradicionales transformados, será la única manera de que se produzcan cambios en la distribución del poder en las instituciones de la democracia representativa.

Este período de ajuste podrá parecer amenazante para algunos, pero no hay que olvidar que es enteramente natural que se requiera tiempo para que tanto los partidos y movimientos políticos como la ciudadanía asuman las nuevas reglas como propias y que estas logren traspasar de la forma, a prácticas políticas concretas.

Lo relevante es que luego de más de dos décadas de espera se abordaron cambios que eran esenciales para mejorar nuestra democracia. Vale la pena reconocer los avances y cambios positivos en tiempos donde predomina la desconfianza y el escepticismo.

# ELIJA CUÁL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA SE PROTEGE: LA PRECISIÓN DE LAS NORMAS LEGALES QUE ESTABLECEN LIMITACIONES A LA PROPIEDAD PRIVADA, A PROPÓSITO DE LOS FALLOS MOLINERA DEL NORTE Y CURTIDOS BLAS

*Matías Guilloff Titium<sup>1</sup>*

## Resumen

Este artículo analiza el tema de la precisión que deben tener las normas legales que establezcan limitaciones a la propiedad privada, en consistencia con la reserva legal existente en esta materia. Sobre esta cuestión se pronunció el Tribunal Constitucional en dos fallos durante el año 2015. El argumento central del trabajo es que una interpretación demasiado vigorosa de esta reserva, como la efectuada por el Tribunal Constitucional en el último de estos fallos, puede llevar a resultados paradójicos –como la afectación del derecho a la propiedad privada de alguna de las partes en el conflicto– e indeseables –tales como la omisión regulatoria y la aprobación de una regulación sesgada en favor de aquellos interesados que tengan un mayor poder de organización para influir sobre el proceso legislativo.

**Palabras clave:** Derecho de propiedad privada - Reserva legal - Traslado de industria mal ubicada - Control de la discrecionalidad administrativa

*[A]ll law is universal but about some things it is not possible to make a universal statement which shall be correct. In those cases, then, in which it is necessary to speak universally, but not possible to do so correctly, the law takes the usual case, though it is not ignorant of the possibility of error.*

---

<sup>1</sup> Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales. LL.M. Columbia University, S.J.D. University of Arizona. Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Agradezco a Fernanda González y Carolina Olivares su asistencia en la investigación necesaria para la realización de este artículo.

*And it is non the less correct; for the error is not in the law nor in the legislator but in the nature of the thing, since the matter of practical affairs is of this kind from the start.<sup>2</sup>*

*It is a feature of the human predicament, not only of the legislator but of anyone who attempts to regulate some sphere of conduct by means of general rules, that he labors under one supreme handicap—the impossibility of foreseeing all possible combinations of circumstances that the future may bring.... This means that all legal rules and concepts are “open”; and when an unenvisaged case arises we must make a fresh choice, and in doing so elaborate our legal concepts, adapting them to socially desirable ends.<sup>3</sup>*

## Introducción

En el año 2015, el Tribunal Constitucional se pronunció en dos ocasiones—en las sentencias Molinera del Norte (Rol 2644-2014, en adelante *Molinera*) y Curtidos Bas (Rol 2684-2014, en adelante *Bas*) – y con resultados diversos, acerca de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 62, inciso segundo, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC). Esta disposición permite a la Municipalidad decretar el traslado de una empresa mal ubicada que genere molestias o daños al vecindario.<sup>4</sup> El principal punto

2 Aristóteles, “Nicomachean Ethics”, en McKeon, Richard (editor), *The basic works of Aristotle*, (Random House), 1941, p. 1020.

3 Hart, H.L.A., “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical jurisprudence”, en *Essays in jurisprudence and philosophy*, (Oxford: Clarendon Press) 1983, pp. 269-270.

4 El aludido inciso dispone:

“Las industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario, deberán trasladarse dentro del plazo que les señale la Municipalidad, previo informe del Departamento de Higiene Ambiental del Servicio Nacional de Salud y de la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Este plazo no será inferior a un año”.

Es pertinente señalar que en el caso Molinera del Norte, el requerimiento no solo solicitó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del citado artículo, sino que también la del artículo 160 de la misma ley, que establece: “En el caso de establecimientos industriales o locales de almacenamiento, expuestos a peligro de explosión o de incendio, y los que produjeren emanaciones dañinas o desagradables, ruidos, trepidaciones u otras molestias al vecindario, la Municipalidad fijará, previo informe de la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo y del Servicio Nacional de Salud, el plazo dentro del cual deberán retirarse del sector en que estuvieren establecidos. Dicho plazo no podrá

de divergencia entre ambas decisiones –no explícita, ya que el voto de mayoría de la segunda en ningún momento hace referencia a aquel de la anterior–, fue el relativo al grado de precisión que deben tener las normas legales que establecen limitaciones al derecho a la propiedad privada. Al respecto, en *Molinera*, el tribunal argumentó:

“El mayor detalle de la regulación legal en este tópico podría resultar inconveniente pues la fijación de un catálogo de molestias y daños en una norma con vocación de permanencia, si bien contribuiría a proteger el derecho constitucional invocado, incidiría de modo negativo en el cumplimiento del deber estatal reconocido en el inciso cuarto del artículo 1° constitucional y en la tutela de otros derechos, como el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación o el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. Lo anterior ya que el reconocimiento de la molestia o daño para el ser humano se vincula de manera directa con el progreso científico y social, que es el que permite detectar la afectación de la vida, la salud o calidad de vida de la persona”.<sup>5</sup>

En sentido inverso, en *Curtidos Bas* señaló:

“La falta de una adecuada connotación de los conceptos empleados por el legislador, impide prever razonablemente en qué casos se aplica o no la regla coactiva de excepción. Al paso de que puede provocar indefensión, por carecer los tribunales -convocados a su revisión- de elementos de juicio predeterminados a partir de los cuales juzgar la procedencia y proporcionalidad de la medida aplicada”.<sup>6</sup>

El argumento central de este artículo es que en asuntos como los involucrados en estos casos, inevitablemente el aplicador de la norma –en este caso, la Municipalidad– debe optar por proteger uno de los derechos a la propiedad privada en pugna y sacrificar el otro. Siendo esto así, para adoptar una

---

ser inferior a un año, contado desde la fecha de la notificación de la resolución respectiva”. Un análisis de estas y otras disposiciones que consagran la orden de traslado en, Delgado, Verónica, “La orden de ‘trasladar’ o ‘retirar’ una industria por razones ambientales en la ley y jurisprudencia chilenas”, en *Revista de Derecho*, Vol.22, N°1, (Universidad Católica del Norte), 2015.

5 Ver Tribunal Constitucional, Rol 2644-2014, sentencia de fecha 27 de enero de 2015, considerando 38.

6 Ver Tribunal Constitucional, Rol 2684-2014, sentencia de fecha 10 de septiembre de 2015, considerando 17.



decisión correcta, se debe ser sensible al contexto, lo que supone contar con toda la información que sea posible de este. Por lo mismo, exigirle precisión a la norma legal que regule la materia implica que ésta necesariamente deba decidir de antemano acerca de cuál derecho debe prevalecer, sin ningún tipo de información respecto de especificidades tan relevantes como cuáles son las externalidades en cuestión, cómo ha sido el comportamiento de la empresa involucrada o el de la propia Municipalidad durante los años o cuál ha sido la dinámica urbana durante el período. Junto con ello, el argumento considera que no se puede perder de vista lo iluso que resulta asumir que el Congreso será capaz de llegar a un consenso a un nivel de especificidad tan profundo. Lo más probable es que no lo haga y, si es que llega hacerlo, muy probablemente la disposición legal que se apruebe tenderá a favorecer a aquellos que más fácilmente pueden organizarse para incidir sobre el proceso legislativo. De todo lo anterior se sigue que las normas legales cuya constitucionalidad se enjuició en estos fallos son todo lo precisas que razonablemente debiesen ser.

Para desarrollar este argumento, utilizaré la siguiente estructura. En la primera parte, plantearé porqué no se puede dar por sentado que las normas legales que establezcan limitaciones a la propiedad deben tener suficiente precisión, demostraré que esta pretensión arranca de una particular concepción del Estado de derecho, así como del rol que en este le cabe a la protección de la propiedad privada y de la reserva legal en materia de propiedad. Habiendo hecho eso, en la segunda parte, analizaré someramente la vinculación entre el problema de la precisión de las normas legales y la protección del derecho a la propiedad privada, demostrando que, en casos como estos, paradójicamente, la exigencia de precisión puede ser disfuncional para la protección de la propiedad privada misma, desde el momento que implica decidir *ex ante* –sin que importe el contexto– cuál de las propiedades privadas en pugna ha de protegerse. Indicaré, además, que dadas las circunstancias de la política, la exigencia de precisión para estas normas legales debiera razonablemente conducir a uno de estos dos resultados: que no se establezca regla legal alguna (por la imposibilidad de llegar a un consenso en torno a un lenguaje tan específico) o bien, que aquella que se establezca sea favorable a quienes tienen mayor capacidad de organización para influir sobre el proceso legislativo (esto último, tomando en cuenta las actuales circunstancias de la política chilena). En consideración a estas razones, en la conclusión propongo que estos casos se resuelvan a través de las categorías tradicionales

del Derecho Administrativo (tales como el control de los motivos), en vez de recurrir a los altamente abstractos y, en ocasiones como esta, disfuncionales derechos fundamentales.

## **1. El Estado de derecho, la legislación y la precisión de las normas legales que establecen limitaciones a la propiedad privada**

En términos sencillos, la idea del Estado de derecho se resume en la afirmación que el Derecho debiera estar por encima de cualquier persona u agencia poderosa en el territorio.<sup>7</sup> Tratándose del gobierno, para autores tales como Albert Dicey y Friedrich Hayek, esto implica que la autoridad gubernamental debiera ejercerse dentro de un marco normativo que constriña su acción.<sup>8</sup> Dicho marco ha de ser lo suficientemente robusto para evitar cualquier sistema de gobierno que se base en que la autoridad pueda ejercer poderes amplios, arbitrarios o discrecionales.<sup>9</sup> No solo eso, el Estado de Derecho requiere, además, que los ciudadanos puedan tener acceso al Derecho en dos sentidos: (1) que la legislación sea accesible; esto es, promulgada prospectivamente, de forma tal que los ciudadanos puedan hacerse una idea de su impacto en sus acciones y transacciones, y (2) que existan procedimientos que les permitan protegerse de abusos de poder, públicos o privados.<sup>10</sup>

Para efectos de entender la idea que se viene desarrollando, es importante tener en cuenta que, en inglés, para referirse a Estado de derecho, se usa el término *Rule of Law*. Traducido fielmente al español, éste significa el gobierno del derecho. Su sentido se comprende de mejor manera por contraste: El gobierno del Derecho se opone al gobierno de los hombres (y de las mujeres).<sup>11</sup> En vinculación con lo señalado en el párrafo anterior, allí donde existe ese marco normativo que constriña suficientemente el ejercicio del poder, se evita el gobierno de los hombres (y de las mujeres), sustituyéndolo por el gobierno del Derecho.

---

7 Ver Waldron, Jeremy, *The rule of law and the measure of property*, (Cambridge University Press) 2012, p. 6.

8 Id.

9 Id. Citando a Dicey, Albert, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (Liberty Classics) Octava Edición, 1982.

10 Id.

11 Fue Aristóteles quién planteó este contraste, Id.

De lo anteriormente dicho se sigue una implicancia crucial del pensamiento de estos autores: que no todo marco normativo satisface las exigencias del Estado de Derecho. En efecto, por más que un marco normativo determina las reglas del juego, puede ser el caso que no sea compatible con el Estado de Derecho. Dadas sus consecuencias para el rol del Estado, este punto merece ser analizado con cierta detención. Lo que se sigue del pensamiento de estos autores es que no basta con que el legislador haya establecido prospectivamente un marco regulatorio para alguna actividad; se requiere, además, que este marco se establezca en términos tales que haga improbable la existencia de arbitrariedades en su aplicación. Normalmente, esto último se logra usando en ese marco regulatorio una terminología precisa que deje escaso margen de interpretación al órgano administrativo que lo implementa.

¿Qué sucede si el marco normativo establecido por la legislación no restringe suficientemente eventuales abusos que puedan ocasionarse al ejercer el poder? Aun cuando la legislación es la manera más legítima de introducir cambios regulatorios en el Estado moderno, los partidarios de la concepción del Estado de derecho que se viene desarrollando argumentarían que un marco así implica Gobierno *por* Derecho, en vez de Gobierno *del* Derecho.<sup>12</sup> Es que, tomando como ejemplo la cuestión jurídica a decidir en los casos *Molinera* y *Bas*, una norma que permite imponer cargas tan severas sobre la propiedad privada al presentarse supuestos que difícilmente pueden ser determinados de antemano, como lo es la generación de molestias o daños al vecindario, se presta para ser aplicada arbitrariamente. Siendo esto así, afirmarían, es muy probable que su aplicación sea gobernada por la capacidad de influencia que los habitantes de la comuna tengan sobre la Municipalidad, con lo que quienes gobiernan son finalmente los hombres (y las mujeres), y no el Derecho.

Con todo, no hay que perder de vista la particular relación entre legislación y Estado de derecho que subyace a esta concepción. Como indica Waldron, existe una oposición entre Estado de derecho y legislación en el pensamiento de Hayek.<sup>13</sup> Mientras el primero se concibe como una limitación al poder del Estado, la segunda es uno de los principales aspectos del poder del Estado moderno, en la medida que sin ella resulta imposible diseñar e implementar

---

12 Esta distinción en Waldron, *The rule*, ob. cit., p. 21.

13 *Ibíd.*, p. 87.

políticas públicas.<sup>14</sup> Es así como se ha afirmado que la legislación es el instrumento que utiliza el Estado cuando quiere cumplir sus propósitos de resguardar el bien común.<sup>15</sup> Pero, de acuerdo a Hayek, el Estado de Derecho implica aceptar ciertas limitaciones en cuanto a la posibilidad que el Estado diseñe la legislación de la manera que lo estime más conveniente para el cumplimiento de sus propósitos. Si fuera de otro modo, la libertad y el mercado podrían ser constantemente amenazados por el poder del Estado.<sup>16</sup> Dentro de nuestra literatura constitucional relativa a la reserva legal, en el mismo sentido apunta Cea, cuando señala que lo típico de esta reserva es, entre otros aspectos, que la discrecionalidad administrativa “quede reducida a su expresión mínima y no se erija en amenaza de la certeza jurídica”.<sup>17</sup>

Este último punto parece ser particularmente importante en el voto de mayoría de *Bas*. Son varios los considerandos que así lo demuestran. Partiendo por el quinto, y su alusión a que al regular de esta manera, el inciso segundo del artículo 62 supedita las facultades de uso y goce del propietario a la apreciación *subjetiva* de la administración. Conforme al voto de mayoría, tal apreciación tendría ese carácter porque “la imprecisa formulación de ambas causales de retiro (causar “molestias o daños”) abre amplios espacios de interpretación”.<sup>18</sup> Más aún, el voto de mayoría argumenta que las limitaciones al derecho de propiedad, “están reservadas *con vigor especial e ineludible* al legislador, a quien le corresponde normar[las], *con amplitud y profundidad*”.<sup>19</sup> De esta forma, de acuerdo al razonamiento del voto de mayoría, la Constitución se encuentra perfectamente alineada con el pensamiento de Hayek en este punto: para avenirse con el Estado de derecho, la legislación que incida sobre la propiedad privada debe satisfacer un vigoroso estándar de precisión. En la próxima sección se analizan las implicancias políticas y económicas de tal estándar.

---

14 Id.

15 Id.

16 *Ibíd.*, p. 88.

17 Cea, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, (Editorial Jurídica) 1988, p. 70.

18 Tribunal Constitucional, Rol 2684-2014, sentencia de fecha 10 de septiembre de 2015, considerando 5.

19 *Ibíd.*, considerando 18.

## 2. Los problemáticos efectos del establecimiento de disposiciones legales precisas

En esta sección pretendo aludir a las consecuencias de sujetar las limitaciones a la propiedad privada al vigoroso estándar que el voto de mayoría de *Bas* impone. Señalaré, en primer término, que su aplicación lleva a resolver un problema relativo a la gestión de una externalidad negativa de antemano, sin información acerca de esta y su contexto, por lo que al momento de aplicarse muy probablemente dará lugar a soluciones poco sensibles al problema en juego. Sostendré, además, que no resulta para nada evidente que dicho estándar proteja el derecho a la propiedad privada, en la medida que la externalidad negativa que se pretende regular afecta también, el derecho a la propiedad privada que tienen los dueños sobre las residencias del vecindario aledaño, de manera tal que al resolver el problema de antemano se termina escogiendo cuál de los derechos de propiedad en juego es el más merecedor de protección.<sup>20</sup> Argumentaré, también, que dadas las circunstancias de profundo desacuerdo en que se da la discusión política—y sobre todo cuando se trata del establecimiento de limitaciones a la propiedad privada—, en el evento que el criterio sostenido por la mayoría de *Bas* se mantenga y origine una declaración de inconstitucionalidad del artículo 62 de la LGUC, la más probable consecuencia de tener que satisfacer tal exigencia de precisión normativa no es otra que la omisión regulatoria. No solo eso, de materializarse un acuerdo en un lenguaje preciso, dadas las recurrentes evidencias de influencia indebida de intereses económicos en el proceso legislativo, lo más probable es que dicho acuerdo congele en la legislación una norma que resulte favorable a los intereses de la comunidad regulada, en desmedro de los intereses del vecindario.

20 Esto viene a reflejar el punto relativo a que la protección legal que se le otorgue a una determinada situación, sea a través de derechos o de otros mecanismos, va a depender siempre de un proceso de elección. Como afirma la literatura, “el Derecho no es algo que venga dado o que pueda ser descubierto, sino que un artefacto humano marcado por la elección deliberativa o no-deliberativa”, ver Mercurio, Nicholas y Medema, Steven, *Economics and the Law: From Posner to Post-modernism and Beyond*, (Princeton University Press) 2006, p. 226. Esto trae importantes implicancias en materia de la protección del derecho a la propiedad privada, en el contexto en que un nuevo emprendimiento colisiona con una actividad económica ya asentada. En esta situación, tal como en el caso que se analiza, se debe escoger cuál de los dos derechos de propiedad privada es más merecedor de protección. Mirando la experiencia de Estados Unidos en el siglo XIX, se ha llegado a afirmar que el gobierno privilegió los derechos de propiedad sobre *emprendimientos*, por encima de aquellos que incidían sobre tenencias, ver Hurst, James, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States*, (University of Wisconsin Press) 1956, p. 24. Lo mismo podría afirmarse respecto a la postura del gobierno chileno cuando se produjo el conflicto entre ENDESA y los agricultores aguas abajo, con motivo de la autorización del proyecto hidroeléctrico Pangué, a principios de la década de los noventa, como lo ha documentado Bauer. Ver Bauer, Carl, *Contra la Corriente. Privatización, Mercados de Agua y el Estado en Chile*, (LOM Ediciones) 2002, pp. 157-63.

## 2.1. El establecimiento de disposiciones legales precisas, el derecho a la propiedad privada y las circunstancias de la propiedad urbana

Para demostrar el punto relativo a que la consagración de una regulación demasiado específica de las condiciones bajo las cuales procede el traslado de una industria mal ubicada puede terminar por afectar el derecho a la propiedad privada, me baso en *Molinera*. Particularmente, en aquel considerando donde al descartar una eventual vulneración al derecho a desarrollar actividades económicas, el voto de mayoría señala que el carácter fijo y permanente de la ley no resulta adecuado para responder a las necesidades regulatorias de la planificación territorial urbana.<sup>21</sup> Profundizando lo anteriormente dicho, al momento de pronunciarse sobre una eventual vulneración a la reserva legal del artículo 19 N° 24, inciso 2, el mismo voto se refiere a que el cambio que afecta a la propiedad del recurrente no se debe a la mera discrecionalidad de la actividad administrativa, sino que es una consecuencia insoslayable de las necesidades de los nuevos habitantes del vecindario, añadiendo a continuación que “[d]ichos *propietarios* o vecinos son titulares de derechos protegidos por la Constitución y la ley”.<sup>22</sup>

De ambos planteamientos del voto de mayoría se desprenden consecuencias insospechadas para el argumento que el establecimiento de limitaciones a la propiedad requiere de normas particularmente precisas. Como se argumentará a continuación, este no necesariamente es el caso. En ciertas hipótesis, particularmente en aquellas que involucran los casos que se están analizando, el establecimiento de normas legales precisas puede incidir negativamente sobre la propiedad privada misma. Son dos las razones en que se fundamenta esta aseveración.

Como se puede apreciar, lo que se encuentra detrás de los citados considerandos es la intuición que la mejor manera de proteger el derecho a la propiedad privada de todos los involucrados en este conflicto urbano, es a través de disposiciones reglamentarias que puedan ir adaptándose al contexto. Esto, porque considerando la relativa rigidez de la regulación legal, es precisamente mediante la colaboración reglamentaria que se pueden evitar o internalizar aquellas externalidades negativas que vayan surgiendo con las dinámicas urbanas. Es que difícilmente el legislador puede contar con toda la información relacionada a la externalidad negativa sobre la cual su norma aplicará. De

<sup>21</sup> Ver Tribunal Constitucional, Rol 2644-14, sentencia de fecha 27 de enero de 2015, considerando 25.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, considerando 49. El énfasis es propio.

esta manera, si cumple con el estándar determinado por la mayoría de *Bas*, establecerá mediante una norma específica la solución para el problema en cuestión, desconociendo toda información sobre el contexto fáctico en que este problema se generará.

Al ignorar los hechos, lo único que el legislador razonablemente va a poder prever son los impactos que, en abstracto, tendrán las diversas alternativas regulatorias sobre los afectados por este problema urbano. Y muy probablemente, escogerá proteger a algunos de los interesados frente a dichos efectos, sacrificando a los otros. En términos simples, al tener que legislar con especificidad el legislador escogerá a ganadores y perdedores de antemano. Por supuesto, si la determinación la efectúa la administración, tal como lo hizo en *Molinera y Bas*, también estará escogiendo ganadores y perdedores. Pero, al menos, hace esto teniendo pleno conocimiento del contexto; sabe, por ejemplo, cuál ha sido la dinámica urbana en los últimos años, cómo ha sido el comportamiento del regulado y, recordémoslo, solo puede determinar el traslado previo informe favorable de dos autoridades con competencia técnica sobre la materia. De esta manera, queda en evidencia que una disposición que reenvíe la resolución del asunto a la administración estableciendo determinados parámetros, tal como lo hace el artículo 62 inciso segundo, es la manera más óptima de regular este problema y de proteger el derecho a la propiedad privada de todos los involucrados en el conflicto urbano. Esto, además, cobra sentido si se considera la baja probabilidad que una disposición tan precisa se apruebe en el Congreso y su más probable contenido, en caso que ésta lograra ser aprobada, según se argumentará a continuación.

## **2.2. El establecimiento de disposiciones legales precisas y las circunstancias de la política**

De acuerdo a Waldron, la ley normalmente efectúa afirmaciones que se encuentran en discrepancia con el sentido de justicia de algunos o muchos de aquellos que se encuentran bajo su autoridad.<sup>23</sup> En otras palabras, y parafraseando al mismo Waldron, el desacuerdo en materias de principios no es la excepción, sino que la regla general en la política.<sup>24</sup> Consecuentemente, “el punto del Derecho consiste en habilitarnos para actuar frente a la existencia

---

23 Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, (Oxford University Press) 2000, p. 7.

24 *Ibíd.*, p. 15.

de desacuerdos”.<sup>25</sup> Y precisamente la existencia de estos, junto con la necesidad de actuar coordinadamente en determinados aspectos sociales, configuran las circunstancias de la política.<sup>26</sup> El propio problema que concierne a los fallos *Molinera* y *Bas* ilustra nítidamente la cuestión: necesitamos coordinar una solución para regular la convivencia de industrias y viviendas, pero existe un alto desacuerdo en torno a cuál debe ser ésta.

Con todo, el fallo *Bas* parece obviar flagrantemente dichas circunstancias, al exigir una regulación legislativa amplia y profunda sobre la materia. Todo esto, aun cuando el conflicto sobre el que se pronuncia involucra nada menos que la tensión entre valores que para sus creyentes pueden ser tan relevantes como la búsqueda de bienestar, por una parte, y la virtud cívica, por la otra.<sup>27</sup> En ese sentido, como señala Rose, ambas posturas tienen profundas raíces intuitivas.<sup>28</sup> Es así como el argumento para proteger las adquisiciones descansa en la premisa que los individuos actúan para satisfacer su auto-interés, siendo esta una característica imposible de suprimir, y que en el agregado puede tener consecuencias sociales beneficiosas.<sup>29</sup> En tanto, los argumentos derivados de la virtud cívica se fundamentan en que cualquier comunidad debe descansar en ciertas cualidades morales de espíritu público y de abstención por parte de sus miembros para mantenerla unida, y que una democracia puede ser particularmente dependiente en estas características.<sup>30</sup> Esto, debido a que la democracia no se basa en la fuerza, sino que en el cumplimiento voluntario de las normas por partes de la comunidad.<sup>31</sup>

Si esto es así; si lo que pretende la mayoría del fallo *Bas* es reconciliar a un alto nivel de precisión las demandas de protección de la propiedad privada con aquellas de resguardo de la calidad de vida, en el evento que el criterio del fallo *Bas* se mantenga en el tiempo, llegando incluso a fundamentar una declaración de inconstitucionalidad de la disposición examinada,<sup>32</sup> no parece

---

25 *Ibíd.*, p. 7

26 *Id.*

27 Rose, Carol, “Mahon Reconstructed: Why the Takings Issue is Still a Muddle”, en *Southern California Law Review*, Vol. 57, N° 4, 1984, pp. 587-597.

28 *Ibíd.*, p. 596.

29 *Id.*

30 *Id.*

31 *Id.*

32 Esta eventualidad no resulta tan especulativa si se considera que uno de los requisitos para la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad es precisamente que previamente la norma en



difícil de predecir el más probable resultado. Este no es otro que la omisión regulatoria, dada la imposibilidad de poder consensuar una norma a tan alto nivel de precisión. Es que, a diferencia del procedimiento administrativo, el legislativo está “sometido a contrapesos formidables”.<sup>33</sup> Y son precisamente estos contrapesos, entre los que para el caso chileno se cuenta incluso la posibilidad de control preventivo por parte del Tribunal Constitucional, los que hacen altamente improbable que se acuerde una disposición capaz de satisfacer dicho estándar. De esto da cuenta la suerte que han corrido en el Congreso los varios proyectos de ley en materia de recursos naturales durante los últimos 26 años, una ínfima parte de los cuales han sido aprobados y luego de varios años de discusión legislativa.<sup>34</sup>

### 2.3. El establecimiento de disposiciones legales precisas y las actuales circunstancias de la política chilena

Con todo, cabe analizar igualmente la posibilidad de que una disposición legislativa con el nivel de especificidad exigido por la mayoría de *Bas* fuese aprobada por el Congreso. Como he señalado, lo más probable es que este no sea el caso, por lo que cabe explicar qué podría fundamentar un resultado diverso. Lo primero a tener en cuenta aquí, según lo indica la literatura más citada en materia de acción colectiva y participación en el proceso político, es que un cambio legal podría igualmente ser aprobado si se considera el más bajo costo de organización que tienen las minorías concentradas en comparación con las mayorías difusas.<sup>35</sup> En ese sentido, los menores costos de organización y de influencia en el proceso político que tendría la comunidad regulada—para este caso aquellas

---

cuestión haya sido declarada inaplicable, tal como lo ha sido el artículo 62, inciso 2, de la LGUC, por primera vez, en este caso. No solo eso, esta posibilidad pareciera ser lo que la mayoría quisiera, tal como fluye del considerando 12, donde a propósito de los informes que la disposición requiere para la procedencia del traslado, señala que “independiente de su fundamentación, *siempre serán insuficientes*, dada la vaguedad de los conceptos empleados por el legislador”. (Él énfasis es propio).

33 Fernandois, Arturo, “La Reserva Legal: Una Garantía Sustantiva que Desaparece”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol.28 N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2001, p. 293.

34 Tal es el caso de la reforma al Código de Aguas, cuya aprobación tardó alrededor de 12 años; del Convenio 169 de la OIT, que fue aprobado solo después de 18 años de debate legislativo; de la Ley de Fomento y Protección Forestal, que tardó alrededor de 15 años en ser aprobada, y de la Ley de Pesca, que si bien fue objeto de varias modificaciones a través de leyes transitorias, solo pudo ser aprobada de manera permanente luego de 23 años de discusión.

35 La versión canónica de este argumento en Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, (Harvard University Press) 1965. La mejor crítica a esta formulación en Hardin, Russell, *Collective Action*, (Resources for the Future Press) 1982. Una versión más sofisticada de este argumento, centrada en la participación en las instituciones públicas, puede encontrarse en Komesar, Neil, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, (University of Chicago Press) 1997.

industrias que podrían verse afectadas por la regulación urbanística bajo análisis—en comparación a aquellos de los beneficiarios de la regulación—los vecinos de las industrias mal ubicadas—, llevarían a que muy probablemente la norma resultante fuera favorable a los intereses de los primeros. Nótese que para llegar a esta conclusión se ha prescindido del todo de la exigencia de especificidad de la norma en cuestión exigido por la mayoría de *Bas*.

Consecuentemente, el próximo paso es analizar cuánto incide sobre este probable resultado el que la modificación legal tenga que ser establecida en términos altamente específicos. Como anteriormente he explicado, la exigencia de especificidad en la legislación potencia, y en ningún caso aminora, la tendencia de la legislación a proteger intereses económicos organizados. Al exigirse especificidad en la legislación que establece una limitación a la propiedad privada, más probable es que ésta disponga de una regulación para los casos específicos en que habrá de ser aplicada y por lo tanto mayor es el incentivo para los posibles regulados de movilizarse para influir en la aprobación de la norma. No podría ser de otra forma, porque el premio a obtener al proceder de esta manera es muy grande: quedar totalmente excluido de la aplicación de la disposición. Es importante considerar que este mayor incentivo para influir en el proceso político no se generaría en ausencia de la exigencia de especificidad, ya que si la disposición va a ser redactada en términos amplios, nadie queda asegurado de antemano de quedar fuera del ámbito de aplicación de la norma.<sup>36</sup>

Podría pensarse que lo dicho en los párrafos anteriores representa una visión demasiado cínica, y hasta torcida, de nuestra práctica política. Aunque estoy de acuerdo con lo anterior, no se puede sino reconocer que los últimos acontecimientos en la tramitación de leyes que tienen una fuerte incidencia económica (tales como la reforma al royalty minero y la Ley de Pesca), demuestran que las cuestiones denunciadas suceden y, últimamente, de forma reiterada. No habría razones para extrañarse de esto, considerando lo afirmado por una reciente investigación, en el sentido que Chile ha dejado abandonado el proceso político a los intereses del mercado.<sup>37</sup> Si esto es así, parece pertinente tomarse en serio la necesidad de que nuestros procesos decisorios disminuyan la posibilidad de captura.

---

36 Ver Guilloff, Matías, “*El dilema del artículo 19 N° 8, inciso 2*”, en *Revista de Derecho*, Vol. 18, N°1, (Universidad Católica del Norte- Coquimbo), 2011, p. 165.

37 Ver, Matamala, Daniel, *Poderoso Caballero. El Pe\$o del Dinero en la Política Chilena*, (Ediciones Universidad Diego Portales-Catalonia) 2015, p. 33.

En relación a este punto, podría sostenerse que es mucho más probable la captura del Ejecutivo que la del Congreso, porque resulta mucho más fácil capturar a uno que a varios. Con todo, al centrarse únicamente en el *acceso* a la captura, este análisis pierde de vista otro incentivo fundamental para movilizarse en pos de ella: su *estabilidad*. Es evidente que si no resulta relativamente costoso modificar el marco regulatorio, no existen mayores incentivos para incidir en su establecimiento. Sucede que la inversión necesaria para influir sobre la dictación de la norma solo se justifica si esta, en definitiva, resultará favorable a sus intereses y difícil de modificar. En relación a lo último, no puede haber duda alguna de que la modificación de una disposición legal resulta muchísimo más costosa que la de una reglamentaria. Esto resalta, una vez más, la inconveniencia de una reserva legal vigorosa en materia de limitaciones a la propiedad privada: dado su nivel de especificidad cercano al casuismo, la limitación que la ley determine se verá muy probablemente influenciada por aquellos que pretendan librarse del todo de su aplicación. De lo anterior se sigue que el estándar establecido por la mayoría del fallo *Bas* incentiva la influencia de intereses económicos en la regulación.

### **3. A modo de conclusión: lineamientos para el control de la orden de traslado de una industria mal ubicada que cause molestia o daño**

Hasta aquí he señalado que la norma legal cuya constitucionalidad se enjuició en los fallos *Molinera* y *Bas* es suficientemente precisa considerando el objeto de su regulación. De esto se sigue que hay buenas razones para que la municipalidad goce de un cierto margen de apreciación, tal como el que le otorga la norma en cuestión, para resolver este problema. Con todo, es posible que en ejercicio de esa discrecionalidad puedan cometerse abusos y consiguientemente surge la inquietud acerca de la forma en que estos pueden ser evitados. Como demostraré a continuación, si bien la norma bajo análisis otorga una necesaria discrecionalidad para resolver estos problemas urbanos a la municipalidad, son muchas las cuestiones que tiene que suceder para que el municipio pueda llegar a ejercerla e incluso, si llega hacerlo, existen herramientas suficientes para controlar esa norma.

Como bien lo recalca el voto de minoría de *Bas*, son varios los eventos que deben darse para que una municipalidad pueda siquiera tener la posibilidad

de decretar una orden de traslado.<sup>38</sup> En primer lugar, debe efectuarse una modificación al respectivo Plan Regulador, estableciendo que el área donde se genera el conflicto urbano pasa a ser residencial. Esta modificación involucra un altamente regulado procedimiento administrativo, donde se contempla la participación de toda la comunidad, incluida, por cierto, la de la misma empresa. No solo eso, el Decreto Supremo mediante el cual se efectúa la modificación necesariamente deberá ir a toma de razón ante la Contraloría General de la República, la que por lo general ha efectuado un exhaustivo análisis de estos planes en el último tiempo.<sup>39</sup> Solo si esta modificación se aprueba, la industria queda congelada; esto es, puede seguir instalada en donde siempre ha estado, pero con la limitación de no poder efectuar ampliaciones, salvo aquellas que persigan una serie de objetivos bien específicos, dentro de los cuales se incluye mitigar sus impactos ambientales adversos.<sup>40</sup>

Solo una vez que opera el congelamiento es posible que la municipalidad, en el evento de que la empresa cause daño o molestia, pueda decretar la orden de traslado. Con todo, la calificación de dicho daño o molestia no queda a la sola apreciación de la municipalidad, sino que a la de dos órganos técnicos diversos, como lo son las secretarías regionales ministeriales de Salud y de Vivienda. En otras palabras, existe no solo uno, sino que dos puntos de veto que la municipalidad debe sortear para poder dictar la orden. Aun cuando la norma no señale que los informes de estas autoridades son vinculantes para el municipio, lo cierto es que si alguna de estas autoridades informara negativamente sobre la procedencia del traslado, difícilmente la municipalidad podría fundamentar su decisión de perseverar con la medida. Como se puede apreciar, se trata de una medida sujeta a una doble revisión ex ante en sede administrativa.

¿Qué sucede si los órganos técnicos avalan un proceder infundado de la municipalidad? La orden de traslado puede igualmente ser impugnada y el juez podrá efectuar un riguroso control de la legalidad externa e interna del

---

38 Ver Tribunal Constitucional, Rol 2684-14, sentencia de fecha 10 de septiembre de 2015, voto de minoría considerando 5.

39 Para efectos ilustrativos puede consultarse el Manual de Contraloría sobre jurisprudencia administrativa relativa a Planes Reguladores. Disponible en: <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Merged/2015/Archivos/0043>

40 La sección pertinente del artículo 62 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones establece: [...] Sin embargo, los aumentos que tengan por objeto preciso mitigar los impactos ambientales adversos que provocare su actividad productiva no estarán afectos a dicho congelamiento, como, asimismo, las obras destinadas a mejorar la calidad de su arquitectura, de sus estructuras y de sus instalaciones, incluidas aquéllas que tengan un sentido estético que contribuya a mejorar su aspecto.

acto administrativo en que se materializa. Al pronunciarse sobre esta última, el juez podrá anular este acto si estima que se ha producido una desviación de poder. No solo eso, verificando si ha existido violación de ley, podrá calificar si se encuentran o no presentes los motivos legales (existencia de daño o molestia) y los motivos que la municipalidad ha invocado para dictar el acto.<sup>41</sup>

Siendo esto así, queda en evidencia lo ideológico, inconveniente e innecesario que es el estándar de precisión de las normas legales exigido por el voto de mayoría del fallo *Bas* a las normas que inciden sobre la propiedad. Es, en primer lugar, ideológico porque se basa en una particular antipatía hacia el rol de la administración del Estado. Luego, es inconveniente porque, en el mejor de los casos, lleva a seleccionar ganadores y perdedores sin información sobre el contexto, y en el peor, conduce a la omisión regulatoria o a que los ganadores sean quienes puedan organizarse para incidir sobre el proceso legislativo. Por último, es innecesario, porque si el tema son los eventuales abusos que pueda cometer la administración al ejercer la potestad, estos pueden ser controlados revisando la legalidad del acto administrativo, en el evento que lleguen a darse todos los supuestos para que tal acto siquiera pueda ser dictado.

---

<sup>41</sup> Ver Pierry, Pedro, “*El control de la discrecionalidad administrativa*”, en *Revista de Derecho*, N° 8, (Universidad Católica de Valparaíso), 1984, pp. 172-183.

# LA LEY DE INCLUSIÓN EDUCATIVA: CAMBIO DE PRIORIDADES ENTRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

*José Julio León<sup>1</sup>*

## Resumen

Este trabajo es un comentario sobre la Ley N° 20.845, de inclusión educativa –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– que fuera publicada el 8 de junio del 2015 y que entró en vigencia en sus aspectos generales el 1° de marzo de 2016. Siguiendo en parte el método de análisis legal sugerido por Manuel Atienza,<sup>2</sup> reviso los objetivos que persigue la ley (para mostrar que se encuentran justificados), los medios propuestos para alcanzarlos (las modificaciones que introduce a la regulación previamente vigente) y la “sistemática” de la ley (la técnica legislativa), para explicar el sentido y alcance de sus principales disposiciones. Pretendo demostrar que esta ley es un caso de “ley estandarte” que –de la mano con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre su coherencia con la Carta Fundamental– logra fijar un cambio relevante en la orientación de la política educativa, estableciendo una nueva relación de prioridad entre dos principios constitucionales, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, a favor del primero. Para que ese nuevo orden de los valores constitucionales se consolide será fundamental que la política pública realice una adecuada implementación de la ley y resuelva algunos problemas que la redacción de sus artículos deja pendientes.

---

1 Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Abogado; Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Director Académico del diplomado en Argumentación Jurídica de la UDP. Correo electrónico: jose.leon@udp.cl

2 Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, (Taurus) 2013, pp. 714-718.

## 1. Introducción: Una ley “estandarte”

Amy Guttman nos plantea que la cuestión central de la política educativa es: ¿En manos de quién han de dejarse las decisiones básicas en materia educativa? O, en otros términos: ¿Qué propósitos debe perseguir, cómo se distribuye y quién debe tener la autoridad para definir la educación de los futuros ciudadanos? Para identificar una buena política, construir consensos en torno a ella y hacerle seguimiento a su impacto en la sociedad, Guttman sugiere que debemos contar con una teoría política sobre el papel del gobierno en educación), a fin de evaluar sus principios o las consecuencias que surgen de ella.<sup>3</sup> Frente a las teorías conservadoras (que despolitizan la educación, entregándosela a los padres); las utilitaristas (que pueden servir de base a una teoría de los derechos, pero sin ofrecer criterios para distinguir entre calidad y cantidad); las liberales, con énfasis en la autonomía individual o en el juicio de expertos (que tienden a olvidar el problema de la autoridad política) y las funcionalistas (que se basan en la reproducción social y, con su determinismo, niegan valor a las políticas educativas); nuestra autora propone una teoría democrática que promueve el debate público de los problemas de la educación e intenta conciliar el desacuerdo. Amy Guttman sostiene: “la imposición de cualquier ideal moral de educación, sea liberal o conservador, sin el consentimiento de los ciudadanos, subvierte la democracia”.<sup>4</sup>

Surgen así distintos modelos de Estado en relación con la política educativa. En primer término, el “Estado familia” (coincide con el formulado por Platón, en la *República*) que “reclama para sí la autoridad educativa exclusiva como una manera de establecer armonía –deberíamos decir, una relación constitutiva– entre el bien social y el individual, basado en el conocimiento”.<sup>5</sup> En segundo lugar, el “Estado de las familias” pone la autoridad educativa exclusivamente en manos de los padres,<sup>6</sup> quienes tienen un “derecho” a transmitir su visión de la vida a sus hijos (como han sostenido desde Tomás de Aquino a Milton Friedman). Son los padres quienes deben decidir lo que se enseña a sus hijos, aunque esto a veces no coincida con el interés social. El “Estado de los individuos”, por su parte, evita forzar las conclusiones de los

3 Guttman, Amy, *La educación democrática. Una teoría política de la educación* (Paidós) 2001, pp. 20-21.

4 *Ibíd.*, p. 29.

5 *Ibíd.*, p. 41.

6 *Ibíd.*, p. 48.

ciudadanos sobre asuntos disputados; luego –resulta en esto análogo a la concepción de “Estado Docente” que predominó en el Chile del siglo XIX– permite la existencia de escuelas privadas y se ocupa de asegurar la educación de los niños más pobres, estableciendo un control indirecto mediante exámenes públicos centrado en los hechos y la ciencia positiva. Este modelo –que se identifica con las propuestas de J.S. Mill– defiende “los objetivos duales de *oportunidad* de elección y *neutralidad* entre concepciones de buena vida”.<sup>7</sup> La neutralidad –que no pueden garantizar los padres ni los políticos– se lograría mejor depositando la autoridad educativa en “expertos” o educadores profesionales (funcionarios), quienes deben maximizar la futura libertad de elección de los niños.

La cuestión, me parece, se puede reducir a dos grandes modelos: El “Estado pasivo o mínimo” (compatible con un sistema educativo controlado por el mercado) y el “Estado activo o interventor” (que pone énfasis en la coordinación política de las políticas sociales). En la práctica, claro, no hay sistemas que respondan a un modelo “puro”; todos se ubican en algún punto entre los extremos del sistema de mercado y el Estado “benefactor”, con diferencias de grado en función del *nomos* que caracteriza a cada comunidad.<sup>8</sup>

Es que la educación –esa compleja libertad/deber/derecho de participar en los procesos de enseñanza y aprendizaje– está poderosamente unida a la idea misma de comunidad política, en especial, la de una sociedad que se gobierna democráticamente, pues involucra tanto la formación para la ciudadanía como el derecho de todos(as) a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Permite a la vez el desarrollo de la autonomía individual y la pública, en cuanto entrega las competencias necesarias para el diseño y ejecución de un plan de vida propio, y sirve a la reconstrucción y difusión de las normas, valores y la cultura de la comunidad. Así lo intuyeron nuestros “padres fundadores” al catalogar, en un reglamento constitucional publicado en 1813, a la educación como uno de los “*derechos sociales*”, en cuanto constituye “*una de las primeras condiciones del pacto social*”.<sup>9</sup>

---

7 Ibid., pp. 53-54.

8 Recojo la idea de “*nomos*” como “mundo de significado” que expresa una “identidad nacional” que puede ser, sin embargo, polémico en su comprensión, de: Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, (Siglo veintiuno) 2013, p. 33.

9 Antes de su disolución, el Congreso de 1811 encargó un proyecto de constitución. Juan Egaña elaboró uno que la junta de 1813 ordenó publicar. El Capítulo I trataba de los derechos individuales, en tanto que el Capítulo II versaba sobre “*el orden i derechos sociales*”; su art. 36 señalaba que “*Los gobiernos deben cuidar de la educación e instrucción pública, como una de las primeras condiciones del pacto social*”.



El debate educativo en Chile se ha dado en términos binarios (como si se tratara de elegir entre los dos modelos abstractos antes referidos). El (falso) dilema se suele plantear entre un sistema de “educación pública” regimentado por el Estado versus un agregado de iniciativas privadas gobernado por el mercado; es decir, o la educación es un derecho o es un bien de consumo que se transa en el mercado y que se segmenta en función de la capacidad de pago de las familias.<sup>10</sup> El principal foco polémico es la segregación que, según los críticos, sería causada por el modelo impuesto en dictadura, que permite el lucro, el co-pago y la selección; la “crueldad” del mercado se traduciría, inevitablemente, en desigualdad educativa.<sup>11</sup> Surgió de este modo la idea de concebir y garantizar la educación como un verdadero “derecho social”, inspirando de ese modo un “cambio de paradigma” en la política educativa.

Esa es la idea que está en el centro del programa del actual Gobierno de la Presidenta Bachelet. Un derecho, se sostiene, es algo a lo que se accede por la mera condición de “ciudadano” (miembro de la comunidad política), en relación asimétrica (de sujeción) con el Estado y sin que medie una negociación entre las dos partes.<sup>12</sup> La idea de derecho social debe entenderse como crítica a “la idea individualista de derechos”, ya que aquella se funda en las nociones de cooperación y deberes recíprocos, a las que el derecho liberal es indiferente.<sup>13</sup> Los derechos sociales no deben ser entendidos como “derechos a un mínimo” (una protección contra la pobreza) sino que deben dar lugar a servicios públicos universales. En tal sentido, esta concepción del derecho social se basa en el “principio de universalidad” (como criterio de distribución) y se opone al principio de subsidiariedad (o de “focalización” de las políticas sociales).<sup>14</sup>

No es del caso discutir acá esa concepción de los “derechos sociales”. Lo que nos interesa es que ella, ciertamente, implica una expansión del rol del

10 Sebastián Piñera usó la frase “bien de consumo” en el marco de un discurso presidencial en julio de 2011 y, fuera del contexto (ya que su argumento es que se trata de un bien “mixto”), sirvió de combustible a las movilizaciones estudiantiles que se sucedieron a partir de ese año.

11 Diversos estudios nacionales e internacionales sitúan al chileno como un sistema educacional altamente segregado. Así: Bellei, Cristián, “El estudio de la segregación socioeconómica y académica de la educación chilena”, en *Estudios pedagógicos*, Vol. 39, N° 1, (Universidad Austral de Chile, Valdivia), 2013; Elacqua, Gregory; Montt, Pedro y Santos, Humberto, “Evidencias para eliminar –gradualmente– el financiamiento compartido”, en *Claves de Políticas Públicas*, N°14, (Instituto de Políticas Públicas UDP), 2013. Por su parte, el informe “Education at a Glance 2014. OECD Indicators”, basado en resultados de la prueba PISA, pone a Chile bajo el promedio de esos países, tanto en desempeño en matemáticas como en equidad de los resultados educativos (Cfr. p. 194, chart A9.4).

12 Atria, Fernando, *Mercado y ciudadanía en la educación*, (Flandes Indiano) 2007, p. 49 y ss.; 95.

13 Atria, Fernando, *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*, (LOM) 2014, pp. 45-47.

14 *Ibid.*, pp. 112-116.

Estado como protagonista en la provisión de servicios educativos, en el financiamiento y en una más estricta fiscalización del sistema. La educación pública –la estatal– debería (volver a) fijar los estándares de calidad y tener presencia relevante en la matrícula del sistema y en todo el territorio nacional. Solo de esta forma, se piensa, el sistema educativo estaría en condiciones de realizar el principio de igualdad y promover la integración e inclusión social en todos sus niveles. Solo así transitaríamos desde una política educativa basada en el paradigma individualista a la del “Estado familia”.

La Presidenta Bachelet en sus dos gobiernos ha presentado una serie de iniciativas de reforma legal después de sendos y extendidos movimientos de protesta estudiantil, que tuvieron lugar, el primero, durante el año 2006 y el segundo, a partir de 2011. En el primer período presentó, en efecto: i) una reforma constitucional para establecer el deber del Estado de velar por la calidad de la educación; ii) un proyecto de ley para establecer una subvención preferencial para alumnos vulnerables; iii) el proyecto de ley general de educación, y iv) un proyecto de ley de aseguramiento de la calidad de la enseñanza, para crear la Agencia de la Calidad y (re)establecer la Superintendencia de Educación. En el segundo período fijó una agenda aún más ambiciosa, con el objeto de asegurar el carácter de derecho social y público de la educación, mediante: i) el proyecto de ley para poner fin a la selección, al lucro y al copago en la educación escolar (que ahora comentamos); ii) un nuevo sistema de formación y carrera docente; iii) un nuevo sistema de educación pública, iv) una nueva institucionalidad (Subsecretaría y superintendencia) para la educación parvularia, y v) una reforma estructural de la educación superior, implementando gradualmente la gratuidad en este nivel de enseñanza y reforzando su marco regulatorio. Es evidente que el conjunto de las medidas aprobadas en ambos períodos, que se fundamenta en un diagnóstico acerca de la insuficiencia del marco legal vigente para asegurar la equidad en el acceso de todos(as) los(as) niños(as) y jóvenes a una educación de calidad, ha de tener un impacto importante en la fisonomía de nuestro sistema educativo (aunque este no haya sido plenamente dimensionado todavía).

Establecer derechos sociales con carácter *universal* fue un objetivo explícito del gobierno de Patricio Aylwin.<sup>15</sup> No obstante, en los tres primeros

<sup>15</sup> Cfr. Programa de Gobierno, Concertación de partidos por la Democracia (Diario La Época, 1989). En las “Bases programáticas económico-sociales”, se señala: “Nos parece de especial importancia que la promoción de los derechos humanos debe extenderse a los derechos económicos y sociales, incluida la consagración solemne de la igualdad de oportunidades y el derecho a la satisfacción de necesidades básicas”, garantizando, entre otros, el derecho a la educación. Más adelante se señala: “la educación será asumida como un derecho y no como un privilegio”.

gobiernos de la Concertación se asumió que la Constitución asignaba mayor importancia a la dimensión de libertad de enseñanza (y a la autonomía institucional) que al derecho a la educación, sea en su carácter prestacional o como derecho de los padres para escoger establecimiento de enseñanza para sus hijos, limitando de este modo las posibilidades de intervención legislativa para regular la actividad de los centros educativos.<sup>16</sup> A partir del primer gobierno de la Presidenta Bachelet, en cambio, se observa un cambio en el nivel del discurso constitucional. Se afirma que la educación es un derecho social y, con esta base, se proponen cambios en los valores fundamentales que ordenan la organización misma del sistema educativo (sin que parezca necesario pasar previamente por una reforma del texto constitucional).

Dado que ambos discursos operaron bajo un mismo texto constitucional, o bien una de esas interpretaciones estaba equivocada o tendríamos que aceptar que el contenido de significado de las cláusulas constitucionales puede evolucionar sin que medie una modificación formal de las mismas. Esta segunda hipótesis, que cierta literatura denomina como la “Constitución viviente”,<sup>17</sup> es la que me interesa desarrollar aquí. Según dicha hipótesis, la Constitución –el significado de su texto– evoluciona junto con el cuerpo social: se modifica si ha ocurrido un cambio relevante en las circunstancias sociales y políticas, esto es, el contexto en el cual y sobre el cual la Constitución se aplica. Que esto es así, me parece, lo corrobora la ley que ahora comentamos, la que, a pesar de responder a un paradigma diferente del que había dominado la interpretación constitucional sobre libertad de enseñanza, logró sortear el control constitucional y establecer una “condición de preferencia”<sup>18</sup> a favor del derecho a la educación. Es por eso que la califico como una “ley estandarte”, en cuanto su propósito y el principal de sus efectos ha sido el de “mover” los límites de la Constitución, logrando una transformación de su sentido desde sus propias bases.

16 Nótese el mayor pragmatismo (y cautela) del programa de Eduardo Frei (*Un Gobierno para los Nuevos tiempos*. Bases programáticas del segundo Gobierno de la Concertación, sin fecha), respecto del citado en la nota anterior: “La educación se construye desde abajo, en un contexto de políticas e incentivos adecuados. Su calidad y efectividad resultan de lo que hacen los establecimientos y los profesores, los alumnos y las familias. (...) Al Estado le corresponde planificar, conducir, ejecutar cuando corresponda, apoyar y promover el esfuerzo de los diversos agentes dentro de una estrategia coherente. La firmeza en los propósitos y la eficiencia en la gestión deben ir acompañadas de la búsqueda permanente de consensos y, por lo tanto, de la implementación gradual de las políticas y medidas” (pp. 107-8, cursivas nuestras).

17 Cfr. Ackerman, Bruce, *La constitución viviente*, (Marcial Pons) 2011.

18 Sobre las condiciones de prioridad o de “preferencia” entre principios, Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2007, pp. 136-137

La Constitución no es una realidad quieta, no es meramente un texto “sagrado” que permanece y se aplica de modo inalterable a lo largo del tiempo. Como apunta Dahl: “Dado el rechazo solapado u oculto a la ideología de la elite de parte de los miembros de los grupos subordinados, un cambio en las condiciones –ya sea en las ideas, creencias, generaciones, estructuras o recursos– empieza a ofrecerles a los grupos subordinados nuevas oportunidades de expresar sus injusticias. Y (...) comienzan a forzar un cambio a través de todos los medios disponibles”.<sup>19</sup> Algo así es lo que ha venido ocurriendo en nuestro país. La Constitución chilena –de 1980– ha sufrido más de 30 reformas que afectan a buena parte de su articulado (eso, sin contar todavía los “cambios de significado” que ha experimentado), pero su legitimidad sigue siendo fuertemente cuestionada y el debate constitucional, en sus distintas dimensiones, va en ascenso.<sup>20</sup>

El movimiento estudiantil de 2011 fue la tercera gran movilización masiva desde el retorno a la democracia (en 2001 tuvo lugar el llamado “mochilazo” y en 2006 la marcha de los “pingüinos”); pero adquirió dimensiones mucho mayores que las anteriores. En primer lugar se extendió hasta el año 2012; entre junio y septiembre de 2011 –el clímax de las protestas– se sucedieron marchas multitudinarias a nivel nacional, tomas de establecimientos educacionales y varias otras formas de protesta; además, logró sumar a padres y apoderados, el Colegio de Profesores, la Central Unitaria de Trabajadores, etc.; unió a estudiantes secundarios y universitarios, y alcanzó niveles inéditos de apoyo ciudadano.<sup>21</sup> Sus reivindicaciones rebasaron las meras categorías gremiales implicando cambios estructurales en tres grandes temas: nueva Constitución y reforma del sistema político; fortalecimiento del Estado e

19 Dahl, Robert, *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, (Fondo de Cultura Económica) 2003, pp. 137-138.

20 Ver, entre otros, Fuentes, Claudio, *El fraude*, (Hueders) 2012, y Atria, Fernando, *La Constitución tramposa*, (LOM) 2014. Fuentes destaca que en la Concertación primó “la tesis del gradualismo”, fundada en la idea que la aceptación de la Constitución de 1980 era clave para recuperar la democracia; y que las reformas al documento debían efectuarse por “etapas”, una vez que el escenario político fuera favorable (Fuentes, ob. cit., pp. 55-57). El problema constitucional para Atria corresponde a que la constitución de 1980 configura un proceso político que impide la expresión de la soberanía popular, pues “las normas constitucionales no le dan forma política al pueblo con la finalidad propiamente constitucional de habilitarlo para actuar, sino con la finalidad precisa de neutralizar su agencia, de impedir que actúe” (Atria, *La Constitución*, ob. cit., p 45).

21 Cfr. Arrué, Michèle, “El movimiento estudiantil en Chile (2011-2012): Una lucha contra la discriminación”, en *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM*, N°24, 2012. Disponible en: <http://alhim.revues.org/4388>; y Bellei, Cristián y Cabalin, Cristian, “Chilean student movements: Sustained Struggle to Transform a Market-oriented Educational System”, en *Current Issues in Comparative Education*, Vol.15, N°2, (Universidad de Columbia), 2013, pp. 108-123.

incremento de recursos para asegurar derechos sociales (reforma tributaria y re-nacionalización del cobre), y reforma educacional. En esta última, se reclamó una educación pública (laica y democrática), gratuita, sin lucro y de calidad para todos(as). Quizás el principal logro de ese movimiento, como apunta Bernasconi, haya sido que los estudiantes tomaron conciencia de sus necesidades y de su capacidad de demandarlas como un derecho.<sup>22</sup> En ese contexto se produjo la segunda elección de la Presidenta Bachelet, esta vez encabezando a la Nueva Mayoría, cuyo programa procuró acoger (e interpretar) las demandas estudiantiles.

Es bien conocida la tesis dualista de Ackerman sobre la vida política. Por un lado, la “política constitucional” apela al bien común y tiene la virtud de dominar la vida de la nación en los raros “períodos de exaltación de la conciencia política”, movilizándolo a las mayorías ciudadanas que expresan su consentimiento por medio de “formas institucionales extraordinarias”. Por el otro, en las largas pausas que hay entre esos “momentos constitucionales” prevalece la “política normal”, en que las facciones intentan manipular las “formas constitucionales de la vida política” para favorecer sus intereses.<sup>23</sup> Ackerman desarrolla su tesis sobre la evolución constitucional, planteando un patrón tripartito de soberanía popular: movimiento social, partido y presidencia. La agenda del movimiento se institucionaliza en un programa de gobierno que, mediante el apoyo electoral, logra promover y aprobar “leyes estandarte” en el Congreso, e instalar en la corte constitucional a jueces simpatizantes del movimiento.<sup>24</sup> La legislación constitucional es un proceso que incluye un debate público intenso, respuestas institucionales, y culmina con una serie de textos legales claves que interpretan la voluntad mayoritaria expresada antes en las urnas. Este modelo describe adecuadamente la trayectoria y el carácter de la ley de inclusión educativa, cuyos objetivos y principales contenidos revisaremos a continuación.

22 Bernasconi, Andrés, “Not Another Brick in the Wall: Capitalism and Student Protests in Chile”, en *Academic Matters*, 2012. Disponible en: <http://www.academicmatters.ca/2012/11/not-another-brick-in-the-wall-capitalism-and-student-protests-in-chile/>.

23 Cfr. Ackerman, Bruce, *La política del diálogo liberal*, (Gedisa) 1999, p. 150-151 y Ackerman, Bruce, “VI. Un Neofederalismo” en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, (Fondo de Cultura Económica) 2001, pp. 176-216, especialmente, 185-186.

24 Cfr. Ackerman, Bruce, *La Constitución*, ob cit., pp. 44-46.

## 2. Ideas matrices, objetivos y fundamentos de la ley:

El Mensaje N° 131-362, de 19 de mayo de 2014 define esta ley como “una reforma fundamental e indispensable”, que “se enmarca en un conjunto más amplio de propuestas legislativas y de programas gubernamentales”, con miras a fortalecer transversalmente “la educación pública en el contexto de un sistema de provisión mixta”, superando “la desregulación y los incentivos inadecuados que caracterizan en la actualidad a nuestro sistema educacional”. Para ello, se especifica luego, se requiere efectuar “cambios estructurales”, pues “*la sociedad chilena ha exigido al Estado un cambio profundo de paradigma en el sistema educativo, que deje atrás la idea de la educación como un bien de consumo que se transa en el mercado*”. Este cambio se funda en “la convicción de que *la educación es un derecho social*”. El proyecto del Ejecutivo, explícitamente, se plantea en respuesta a la demanda ciudadana que “ha criticado profundamente los cimientos del sistema educativo chileno por su marcada segregación y *ha exigido un nuevo modelo que sea inclusivo, que fortalezca la educación pública, que amplíe la actual noción restringida de calidad*”; lo cual apunta, en resumidas cuentas, “a una efectiva materialización del derecho a la educación, asumiendo así, un *carácter histórico*” (cursivas nuestras).

El proyecto se sustenta en tres ejes: “el fin al lucro en establecimientos que reciben recursos públicos, el término de la selección escolar y la derogación del sistema de financiamiento compartido”, de modo de (avanzar en) “asegurar el derecho a una educación de calidad, reducir las desigualdades y garantizar, de manera efectiva, la libertad de los padres, madres y apoderados para elegir la educación de sus hijos”. El financiamiento compartido y la selección –se indica– segregan a las familias “en función de su capacidad de pago, limitando así su libertad de elección”. El lucro, a su turno, debe prohibirse “para asegurar que todos los aportes que la sociedad destina a la educación sean invertidos en ella y su mejoramiento constante”.

La libertad de enseñanza –justifica el Mensaje– “entrega autonomía a los sostenedores para realizar sus respectivos proyectos educativos siempre y cuando cumplan con la normativa vigente. De esa manera, se garantiza la existencia de una pluralidad de visiones educativas”. Esta diversidad ha contribuido históricamente al desarrollo del sistema educativo en Chile, de carácter mixto, valor que este proyecto quiere resguardar. Los fondos públicos, sin embargo, no pueden ser utilizados para fines que no sean educacionales:

Este elemento teleológico pertenecería a la naturaleza de las subvenciones.<sup>25</sup>

Según el Mensaje, que se apoya en informes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y diversos estudios nacionales, la experiencia internacional mostraría que la existencia combinada de lucro, selección y copago (en el sector financiado por el Estado), es una singularidad ausente de los sistemas educativos de los países desarrollados. Los establecimientos subvencionados concentran en Chile el 92% de la matrícula escolar, siendo mayoritario el sector particular subvencionado, y el régimen de copago se ha generalizado.<sup>26</sup> La selección operaría como un mecanismo que incentiva la competencia entre escuelas y genera prácticas de discriminación, principalmente socioeconómica.<sup>27</sup> En las últimas dos décadas, por fin, se crearon cerca de 2.000 establecimientos particulares subvencionados, de los cuales más del 85% adoptó una estructura jurídica con fines de lucro. Entre 1992 y 2009 la matrícula en establecimientos con fines de lucro se duplicó, representando ahora un 31% del total de la matrícula escolar. Pero, sobre todo: “Las movilizaciones sociales de los últimos años pusieron de manifiesto el problema del crecimiento descontrolado de los establecimientos con fines de lucro”.

Son, en definitiva, tres problemas (y “falacias”) los que el proyecto buscaba resolver: la creencia de que el lucro puede ser un motor efectivo de la calidad en educación; el copago como una visión restrictiva del aporte y las posibilidades de las familias a la educación de sus hijos e hijas; y la selección como manera normal de organizar la escolaridad.

Pero el proyecto no solo se planteó en términos negativos (fin al lucro, al copago y la selección). También enuncia los objetivos que aspira a lograr:

1. Robustecer la calidad educacional del conjunto del sistema, asegurándose, en primer lugar, que los recursos que provee el Estado se usarán en mejorar la calidad de la educación y no en otros fines, y que las familias no tendrán barreras económicas o de otro tipo para la educación de sus hijos e hijas.

25 Así reza el Mensaje: “cada subvención tiene una finalidad que la justifica y que afecta jurídicamente los recursos transferidos a la utilización en la consecución del fin que la explica”.

26 El porcentaje de estudiantes del sector particular subvencionado que pasó a financiamiento compartido, desde su creación en 1993 hasta 2013, aumentó del 16% a cerca del 80%.

27 La evidencia citada por el Mensaje muestra que: i) los mejores resultados de los establecimientos que seleccionan se deben primordialmente a la composición socioeconómica de los alumnos y no a la efectividad de sus procesos educacionales; ii) en los países en donde se aplica la selección temprana se amplían las brechas de desempeño educativo entre niveles socioeconómicos; y iii) promover la integración tiene efectos positivos para la calidad de la educación, aumentando la motivación y el rendimiento de estudiantes de menor nivel socioeconómico, sin afectar el rendimiento de aquellos de mayor ingreso.

2. Constituir a las escuelas en espacios de integración, inclusión y diversidad.<sup>28</sup>
3. Excluir la competencia (las preferencias de las familias) como mecanismo de aseguramiento de calidad; pues todas las opciones reconocidas y financiadas por el Estado han de ser igualmente elegibles para las familias.
4. Plasmar como deber del Estado el fiscalizar y exigir a los establecimientos la no realización de publicidad engañosa, la no distorsión de indicadores de calidad educativa, y la no práctica de la segregación o discriminación como estrategias de posicionamiento y adquisición de prestigio; pues esas prácticas lesionan la igualdad.

Este conjunto de modificaciones apunta a asegurar la educación como un derecho social fundamental, garantizado por el Estado; un derecho al que se accede en igualdad de condiciones y de forma transparente y objetiva, haciendo efectiva la libertad de los padres, madres y apoderados para elegir el proyecto educativo que deseen para sus hijos. Es por esto que la ley también se conoce como “de inclusión educativa”.

### 3. Disposiciones legales modificadas

La ley de inclusión modifica diversas disposiciones de los siguientes textos legales:

1. el Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005;<sup>29</sup>
2. el Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1996, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educacionales;
3. la Ley N° 20.529 que establece un Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización;
4. la Ley N° 20.248 que establece la Ley de Subvención Escolar Preferencial, y
5. la ley N° 19.979, que modifica el régimen de jornada escolar completa diurna.

---

<sup>28</sup> Para ello, se aumenta la subvención escolar preferencial (SEP) en un 20% y se establece un segundo tramo, para dar cobertura a los estudiantes pertenecientes a las familias del 80% más vulnerable del país. El monto que se asignará a este segundo tramo será la mitad de la SEP de los alumnos prioritarios.

<sup>29</sup> Corresponde a la denominada “Ley General de Educación” (LEGE).



## 4. Análisis de las principales normas que introduce la ley

La Ley de inclusión educativa realiza, como se ha dicho, importantes modificaciones a la regulación y financiamiento del sistema educacional chileno (de nivel parvulario, básico y medio), que afectan en especial al funcionamiento de los establecimientos educacionales particulares, según pasamos a explicar.

### 4.1. Gratuidad y fin al lucro

El Estado implantará progresivamente la enseñanza gratuita en los establecimientos subvencionados, de conformidad a la Ley. Para estos efectos, se establece el denominado “aporte por gratuidad”, destinado a establecimientos educacionales gratuitos y sin fines de lucro, suscritos a la subvención preferencial, que se impetrará por los alumnos que estén cursando primer y segundo nivel de transición de educación parvularia, educación general básica y enseñanza media, incluida la educación especial y de adultos.

A su vez, los sostenedores que reciban subvenciones no podrán perseguir fines de lucro, y deberán destinar de manera íntegra y exclusiva esos aportes y cualesquiera otros ingresos del establecimiento a los “fines educativos” (operaciones señaladas taxativamente en la ley).<sup>30</sup> Asimismo, deberán

30 El nuevo artículo 3° de la ley de subvenciones señala que el sostenedor gestionará los recursos “como cooperador del Estado en la prestación del servicio educacional”. Se entenderá que el financiamiento recibido se destina a fines educativos en el caso de las siguientes operaciones:

- i) Pago de una remuneración a las personas naturales que ejerzan, de forma permanente y efectiva, funciones de administración superior que sean necesarias para la gestión del establecimiento educacional;
- ii) Pago de remuneraciones, honorarios y beneficios al personal docente que cumpla funciones directivas, técnico pedagógicas o de aula, y de los asistentes de la educación;
- iii) Gastos de las dependencias de administración del o los establecimientos educacionales;
- iv) Pago de servicios asociados al funcionamiento y administración del establecimiento educacional;
- v) Adquisición de servicios, materiales e insumos para el buen desarrollo de la gestión educativa, así como recursos didácticos e insumos que sean útiles al proceso integral de enseñanza y aprendizaje;
- vi) Inversión en activos no financieros necesarios para la prestación del servicio educativo, así como inversión en activos financieros de renta fija, siempre que los intereses o réditos sean utilizados para los fines educacionales dispuestos en este artículo y no se afecte de forma alguna la prestación de servicio educativo;
- vii) Gastos asociados a la mantención y reparación de los inmuebles y muebles;
- viii) Pago de obligaciones garantizadas con hipotecas, contraídas con el solo propósito de adquirir el o los inmuebles en el cual funciona el establecimiento educacional de su dependencia, de conformidad a la ley;
- ix) Pago de créditos bancarios o mutuos cuyo objeto único y exclusivo sea el de invertir en mejoras necesarias o útiles, de infraestructura, equipamiento u otros elementos que sirvan al propósito del proyecto educativo;
- x) Gastos que guarden directa relación con la mejora de la calidad del servicio educativo, y
- xi) Gastos consistentes con el proyecto educativo del establecimiento.

Las operaciones de los numerales iii), iv), v), vi), vii), viii), ix), x) y xi) no podrán realizarse con personas relacionadas con los sostenedores o representantes legales del establecimiento, salvo que se trate de personas jurídicas sin fines de lucro o de derecho público.

rendir cuenta pública respecto de su uso y estarán sujetos a la fiscalización y auditoría de la Superintendencia de Educación.

Se establecen sanciones para quienes, administrando a cualquier título los recursos públicos u otros que perciba el sostenedor en su calidad de tal, los sustraiga o destine a una finalidad diferente de los fines educativos señalados.<sup>31</sup>

Tratándose de un establecimiento educacional que por primera vez solicite el beneficio de la subvención, el Ministerio de Educación aprobará, por resolución fundada, la solicitud solo en caso de que exista una “demanda insatisfecha” por matrícula que no pueda ser cubierta por medio de otros establecimientos educacionales que reciban subvención o aporte estatal, o que no exista un proyecto educativo similar en el territorio en el que lo pretende desarrollar. Dichos establecimientos deberán tener el carácter de gratuitos.

#### **4.2. De los sostenedores de los establecimientos educacionales**

El sostenedor debe constituirse como persona jurídica sin fines de lucro, adquirir la propiedad del inmueble en que funciona el establecimiento y no tener condenas en más de una ocasión dentro de los últimos cinco años, por haber ejercido prácticas antisindicales, por haber incumplido la ley N°19.631 en cuanto al pago de las cotizaciones previsionales de sus trabajadores, o en virtud de acciones de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores.

Las corporaciones educacionales se constituirán por medio de escritura pública o por instrumento privado reducido a escritura pública en la que conste el acta de constitución y los estatutos por los cuales deben registrarse.<sup>32</sup> Las modificaciones de los estatutos, aprobadas según los requisitos que estos establezcan y reducidas a escritura pública, deberán registrarse en el Ministerio de Educación dentro del plazo de treinta días contado desde la fecha de la escritura pública de modificación respectiva. La administración y dirección de la corporación educacional recaerá en uno o más de sus miembros, quienes serán sus directores. Dichos directores no serán remunerados, salvo en los casos previstos en los numerales i) y ii) del inciso segundo del artículo 3 de la ley de subvenciones.

<sup>31</sup> El responsable estará obligado a reintegrarlos al establecimiento educacional, debidamente reajustados conforme a la variación del IPC. Comprobada la infracción, ésta será sancionada por la Superintendencia de Educación, con una multa del 50% de la suma sustraída o desviada.

<sup>32</sup> Una persona natural también podrá constituir entidades individuales educacionales, que serán personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, con personalidad jurídica y patrimonio propio distinto de la persona natural que la constituye, cuyo objeto único sea la educación.

El Ministerio de Educación dispondrá la cancelación de la personalidad jurídica de las corporaciones educacionales (o las entidades individuales educacionales) en aquellos casos en que la Superintendencia, en uso de sus atribuciones, constate incumplimientos graves a sus estatutos o a las disposiciones de la ley. Disuelta una corporación educacional, sus bienes deberán ser transferidos a otra persona jurídica sin fines de lucro cuyo fin sea la educación, de conformidad a lo que dispongan sus estatutos, o al Estado, en ambos casos para el cumplimiento del mismo fin. Lo anterior, sin perjuicio de las garantías constituidas sobre dichos bienes y de los derechos de los acreedores de la corporación educacional.

Las corporaciones educacionales, en tanto sostenedores de establecimientos educacionales, serán fiscalizadas por la Superintendencia de Educación.

#### **4.3. Selección e integración educativa**

El proceso de postulación y admisión a los establecimientos subvencionados se regirá por los principios de transparencia, educación inclusiva, accesibilidad universal, equidad y no discriminación arbitraria. Se prohíbe a tales establecimientos establecer procesos que consideren el rendimiento escolar pasado o potencial del postulante; la exigencia de pruebas de admisión de cualquier tipo; la presentación de antecedentes vinculados a la condición socioeconómica o familiar de los padres o apoderados, así como cualquier cobro por la postulación de los estudiantes. Las entrevistas que se realicen en esta etapa serán de carácter voluntario, deberán ser solicitadas por los padres o apoderados y tendrán una finalidad únicamente informativa, de conocimiento del proyecto educativo. También se prohíbe que éstas constituyan una exigencia o requisito dentro de la etapa de postulación.

La postulación se realizará directamente en los establecimientos educacionales a través de un registro que pondrá a disposición del público el Ministerio de Educación (al que también se podrá acceder de forma remota). Todos los estudiantes que postulen a un establecimiento educacional deberán ser admitidos, si los cupos disponibles son suficientes en relación al número de postulaciones. Solo cuando los cupos disponibles sean menores al número de postulantes, los establecimientos deberán aplicar un procedimiento de admisión aleatorio; sin perjuicio de los criterios de prioridad que señala la ley.<sup>33</sup>

33 Así, el proceso de admisión deberá considerar los siguientes criterios, de forma sucesiva: a) Existencia de hermanas(os) que postulen o se encuentren matriculadas(os) en el mismo establecimiento; b) Incorporación del 15% de estudiantes prioritarios;

Los establecimientos deberán informar, en listas separadas, el total de postulantes en el orden que cada uno ocupó en el proceso respectivo. Cuando el Ministerio de Educación constate que un postulante no haya sido admitido en ninguna de las opciones escogidas, procederá a registrar a dicho estudiante en el establecimiento educacional más cercano a su domicilio que cuente con cupos disponibles.

Excepcionalmente, el Ministerio de Educación podrá autorizar procedimientos especiales de admisión, a partir de 7° año de la educación general básica (o equivalente), a aquellos establecimientos educacionales cuyos proyectos educativos tengan por objeto principal desarrollar aptitudes que requieran una especialización temprana, o a aquellos cuyos proyectos educativos sean de especial o alta exigencia académica.

Corresponderá especialmente a la Superintendencia de Educación la fiscalización de los procesos de admisión, pudiendo, al efecto, visitar los establecimientos educacionales durante las distintas etapas del proceso. Quienquiera que sea afectado por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria en el ámbito educacional podrá interponer la acción de no discriminación arbitraria establecida en la ley N°20.609.

#### **4.4. Reglamentos internos y potestad disciplinaria.**

Los establecimientos educacionales solo podrán aplicar las sanciones o medidas disciplinarias previstas en su reglamento interno, las que, en todo caso, estarán sujetas a los principios de proporcionalidad y de no discriminación arbitraria. No podrá decretarse la medida de expulsión o la de cancelación de matrícula de un o una estudiante por motivos académicos, de carácter político, ideológicos o de cualquier otra índole, salvo en los casos expresamente previstos y en la forma regulada por la ley.

Las medidas de expulsión y cancelación de matrícula solo podrán aplicarse cuando sus causales estén claramente descritas en el reglamento interno del establecimiento y, además, afecten gravemente la convivencia escolar. Previo al inicio del procedimiento de expulsión o de cancelación de matrícula, el director del establecimiento deberá haber representado a los padres, madres o apoderados la inconveniencia de las conductas, advirtiendo la posible

---

c) La condición de hijo(a) de un(a) profesor(a), asistente de la educación, manipulador(a) de alimentos, trabajador(a) que preste servicios permanentes en el establecimiento educacional, y

d) La circunstancia de haber estado matriculado anteriormente en el establecimiento educacional al que se postula, salvo que el postulante hubiere sido expulsado con anterioridad del mismo.

aplicación de sanciones e implementado a favor del o la estudiante las medidas de apoyo pedagógico o psicosocial establecidas en el reglamento interno del establecimiento educacional. No se podrá expulsar o cancelar la matrícula de un estudiante en un período del año escolar que haga imposible que pueda ser matriculado en otro establecimiento educacional; salvo que se trate de una conducta que atente directamente contra la integridad física o psicológica de alguno de los miembros de la comunidad escolar. Dichas medidas solo podrán adoptarse mediante un procedimiento previo, racional y justo que deberá estar contemplado en el reglamento interno del establecimiento, garantizando el derecho del estudiante afectado o del padre, madre o apoderado, a realizar sus descargos y a solicitar la reconsideración de la medida.

Los sostenedores o directores del establecimiento no podrán cancelar la matrícula, expulsar o suspender a sus estudiantes por causales que se deriven de su situación socioeconómica o del rendimiento académico, o vinculadas a la presencia de necesidades educativas especiales de carácter permanente y transitorio, que se presenten durante sus estudios. A su vez, no podrán, ni directa ni indirectamente, ejercer ninguna forma de presión dirigida a los estudiantes que presenten dificultades de aprendizaje, o a sus padres, madres o apoderados, tendientes a que opten por otro establecimiento en razón de dichas dificultades. En caso que el o la estudiante repita de curso, deberá aplicarse lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación.<sup>34</sup>

## 5. Régimen Transitorio

5.1. Los sostenedores particulares que no estén organizados como una persona jurídica sin fines de lucro y que estén percibiendo la subvención, podrán transferir la calidad de sostenedor a una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro hasta el 31 de diciembre de 2017. Hasta entonces, las limitaciones al uso de los recursos de los establecimientos educacionales (la obligación de destinarlos a “fines educativos”) regirán para los sostenedores que no estén organizados como persona jurídica sin fines de lucro solo respecto de los recursos públicos de que sean beneficiarios.

---

34 Los alumnos tienen derecho a repetir un curso, al menos una vez en educación básica y una vez en la media, en un mismo establecimiento subvencionado.

5.2. Los (nuevos) sostenedores sin fines de lucro deberán adquirir el inmueble en el que funciona el establecimiento educacional, o celebrar comodato conforme a la ley, dentro del plazo de tres años contado desde que haya adquirido su personalidad jurídica.<sup>35</sup>

Los sostenedores que hayan tenido contratos de arrendamiento vigentes al inicio del año escolar 2014, podrán continuar con ellos en las mismas condiciones por el referido plazo de tres años. En los demás casos, los sostenedores podrán celebrar, renovar o continuar con sus contratos de arrendamiento, según corresponda, con un canon de arrendamiento que no podrá exceder del 11% del avalúo fiscal del inmueble dividido en doce mensualidades. Tales contratos de arrendamiento –en el plazo indicado- estarán exceptuados de las restricciones respecto de personas relacionadas.<sup>36</sup>

Por su parte, los sostenedores que, al inicio del año escolar 2014, gestionen establecimientos educacionales con una matrícula total no superior a 400 estudiantes, podrán mantener los contratos de arrendamiento celebrados con una persona relacionada, en las mismas condiciones, hasta por un plazo de seis años contado desde que se transforme en persona jurídica sin fines de lucro. Vencido este plazo, los sostenedores podrán celebrar un “contrato de uso de infraestructura para fines educacionales” del bien inmueble;<sup>37</sup> el cual deberá estar inscrito en el Conservador de Bienes Raíces y se mantendrá vigente durante el tiempo que el sostenedor preste el servicio educacional. En estos contratos estará siempre incluida la obligación del propietario de, al poner término al contrato, ofrecer el inmueble para su adquisición, de forma preferente, y en orden sucesivo, al sostenedor que lo está usando y al Estado. El inmueble así adquirido quedará afecto a fines educativos.

5.3. Las personas jurídicas sin fines de lucro podrán adquirir el inmueble en que funciona el respectivo establecimiento educacional mediante créditos garantizados hasta por el plazo de veinticinco años, los que se pagarán con

---

35 Si se trata de una persona sin fines de lucro a la fecha de publicación de la ley dispone de 3 años desde su entrada en vigencia.

36 Vencidos los plazos anteriormente señalados, solo podrán celebrar nuevos contratos de arrendamiento, con personas no relacionadas, salvo que el arrendador sea una persona jurídica sin fines de lucro o una persona jurídica de derecho público. Tales contratos deberán celebrarse con una duración de, a lo menos, ocho años y respetando el límite de renta máxima mensual ya señalado.

37 El propietario del bien inmueble se obliga a entregar el uso de éste al sostenedor sin fines de lucro y a solventar los gastos relativos a mejoras útiles o necesarias de dicho inmueble. El sostenedor se obliga a compensar la depreciación de la propiedad pagando una suma que no podrá exceder del 4,2% del avalúo fiscal del inmueble dividido en doce mensualidades.

los recursos públicos entregados por concepto de subvención.<sup>38</sup> El contrato de crédito solo podrá celebrarse dentro del plazo de seis años contado desde la publicación de esta ley (salvo en el caso de los sostenedores a que se refiere el párrafo precedente, que tendrán hasta el vencimiento del plazo especial de 6 años desde su transformación). Los sostenedores podrán, respecto de los créditos que adquieran con empresas bancarias para estos fines, contar con la garantía de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO).<sup>39</sup>

5.4. En casos excepcionales, debidamente fundados por decreto expedido por el Ministerio de Educación, con la firma del Ministro de Hacienda, y siempre que ello sea estrictamente necesario para garantizar el derecho a la educación de los y las estudiantes, el Estado podrá adquirir aquellos inmuebles en donde funciona un establecimiento educacional, de propiedad de aquel sostenedor que haya manifestado expresamente al Ministerio de Educación su voluntad de no continuar prestando el servicio educacional.

5.5. Fin del Copago: Los establecimientos educacionales que opten por retirarse del régimen de financiamiento compartido para convertirse en establecimientos gratuitos, deberán informar al Secretario Regional Ministerial de Educación respectivo, para efectos de impetrar el aporte por gratuidad y la subvención escolar preferencial por alumnos preferentes, establecidos en esta ley. Quienes se retiren del régimen de financiamiento compartido no podrán volver a realizar estos cobros.

Durante el primer año escolar desde la entrada en vigencia de la presente ley (año 2016), los establecimientos educacionales de financiamiento compartido que sigan adscritos a este régimen, podrán efectuar cobros mensuales por alumno, los que no podrán exceder al cobro mensual por alumno correspondiente al año escolar 2015, convertidos en unidades de fomento, al valor de dicha unidad al día 1 de agosto de 2015. A contar del inicio del año escolar siguiente, los referidos límites máximos de cobro mensual disminuirán en el mismo monto en que haya aumentado para cada establecimiento el ingreso por subvenciones e incrementos que establece el artículo 22° transitorio de la ley.

38 El sostenedor sin fines de lucro podrá adquirir el inmueble imputando mensualmente, con cargo a la subvención, hasta una doceava parte del 11% del avalúo fiscal, según el valor de la unidad de fomento a la fecha de celebración del contrato, hasta el término de veinticinco años.

39 Deberán, para estos efectos, contar con una tasación aceptada, mediante resolución, por la CORFO. La propiedad así adquirida quedará afecta al servicio educativo. El sostenedor deberá autorizar expresamente al Ministerio de Educación para descontar, retener y pagar directamente a la empresa bancaria, la cuota mensual del crédito respectivo, con cargo a la subvención; las cuotas no deben superar, cada año, el 25% de las subvenciones totales anuales recibidas por el establecimiento, so pena de perder el derecho a impetrar la subvención al término del año escolar siguiente.

5.6. Admisión: El artículo 26° transitorio establece una implementación gradual, conforme a decretos con fuerza de ley que deberán dictarse, partiendo en algunas regiones y para el menor nivel o curso que tengan los establecimientos educacionales. Para el cuarto año de postulación, en todas las regiones del país se aplicará el nuevo procedimiento de admisión. No obstante, aquellos establecimientos educacionales que de acuerdo a un reglamento dictado por el Ministerio de Educación, cumplan con “características históricas, de rendimiento académico destacado dentro de su región, que sean gratuitos, que presenten una demanda considerablemente mayor a sus vacantes y que hayan establecido procedimientos de selección académica a la fecha de publicación de la ley”, iniciarán sus procesos de admisión, de acuerdo a la gradualidad territorial y manteniendo sus pruebas de admisión (basadas exclusivamente en rendimiento académico) en los siguientes porcentajes: i) El primer año para el 85% de sus cupos; ii) El segundo año para el 70% de los cupos; iii) El tercer año para el 50% de los cupos; iv) El cuarto año para el 30% de los cupos. El quinto año ya no podrán realizar pruebas de admisión.

## **6. Un primer gran efecto de la ley: consolidar el cambio constitucional**

El Tribunal Constitucional (TC) se pronunció en dos ocasiones respecto de la ley de inclusión: una, por STC Rol 2787 (a requerimiento de parlamentarios de oposición, de fecha 1° de abril de 2015) y la otra, por STC Rol 2781 (control obligatorio, respecto de las normas de rango “orgánico constitucional”, de fecha 19 de mayo de 2015). A pesar de una serie de cuestionamientos –y algunos defectos de técnica legislativa– la ley de inclusión obtuvo, en definitiva, la aprobación del Tribunal Constitucional con voto dirimente de su Presidente (salvo en una cuestión que no formaba parte de las ideas matrices del proyecto).

Las principales objeciones que debía resolver el TC eran las siguientes:

Primero, los requirentes argumentaron que la prohibición de seleccionar alumnos vulnera la libertad de enseñanza, en especial las facultades de “organizar y mantener” el establecimiento, que forman parte del núcleo esencial de este derecho (según el texto del artículo 19 N° 11 de la Constitución), por cuanto el establecimiento ya no podrá optar por alumnos que adhieran a su ideario y proyecto educativo. Agregaron que se vulnera también el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos (que no queda resguardado por el mecanismo aleatorio y menos por la decisión ulterior ministerial) y la



igualdad ante la ley, en cuanto ésta permitiría establecer diferencias fundadas y proporcionales a los fines que persigue el establecimiento (lo que resulta prohibido por la ley).

Segundo, en cuanto a la obligación del sostenedor de constituir una persona jurídica sin fines de lucro, arguyeron los requirentes que afectaría también la facultad de organizar el establecimiento, ya que el propio TC, al aprobar la ley que estableció el “giro educacional único” (LEGE, artículo 46 letra a), tuvo en consideración –en su examen de proporcionalidad– que el sostenedor podía adoptar la forma de persona jurídica con o sin fines de lucro (STC Rol 1363 de 28 de julio de 2009). El proyecto, al no ofrecer alternativas y señalar taxativamente los actos y contratos que se pueden celebrar –con cargo a la subvención y otros recursos del establecimiento– lesiona la autonomía de los establecimientos, principio que ha sido reconocido en diversas sentencias anteriores del TC.

En tercer lugar, los requirentes estimaron que la prohibición (condicionada a la autorización ministerial) de abrir nuevos colegios subvencionados, vulnera una facultad mencionada expresamente en el texto constitucional, afectando además el derecho a la educación, la igualdad ante la ley y el principio de reserva legal (pues deja entregado el ejercicio del derecho a normas administrativas). En las condiciones que impone el proyecto, que no establece “requisitos mínimos” sino una limitación amplísima, quedaría sin contenido el derecho de “abrir” establecimientos educacionales que garantiza la Constitución.

Sobre la obligación de ser propietario o comodatario del inmueble en que opera el establecimiento educacional, por fin, se alegó que vulnera el derecho a organizar y mantener establecimientos (en cuanto prohíbe el arriendo) y la igualdad ante la ley (dado que se establece una diferencia arbitraria en los plazos para adecuarse a la nueva normativa, para los establecimientos nuevos y aquellos con una matrícula no superior a 400 estudiantes). La medida –que obligará a modificar contratos vigentes, incluso con terceros no relacionados; y al propietario a vender en cierto plazo y precio– no sería proporcional.

El TC estimó relevante la evidencia comparada y nacional citada en el Mensaje respecto de los efectos fácticos de segregación que generaría el copago y la selección. Citando el artículo 13.3 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, razonó que la libertad de elección de los padres -referida a la oferta no estatal- se enmarca en las normas mínimas que fije el Estado, las que pueden referirse, entre otras, a la admisión. Por ello, la regulación del proyecto no vulnera esa libertad de los padres sino que “la realiza”, al regular un procedimiento que toma en cuenta sus preferencias. Además, el fin de la

selección ya había sido establecido hasta 6° año básico por la LEGE (artículo 12), por lo que no se trata de un “derecho implícito” de los establecimientos. Tampoco se afecta la igualdad, puesto que –según el “estándar internacional”– la libertad de enseñanza no debe provocar “disparidades extremas” que coloquen en desventaja educativa a determinados grupos sociales, debiendo el Estado velar por ello. El legislador, concluye el TC, ha realizado una ponderación razonable en cuanto busca asegurar igualdad de oportunidades para todos(as), máxime que se trata de establecimientos subvencionados.

Un dato que ha pasado desapercibido es que la STC 2787 (considerando 53°) incluye la siguiente cita de Ricardo Morales: “casi nunca las grandes ideas nacen de la erudición, sino de la fricción, de la ruptura de lo que pensábamos, de la subversión”. El TC descartó que la STC 1363-2009 constituya un precedente dado que se trataría de problemáticas distintas; aquella, sobre los requisitos para ser sostenedor y la actual, sobre los requisitos para impetrar subvención en el contexto de un sistema gratuito y obligatorio. Por ello, no se afecta la esencia de la libertad de enseñanza, que dice relación con la transmisión de conocimientos, la elección de los métodos y objetivos y –en ese marco– con la facultad de abrir, organizar y mantener establecimientos distintos a los estatales. Evitar el lucro en la actividad educacional (subvencionada por el Estado) apunta a asegurar el derecho a una educación de calidad (principio reconocido por la STC Rol 1363, considerando 19°). El TC ratificó su doctrina más reciente (STC 2731-2014, considerando 17°), que califica el derecho a la educación como un derecho social y establece que la libertad de enseñanza debe ser interpretada de modo compatible con ese derecho; por ende, dicha libertad está sujeta a limitaciones (normas de organización y procedimiento).<sup>40</sup> Además, la prohibición de lucro ya existe para las universidades, y la gratuidad está en el núcleo esencial del derecho a la educación básica y media. En fin, va de suyo que al prohibirse el lucro y aumentarse la subvención se espera que los establecimientos puedan adquirir los inmuebles en que funcionan.

---

<sup>40</sup> La STC Rol 2731-14, de 26 de noviembre de 2014 (requerimiento respecto del proyecto de ley de administrador provisional y de cierre), estableció: “Primero, que el derecho de recibir educación exige que la libertad de enseñanza concrete el derecho de los establecimientos a otorgar una educación reconocida oficialmente y de calidad. Segundo, que las instituciones de educación superior tienen la autonomía universitaria que les reconocen la Constitución, las leyes y sus estatutos. Tercero, que el derecho de otorgar educación reconocida oficialmente y conducente a la obtención de un título universitario o técnico-superior importa la concurrencia de normas de organización y procedimientos que velen por los derechos de todos los integrantes de una comunidad educativa (considerando 15°). Asimismo, señaló que el reconocimiento oficial de la enseñanza exige de los administradores, controladores y propietarios de las instituciones de educación superior que satisfagan unos criterios finalistas en cuanto a la calidad de tal educación (considerando 21°).

Los nuevos requisitos, derivados de la naturaleza de la subvención, no afectan –según el TC– la libertad organizativa de los sostenedores. La posibilidad de regular y condicionar la entrega de subvenciones había sido validada antes por el TC (SSTC 410-2004; 771-2007; 1295-2008). El mismo argumento sirvió para invalidar el alegato respecto a la apertura de nuevos establecimientos, ya que la regulación se refiere a cumplir condiciones para impetrar la subvención y no para obtener el reconocimiento oficial. A mayor abundamiento, la ley de subvenciones es una ley de bases, que tiene “suficiente densidad y precisión”, y que puede ser complementada por el reglamento (STC 370-2003).

No resulta extraño que, aún con el voto dirimente del Presidente, los jueces constitucionales hayan aplicado en este caso el “principio de deferencia al legislador”; es pacífico en la literatura jurídica que, cuando el fin que se persigue es legítimo desde el punto de vista constitucional, corresponde a la autoridad democrática especificar los medios para alcanzarlo. Se consolidó así, con esta ley, un cambio constitucional que hasta ese momento estaba en ciernes. Había otros precedentes y la mayoría de la doctrina a favor de considerar la autonomía de las instituciones educativas como parte del “coto vedado” al legislador.<sup>41</sup> Podemos entonces afirmar que estamos en presencia de una de las leyes “estandarte” de la segunda administración de la Presidenta Bachelet, que recogió las demandas del movimiento estudiantil de los años 2011-2012, logrando –aprobación mediante del TC– transformar los valores constitucionales y expresar “los principios básicos de un nuevo régimen”<sup>42</sup> en el ámbito de la política educativa.

## 7. Principales desafíos en su implementación

La Ley de inclusión, como ha sido dicho, comenzó a regir en la mayoría de sus disposiciones a partir del 1 de marzo de 2016, de modo que, desde este año, los fondos públicos asignados vía subvención solo podrán destinarse a fines educativos y regirá plenamente el principio de no discriminación en las escuelas y liceos subvencionados. Además, gradualmente, los colegios que

41 Cfr. León, José, “El conflicto de las universidades desde una perspectiva jurídica: lo público y lo privado en el debate sobre la autonomía universitaria”, en Brunner, José y Peña, Carlos (ed.), *El conflicto de las Universidades: entre lo público y lo privado*, (Ediciones UDP) 2011, pp. 299-330. Allí reviso críticamente esa jurisprudencia y literatura, y sostengo que la autonomía es un “derecho estatutario”.

42 Cfr. Ackerman, *La Constitución*, ob. cit., p. 20.

reciben fondos públicos dejarán de seleccionar a sus alumnos y cobrar copago a las familias. Este año, más de 750 establecimientos (sobre un total de 6.017) pasaron a ser gratuitos.

La tarea de la política pública, lejos de concluir, recién comienza. De partida esta ley establece no menos de 10 reglamentos y varios decretos con fuerza de ley (DFL) para facilitar su implementación, los que deben ser elaborados por el Ministerio de Educación. A la fecha de entrega de este trabajo, solo 3 reglamentos y un DFL se encuentran publicados.<sup>43</sup> Están pendientes, entre otros, el reglamento que determina la admisión de alumnos; el que especifica los “fines educativos” y el que regula la adquisición, mantención y pérdida del reconocimiento oficial.<sup>44</sup>

Con el término del financiamiento compartido, especialmente en educación media, se mantendrá la brecha de gasto con respecto a otros países (en especial de la OCDE) y, en el contexto nacional, la brecha con la educación particular pagada. Eso implicará una mayor presión por recursos públicos y mecanismos de mejoramiento de la calidad. La gratuidad en la educación superior no tendrá el impacto en equidad que se espera si no se mejoran las posibilidades de ingreso de los estudiantes provenientes de establecimientos subvencionados a las instituciones de educación superior y carreras más selectivas.

Nuestro sistema educativo seguirá siendo mixto y con predominio de la oferta privada; por tanto, la sustitución del principio del “Estado subsidiario” por el nuevo paradigma del “derecho social” requerirá el fortalecimiento de las capacidades institucionales del Ministerio de Educación y las otras agencias a través de las cuales el Estado debe cumplir su rol como garante del derecho a la Educación.

Si bien la ley es más restrictiva respecto de los alcances de la autonomía de los establecimientos, es respetuosa de la libertad de enseñanza y de la diversidad cultural, religiosa y moral de las familias que son libres de elegir proyectos determinados; por tanto, la política pública debe buscar mecanismos para

---

43 Ellos son el DFL N° 3 de Educación, publicado en el diario oficial el 31 de diciembre de 2015, que establece la vigencia del proceso de admisión e indica la región (Magallanes) para el primer año de postulación, según las normas de gradualidad territorial a que se refiere el artículo 26° transitorio de la ley N° 20.845; el Decreto Supremo (DS) N° 364, publicado el 5 de diciembre de 2015, que aprueba reglamento de las corporaciones educacionales y entidades individuales de educación y su registro; el DS N° 526, de 2015, publicado el 12 de marzo de 2016, que aprueba reglamento que establece los mecanismos, procedimientos, límites, gastos, y costos imputables al fondo de garantía de infraestructura escolar y fija normas para su funcionamiento; y el DS N° 478, publicado el 29 de enero de 2016, que aprueba el reglamento que establece los procedimientos para poner término al financiamiento compartido, de conformidad a los artículos vigésimo 1° transitorio y siguientes de la ley N° 20.845.

44 Los borradores de reglamento están disponible en la página [www.comunidadescolar.cl](http://www.comunidadescolar.cl)

mantener la diversidad e identidad de los establecimientos y sus respectivos proyectos educativos.

Los fines educativos (el destino que pueden tener los gastos) están genéricamente establecidos por esta ley, pero dejando abierta la posibilidad de interpretar qué bienes y servicios están relacionados con el proyecto educativo y la mejora de la calidad del servicio educativo, lo que deberá ser especificado por el reglamento y con posterioridad por la superintendencia de educación.

La igualdad y la calidad educativa, ciertamente, no dependen solo de enunciados constitucionales o de textos legales articulados racionalmente. Será la política pública (las decisiones políticas y administrativas, el presupuesto, los mecanismos de fomento y fiscalización, el discurso oficial, los planes de desarrollo para el sistema educativo, las relaciones entre los distintos actores, etc.) la encargada de superar los límites del discurso constitucional y llevar a la práctica esos derechos. La “sensibilidad” democrática y el carácter participativo de dicha política serán claves para el logro de los objetivos trazados.

# PARA PROTEGER LOS DERECHOS, DEBILITARLOS. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL 2787, SOBRE REFORMA AL SISTEMA ESCOLAR SUBVENCIONADO

*Luis Alejandro Silva Irarrázaval<sup>1</sup>*

## **Resumen**

En este comentario se critican dos de los criterios hermenéuticos utilizados por la sentencia para resolver la tensión entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Estos dos criterios fueron, por una parte, la jerarquización de derechos y, por otra, la dicotomía derechos de libertad/derechos sociales. La crítica a los dos criterios converge en un mismo punto: revelan una concepción precaria de los derechos fundamentales. La conclusión de este comentario es también común a los dos criterios: tanto la jerarquización como la escisión entre derechos de libertad y derechos sociales son una expresión pobre y empobrecedora de la realidad. Hay una referencia especial a las consecuencias que este fallo puede tener para la libertad de asociación, prácticamente enfrentada a la alternativa de rendirse incondicionalmente a la regulación estatal o prescindir en absoluto del patrocinio del Estado.

**Palabras claves:** Derecho a la educación - libertad de enseñanza - derechos sociales

## **1. Introducción**

Cada tanto, el Tribunal Constitucional enfrenta esos casos que lo colocan en una posición políticamente comprometedora. Entonces, la calidad técnica de las sentencias es más necesaria que nunca, porque las inclinaciones políticas

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Doctor en Derecho.

de los jueces naturalmente pesan más en su juicio, y una adecuada justificación jurídica es la forma de aplacar la frustración ciudadana frente a decisiones políticas disfrazadas de sentencias. El caso que el Tribunal Constitucional decidió el 12 de marzo de 2015 era uno de esos. La sentencia Rol 2787 despejó la última dificultad para que el Gobierno pudiera al fin promulgar como ley de la República uno de los proyectos emblemáticos de la segunda presidencia de Michelle Bachelet.

Es difícil juzgar la sentencia del Tribunal Constitucional como un todo. Ante la extensión de su texto y la cantidad y el orden de los argumentos, optamos por centrar la crítica en dos puntos. Los dos tienen que ver con la concepción de los derechos fundamentales que subyace a la decisión. El primero revela que el Tribunal Constitucional se atuvo a un criterio jerárquico para resolver el conflicto entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. El segundo critica el manejo demasiado simplista que hizo el Tribunal de la clasificación derechos de libertad/derechos sociales.

Las tensiones entre derechos fundamentales no se resuelven en virtud de un orden jerárquico abstracto; pero esto es precisamente lo que hizo el Tribunal Constitucional. Todos los derechos fundamentales requieren el apoyo estatal para su disfrute más pleno; sin embargo, la sentencia Rol 2787 lo niega. Estas dos circunstancias bastan para lamentar el fallo del Tribunal.

Nuestra crítica deja muchos argumentos de la sentencia intactos. Pero los dos que se desarrollan en este comentario bastan para calificarla como un trabajo pobre y empobrecedor desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales. Uno se queda con la sensación de que los jueces sustituyeron el rigor del argumento por la fuerza persuasiva de los tópicos de la discusión política. Si a primera vista la sentencia parece ofrecer una respuesta sólida a las objeciones de constitucionalidad relativas a la libertad de enseñanza, en el fondo debilita el estatuto de los derechos fundamentales.

Por último, debe decirse que este es un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional en su mérito. Al criticar la concepción adoptada por la sentencia, no estamos resolviendo el problema de la educación como política pública. Si acaso la prohibición del lucro o de la selección para los establecimientos que se benefician de los fondos públicos es o no la mejor solución o, al menos, una solución adecuada al problema de la educación escolar en Chile, lo ignoramos. Nuestra crítica se dirige al criterio adoptado por los sentenciadores para justificar la constitucionalidad de determinadas medidas legislativas. El esfuerzo por criticar la resolución jurisdiccional y no

el proyecto de ley que elimina el lucro, el copago y la selección en el sistema escolar subvencionado, ha sido consciente. Confiamos en que también haya sido exitoso.

## 2. Contexto de la sentencia

La sentencia Rol 2787 fue el corolario de un debate legislativo intenso en una de las materias más combustibles de la política nacional: la educación escolar. Este ha sido un tópico en la discusión de las políticas públicas desde hace mucho tiempo. Simplificando un poco las cosas, podría decirse que en el pasado el énfasis de la discusión estuvo en la cobertura y que hoy está en la calidad. El actual Gobierno apunta al régimen de educación particular subvencionada como una de las causas de la mala calidad del sistema escolar chileno. En consecuencia, ha cifrado en su reforma una de las claves para mejorar la calidad de la educación.

Los colegios particulares subvencionados son uno de los frutos más representativos de la filosofía que inspira a la Constitución de 1980. El principio de subsidiariedad modelado en armonía con los principios de libre mercado se traduce para el Estado, en el ámbito de la educación, en poner los incentivos económicos para que los particulares abran colegios. Más allá del impacto que esta forma de colaboración entre privados y el Estado tenga en la calidad de la educación de los niños, para muchos su reforma se justifica por el solo hecho de que introdujo la lógica del mercado en un área de especial interés público.<sup>2</sup>

Las disposiciones cuya constitucionalidad fue objetada ante el Tribunal Constitucional resumían los cambios más emblemáticos de la reforma perseguida por el Gobierno: la prohibición de la selección y la prohibición del lucro. El caso presentado ante el Tribunal traía una carga política importante y su decisión lo obligaba a sumarse al proceso, para confirmar su resultado o para modificarlo más o menos dramáticamente.<sup>3</sup>

---

2 Atria, Fernando; Larraín, Guillermo; Benavente, José Miguel; Couso, Javier y Joignant, Alfredo, *El otro modelo*, (Debate) 2013, pp. 199-239

3 El 22 de mayo de 2014 el Ejecutivo ingresó el proyecto a la Cámara de Diputados. El 28 de enero de 2015 finalizó la tramitación legislativa del proyecto de ley. El 30 de enero un grupo de 10 senadores interpuso un requerimiento ante el Tribunal Constitucional. El 12 de marzo el Tribunal dictó la sentencia y el 29 de mayo fue promulgada como ley de la República.



### 3. Estructura de la sentencia

La sentencia se divide en siete partes.<sup>4</sup> La primera corresponde a los vistos, en la que se consignan los antecedentes de hecho, las alegaciones de las partes y se circunscribe el conflicto de constitucionalidad. La segunda parte contiene los considerandos del voto que rechazó el requerimiento y se divide a su vez en cinco secciones, en correspondencia a los cinco capítulos de inconstitucionalidad reclamados en el requerimiento que fueron estimados conforme a la Constitución.<sup>5</sup> La tercera parte consigna las consideraciones del voto por acoger el requerimiento y se divide en las mismas cinco secciones que la parte precedente. La cuarta parte de la sentencia es la resolutive, muy breve: solo dos párrafos. La quinta parte consigna la prevención de los ministros Peña, Aróstica, Romero, Brahm y Letelier, en relación a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 N° 7 letra c) del proyecto de ley (que excluía la libertad de enseñanza de los derechos cuyo ejercicio podía justificar una discriminación legítima). La sexta parte corresponde al voto concurrente de los ministros García y Hernández, en el que añaden razones para juzgar inconstitucional la disposición del artículo 1 N° 7 letra c) del proyecto de ley. La séptima y última parte es el voto disidente de los ministros Carmona, Fernández y Pozo, en que brevemente exponen los motivos para considerar constitucional el artículo 1 N° 7 letra c) del proyecto de ley.

El requerimiento de inconstitucionalidad atacó seis puntos del proyecto de ley. Estos fueron:

- 1) la regulación del sistema de postulación e ingreso de los estudiantes, que prohíbe la selección (artículos 2 N° 5 letra f) y N° 6 y 26° transitorio);
- 2) la obligación para los sostenedores de constituirse como persona jurídica sin fin de lucro para optar a la subvención estatal (artículo 1 N° 9 letra b), artículo 2 N° 1 letra a) y N° 5 letra a) y artículo 2° transitorio);
- 3) la especificación de los usos que el sostenedor puede hacer de los dineros que reciba del Estado (artículo 2 N° 3);
- 4) el condicionamiento para la apertura de nuevos establecimientos a la existencia de una demanda insatisfecha (artículo 2 N° 7 letra a);
- 5) la exigencia de ser dueño o comodatario del inmueble para recibir la

4 Hemos prescindido de la división que se da la propia sentencia (considerandos 7° y 8°), porque nos parece insatisfactoriamente exhaustiva.

5 Los capítulos de inconstitucionalidad fueron seis, pero el voto por rechazar se refiere al sexto en un párrafo al final de la quinta sección.

subvención (artículo 2 N° 5 letra e) y artículos 3°, 4° y 5° transitorios);

6) la exclusión del artículo 19 N° 11 de los derechos que podrían justificar legítimamente un acto discriminatorio, en conformidad al artículo 1 de la ley antidiscriminación (artículo 1 N° 7 letra c).

Los cinco primeros fueron rechazados. Respecto de estos cinco puntos hubo empate de votos y dirimió el Presidente. El sexto punto fue acogido por siete votos contra tres.

#### **4. Dos concepciones dominantes de los derechos fundamentales**

El discurso de la sentencia permite reconocer la presencia de dos concepciones de los derechos fundamentales que dominan la argumentación. Una de ellas consiste en afirmar la primacía del derecho a la educación por sobre la libertad de enseñanza y la hemos llamado la concepción jerárquica. La otra consiste en distinguir el estatuto de los derechos de libertad y de los derechos sociales de un modo tan drástico que la hemos calificado de concepción binaria.

##### **4.1 La concepción jerárquica**

La cuestión de si entre los derechos fundamentales hay un orden jerárquico y cuál sea ese orden, tiene sentido en el contexto de los conflictos de derechos. La jerarquía sería un criterio para resolver los conflictos en favor del derecho jerárquicamente superior o preferente. Y el orden de los numerales del artículo 19 de nuestra Constitución reflejaría ese orden jerárquico.<sup>6</sup>

El caso resuelto en esta sentencia se plantea como un conflicto entre el derecho a la educación, por una parte, y la libertad de enseñanza, por otra. El fallo opta resueltamente por afirmar la superioridad del primero por sobre el segundo y justifica así que la libertad de enseñanza pueda verse restringida como consecuencia de la satisfacción del derecho a la educación.

La concepción jerárquica que informa el argumento de la sentencia aflora claramente en tres considerandos que repiten la misma idea, a saber, “que la libertad de enseñanza no es un fin en sí misma y que está concebida para dar cauce al derecho a la educación” (considerandos 42°, 52° y 61°).<sup>7</sup> Es decir,

6 Cea, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II (Ediciones UC), 2012, p. 70.

7 Esta afirmación descansa en el considerando 162° de la sentencia Rol 2731, de 26 de noviembre de 2014, que resolvió sobre la constitucionalidad de la ley “que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educación superior y establece regulaciones en materia de

que la libertad de enseñanza está subordinada al derecho a la educación por una relación vicaria; o, lo que es igual, que la garantía del artículo 19 N° 11 es accesoria a la garantía del N° 10.

Apoyándose en esta jerarquía entre las garantías constitucionales, el Tribunal Constitucional construyó un argumento cuya conclusión es que la especial protección con que el Estado debe proteger el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos comprende la legitimidad para prohibir la selección. Las premisas del argumento son las siguientes. En primer lugar, la sentencia interpreta el adjetivo *preferente* del derecho de los padres a educar a sus hijos en el sentido de que la libertad que ellos tienen para elegir el establecimiento educacional *prefiere* a la libertad de los establecimientos para elegir a sus alumnos (considerando 10°). Esta libertad de los padres anula, virtualmente, la de los colegios a seleccionar sus alumnos, pues en caso de conflicto prevalece la de los padres. Como dice la sentencia, “no existe un derecho implícito de los establecimientos educacionales para sustituir esa libertad [de los padres]” (considerando 10°).<sup>8</sup> De este modo, el Tribunal traslada el contenido del artículo 19 N° 11 inciso 4° (“Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”) al N° 10 inciso 3° del mismo artículo (“Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos”).<sup>9</sup> Y entonces el análisis ahora no es si acaso la ley afecta la libertad de enseñanza de los sostenedores, sino si garantiza el derecho de los padres a la educación de sus hijos (considerando 13°).

La primacía del derecho a la educación por sobre la libertad de enseñanza es la base sobre la cual se asienta la legitimidad constitucional del Estado para prohibir la selección a los colegios que reciben subvención. Puesto que “corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho” (artículo 19 N° 10 inciso 3°), es el Estado quien debe velar porque la libertad de elección de los padres sea efectivamente observada por los establecimientos educacionales. Una forma de garantizar esta libertad de los padres es prohibir

---

administración provisional de sostenedores educacionales”. Nota: las referencias a los considerandos corresponde a los números con que se identifican los párrafos en el voto por rechazar.

- 8 No deja de ser chocante que la misma sentencia reconozca que el derecho de los padres sí puede ser reemplazado por el Estado. Esto dice cuando, frente a la ausencia de una opción que satisfaga las preferencias de los padres, el *derecho a* educar cede frente al *deber de* educar (“[los padres] carecen de la libertad de no educar a sus hijos”, considerando 10°) que el Estado se encarga de hacerlo efectivo indicando el establecimiento al que el niño debe ir (considerando 27°).
- 9 Esta transferencia se apoya en el considerando 15° de la sentencia Rol 740, de 5 de marzo de 2007, conocida como Píldora I, que se refiere a la responsabilidad que cabe a los padres en la enseñanza formal e informal de sus hijos en cuanto son sus primeros educadores.

a los colegios la selección. Luego, el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos es el título que legitima al Estado para imponer tan severa limitación al ejercicio de la libertad de asociación.<sup>10</sup>

#### 4.2 La concepción binaria

La clasificación de los derechos fundamentales entre derechos de libertad y derechos sociales es un lugar común en el Derecho Constitucional. Aunque la realidad es mucho más compleja, la teoría asocia típicamente el disfrute de los derechos de libertad a una abstención por parte del Estado y el de los derechos sociales a una actividad estatal. Así, por ejemplo, el ejercicio de la libertad de expresión consiste en que no haya censura mientras que el derecho a la salud requiere del Estado toda una maquinaria para garantizar su goce.

La sentencia que estamos comentando se apoyó en la distinción entre derechos sociales y derechos de libertad para declarar constitucional la prohibición del lucro y de la selección. Aunque el texto omite cualquier referencia explícita a la clásica distinción, las conclusiones de sus argumentos demuestran que ella está informando el discurso. El penúltimo párrafo del considerando 52° es el mejor ejemplo:

el privado que desea abrir un establecimiento, debe poder mantenerlo con cargo a sus ingresos. Mantener es costear las necesidades, sostener o proveer lo necesario para ello. Si el particular desea, en cambio, ingresar al sistema gratuito de educación, debe someterse al régimen que diseñe el legislador para tal efecto. No se puede invocar la libertad de enseñanza para abrir y organizar, y no para mantener el establecimiento. Si el establecimiento quiere ingresar al sistema gratuito, se desplaza hacia el artículo 19, N° 10°, esto es, el derecho a la educación. El régimen subvencional puede ser reconducido al artículo 19, N° 10°. En el marco del artículo 19, N° 11°, la mantención corre por cuenta del establecimiento, no del Estado.

---

10 El mismo argumento utiliza la sentencia para justificar, en términos generales, el condicionamiento de la subvención estatal a una determinada regulación estatal. Dice que los sostenedores deben entender que la enseñanza no es un fin en sí misma, sino que está “destinada a dar cauce al derecho a la educación” (considerando 61°). En consecuencia, si quieren beneficiarse del apoyo económico del Estado han de aceptar las condiciones para recibirlo, porque el derecho a la educación es superior a la libertad de enseñanza.

El texto transcrito establece una clara diferencia entre el estatuto del derecho a la educación y el de la libertad de enseñanza. Esencialmente, afirma que el ámbito propio para ejercer la libertad de enseñanza se caracteriza por la ausencia de la ayuda económica estatal. En cambio, el derecho a la educación se satisface con un régimen subvencional. El argumento presume que el disfrute de la libertad (de enseñanza, en este caso) se corresponde con una abstención estatal; es suficiente que el Estado no interfiera con la libertad de los privados para abrir, organizar y mantener establecimientos de enseñanza. Por su parte, el derecho (social) a la educación requiere de la intervención del Estado para su satisfacción, y esta circunstancia (el apoyo económico estatal) justifica el condicionamiento de la conducta de los beneficiarios.

## 5. Crítica a las concepciones dominantes en la sentencia

En esta sección desarrollaremos la crítica a las dos concepciones sobre los derechos fundamentales que permean el discurso de la sentencia. En pocas palabras, diremos que el criterio de la jerarquía es errado porque las tensiones entre derechos fundamentales no pueden resolverse adecuadamente en base a un orden de preferencia abstracto. Respecto de la dicotomía derechos de libertad/derechos sociales, diremos que yerra porque el carácter social y de libertad no configura derechos distintos, sino que revela dimensiones complementarias de unos mismos derechos.

### 5.1. Los derechos no son jerárquicos

La idea de que los derechos fundamentales garantizados por el artículo 19 de la Constitución están ordenados de acuerdo a la importancia relativa que tienen no es novedosa en la escena local. La Corte Suprema lo hizo tristemente conocido en la sentencia “Impunidad Diplomática”, resolviendo el conflicto entre privacidad y libertad de información en favor de la garantía del N° 4 del artículo 19 (privacidad), porque está ubicada por sobre la del N° 12 del mismo artículo (libertad de información).<sup>11</sup> La sentencia del Tribunal Constitucional que estamos criticando adscribe al mismo criterio. Al afirmar que la libertad

<sup>11</sup> “Que en la especie, el libro Impunidad Diplomática se refiere en su mayor parte a hechos que caen en el ámbito de la vida privada e íntima de las personas, y por ende, no es lícito a su autor divulgarlos a terceros, por encontrarse el ejercicio de su libertad de expresión restringido por un derecho de mayor jerarquía, como es el consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental”. Corte Suprema, Rol 983-1993, sentencia de 31 de mayo de 1993, considerando 8°.

de enseñanza está subordinada al derecho a la educación, está reconociendo una jerarquía entre ambas garantías. Y una jerarquía en abstracto.<sup>12</sup>

La jerarquía entre derechos fundamentales es un criterio decididamente criticado por la doctrina. Y no solo en la versión utilizada por la Corte Suprema en “Impunidad Diplomática”, i.e., la jerarquía corresponde al numeral que tiene en el artículo 19, sino en su formulación más amplia, que consiste en afirmar en abstracto la prevalencia de unos derechos por sobre otros.<sup>13</sup>

El hecho de que el criterio predominante hoy para solucionar los conflictos de derechos fundamentales sea el de la ponderación que, en su esencia, es un juicio de proporcionalidad, puede esgrimirse como una prueba que pone en evidencia la pobre concepción de los derechos fundamentales que se revela en el criterio de la jerarquía. El método de la ponderación, con independencia de las críticas que nos merece, pone de manifiesto que las circunstancias concretas del caso son un elemento imprescindible a la hora de apreciar la incardinación de un determinado acto u omisión en el rango de legitimidad de un derecho fundamental.

La sentencia confunde el carácter relativo que hay entre la enseñanza y la educación, con una relación de subordinación jerárquica. Y esta confusión se alimenta de entender la educación exclusivamente como un resultado, olvidando que también es un proceso.<sup>14</sup> La enseñanza se subordina a la educación en cuanto efecto o resultado, pero se identifica con la educación en cuanto acción o proceso. Esto significa que la protección del derecho a la educación no puede desentenderse del agente educador, sean los padres, la televisión o los colegios.<sup>15</sup> Luego, la enseñanza no es un medio respecto de la educación sino su anverso; es la educación desde la perspectiva del proceso en que se adquiere. La educación y la enseñanza no están entre sí jerarquizados sino coordinados, porque el acto de educar se corresponde con el de enseñar. Lo que cambia es el punto de vista.

---

12 La circunstancia de que el derecho a la educación esté en el artículo 19 N° 10 y la libertad de enseñanza en el N° 11 le sugiere a uno incluso que el Tribunal Constitucional estaría adhiriendo a la tesis de que la jerarquía de los derechos se corresponde con el numeral que tienen en el artículo 19.

13 Orrego, Cristóbal, “Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, N° 2, 2010, pp. 311-342.

14 La primera acepción de la voz educación en el diccionario de la RAE reconoce estas dos dimensiones, al definirla como la “acción y efecto de educar”.

15 Un respaldo de lo anterior se halla en el mismo considerando 15° de la sentencia Rol N°740, citada en la misma sentencia Rol 2787, considerando 6°, donde dice: “En cuanto derecho de los padres, [el de educación] es una facultad de obrar frente a órganos del Estado, instituciones, grupos y personas que pretendieran dirigir, orientar o llevar a cabo la educación de sus hijos, que se traduce en (...) *las acciones educativas que realice el núcleo familiar en la enseñanza informal de niños y adolescentes*”. Énfasis nuestro. Ver nota 9.

El razonamiento de la sentencia parece no haber tenido en cuenta que la libertad de enseñanza es una proyección del derecho de los padres a la educación de sus hijos.<sup>16</sup> La garantía del artículo 19 N° 10 no puede escindirse de la del N° 11 sin restringir ni amenazar el ejercicio del derecho preferente de los padres. Por lo tanto, no podría invocarse la pretendida superioridad del derecho a la educación por sobre la libertad de enseñanza para excluir establecimientos que resistan una o más condiciones de la subvención: hacerlo supondría una interpretación contradictoria del derecho preferente de los padres.

Existe un precedente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que denota la complementariedad entre educación y enseñanza. Se trata de la sentencia Rol 410, que en su considerando 19° enmarca la obligación estatal de la subvención escolar en la importancia que la educación y la enseñanza tienen “en el desarrollo libre de la personalidad y de la sociedad en general”.<sup>17</sup> La sentencia se esfuerza por equilibrar la autonomía de los establecimientos de enseñanza con las obligaciones que el Estado puede exigir legítimamente como contrapartida a la subvención. Aunque el resultado sea poco convincente desde el punto de vista argumentativo, la sentencia Rol 2787 debió haberse hecho cargo del precedente fijado en el considerando recién citado, ya sea para modificarlo o para superarlo.

## 5.2. Todos los derechos son sociales

En un libro relativamente conocido, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*,<sup>18</sup> Stephen Holmes y Cass Sunstein defienden la tesis de que la garantía de todos los derechos depende de los impuestos. Frente a quienes afirman la existencia de unos derechos de libertad, que se satisfacen por la abstención del Estado, y de unos derechos sociales, que se satisfacen mediante la actuación estatal (principalmente la ayuda económica), estos autores postulan que la

<sup>16</sup> Letelier, Gonzalo, “Dos conceptos de subsidiariedad: el caso de la educación”, en, Ortúzar, Pablo (editor) y Ortúzar, Santiago (coordinador), *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del Mercado*, (Instituto de Estudios de la Sociedad), 2015, pp. 129-130.

<sup>17</sup> El texto completo es elocuente: “otorgar la subvención no es una decisión de cumplimiento discrecional ni entregada a la magnanimidad del Estado. Por el contrario, tratase de una obligación ineludible, cuya justificación radica en la importancia excepcional que tienen la educación y la enseñanza en el desarrollo libre de la personalidad y de la sociedad en general. Colígese de lo expuesto que pagar la subvención no es únicamente satisfacer una obligación primordial, sino que, ante la imposibilidad del Estado de cumplirla por sí solo, requiere compartirla con los establecimientos de enseñanza privados que acceden al beneficio referido”.

<sup>18</sup> Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, (Norton & Company) 1999.

satisfacción de todos los derechos depende de las arcas fiscales. No solo la educación o la seguridad social requieren el desembolso de fondos públicos, sino también la propiedad y la libertad ambulatoria. La distinción entre derechos de libertad y derechos sociales es útil para efectos didácticos, cuando se quiere explicar la evolución del constitucionalismo, por ejemplo. Pero es inútil como categoría para distinguir dos clases diferentes de derechos.

Como se vio anteriormente, la sentencia presume una drástica separación entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, que reflejaría aquella distinción entre derechos de libertad y derechos sociales. Pero esta diferencia no tiene fundamento en la realidad: no hay libertad de enseñanza posible al margen del apoyo estatal, aunque ese sostén consistiera únicamente en el financiamiento de un sistema judicial al que acudir en caso de que esa libertad fuera desconocida.

El ejercicio de cualquier libertad requiere el auspicio del Estado. El ejercicio de la libertad ambulatoria está prácticamente condicionado a la existencia de una red vial pública; el ejercicio de la libertad de información depende en buena medida de la disposición de bienes públicos, como es el caso de las concesiones gratuitas en el espectro de televisión abierta; la libertad de asociación para fines comerciales sería hartamente más limitada si no contara con el respaldo de un sistema público de registro y subsidios. Y esto por mencionar solo algunos ejemplos.

La libertad de enseñanza, al contrario de lo que afirma la sentencia, sería inviable si se la confinara a un espacio libre absolutamente de la ayuda estatal. Ese lugar en el que, supuestamente, el ejercicio de la libertad prospera en una medida inversamente proporcional a la participación del Estado, es inexistente. Lo mismo debe decirse de la otra premisa del razonamiento del Tribunal, que consiste en excluir la libertad allí donde el Estado pone su plata. En esta lógica binaria, la sentencia desarrolla un argumento en el que el ejercicio de un derecho de libertad es virtualmente incompatible con la satisfacción de un derecho social.

Por otra parte, el modo como esta sentencia concibe la libertad parece ser inconsistente con la forma como concibió la libertad en la sentencia Rol 976.<sup>19</sup> En dicha ocasión, la requirente alegó la inconstitucionalidad del artículo 38ter de la Ley de Isapres, entre otras razones, porque el permitirle a las Isapres subir unilateralmente los precios de los planes de salud, constituía una amenaza para su libertad de elegir el sistema privado de salud. Dado

---

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional, Rol 976-2007, sentencia de 26 de junio de 2008, que resolvió el requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933.



que, eventualmente, ella podría no estar en condiciones de pagar el valor de su seguro de salud, se vería obligada a trasladarse al sistema público. Si la demanda de la señora Peña Wasaff se hubiera analizado según la concepción de la sentencia Rol 2787, la lógica habría exigido concluir que para disfrutar de su libertad de elección ella debe ser capaz de financiarla. Si no puede pagarla, entonces debe aceptar las condiciones del servicio público. Sin embargo, el Tribunal dijo en aquella ocasión algo muy distinto. En el considerando 65° reconoció que “la libertad de elegir el sistema de salud al que se desea estar afiliado queda restringida o impedida si, como en el caso de la señora Peña Wasaff, se está frente a una cotizante cuya situación previsional es desmedrada, producto de las inestabilidades que experimentó durante su vida laboral activa”. Pero en vez de concluir que esta merma a la libertad de la cotizante no era problema del Estado, pues el ejercicio de la libertad se satisface mediante una abstención del poder público, dijo que la norma legal que autoriza el alza unilateral del precio era inconstitucional porque restringía su libertad de elección. El resultado de esta conclusión es que el ejercicio de la libertad para elegir el sistema de salud debe ser subsidiado por las Isapres.

Un vástago que se desprende de la matriz hermenéutica del Tribunal Constitucional es una libertad de asociación reducida a su mínima expresión, si no virtualmente anulada. En efecto, al condicionar el ejercicio de la libertad de enseñanza a la renuncia de cualquier subsidio estatal, la sentencia confina los procesos de selección a un ámbito en el que, supuestamente, los proyectos educativos pueden realizarse con el grado de consistencia deseado por sus patrocinadores. En cambio, si el establecimiento educacional quiere beneficiarse de la ayuda gubernamental, debe resignar esa aspiración en aras del cumplimiento de las políticas educacionales impulsadas por el Gobierno. Este resultado, que a primera vista puede parecer razonable, es en realidad un germen que encierra un peligro fatal para la libertad de asociación.

La sentencia descansa en la fuerza persuasiva de la dicotomía libertades negativas/derechos sociales para sugerir que la libertad de asociación subsidiada por el Estado puede ser privada de la posibilidad de elegir a sus miembros cuando el bien público lo exija. Esto, aparte de radicalizar hasta la ficción la concepción de las libertades negativas (como si pudiera gozarse de ellas prescindiendo absolutamente del subsidio estatal), pone en jaque el ejercicio mismo de la libertad de asociación. Si se acepta esta premisa de la sentencia, i.e., los procesos de selección para integrar asociaciones subsidiadas con

fondos fiscales pueden ser prohibidos, entonces un conjunto extenso de fenómenos asociativos importantes queda potencialmente herido de muerte.

Son muchas y muy variadas las asociaciones que se benefician del apoyo económico del Estado, directa o indirectamente. Los colegios se benefician de la subvención, las confesiones e instituciones religiosas con exenciones tributarias, los clubes deportivos con donaciones libres de impuestos, las universidades con la exención del impuesto territorial, las pymes se benefician con ciertos subsidios. La enumeración podría alargarse.<sup>20</sup> Aunque la forma en que se materializa el apoyo económico estatal varía, el motivo que lo explica es siempre el mismo: el Estado valora las actividades de esas asociaciones como una contribución al bien común.

¿Podría el Estado, legítimamente, prohibir a cualquiera de estas clases de asociaciones la selección de sus miembros, condicionando a la prohibición su apoyo económico?<sup>21</sup> Alguien podría objetar en este punto que es preciso distinguir entre los apoyos directos (v.gr. subsidios y subvenciones) y los apoyos indirectos (v.gr. franquicias y exenciones). Es muy distinto, podría decir alguien, que el Estado desembolse su dinero en beneficio de una actividad a que se prive de recibir dinero para beneficiar una actividad. Sin embargo, esta objeción debe ser rechazada porque la diferencia es irrelevante en la Constitución. El mismo artículo 19 N° 22, que la sentencia cita en apoyo de su tesis (considerando 92°), se refiere a “los beneficios directos o indirectos en favor de algún sector o actividad”. Y como para remachar el significado económico de los beneficios indirectos, agrega: “En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos”.

La sentencia justifica la constitucionalidad de condicionar los beneficios directos al cumplimiento de ciertos requisitos y la observancia de ciertas limitaciones. Y, por supuesto, la prohibición de la selección cabe dentro de ellos. Pero en ningún lugar señala que esto corre solo para los beneficios directos. Ante este silencio (¿inadvertido o intencional?), el texto del artículo

---

20 Recurrimos a la analogía con la misma flexibilidad con que lo hace la sentencia para justificar constitucionalmente la prohibición legal de celebrar un contrato de arrendamiento (considerando 81°).

21 Esta es la cuestión que subyace a la doctrina de las condiciones inconstitucionales. Si aceptamos la interpretación que hace Soto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, deberíamos concluir que la sentencia Rol 2787 ha estrechado el margen de las libertades respecto de las condiciones que el Estado puede exigir sin afectar los derechos fundamentales. Soto, 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, 1999, pp. 115-141, con especial referencia al caso de la subvención escolar en las pp. 130-133.

19 N° 22 de la Constitución nos obliga a inferir que la prohibición de selección también podría exigirse de las asociaciones que se benefician indirectamente del presupuesto estatal.

Después de esta sentencia, es perfectamente imaginable apoyarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para exigir a un Club de Golf que renuncie a la selección de sus miembros si quiere seguir gozando de la exención de contribuciones; a la Iglesia Católica que renuncie a la selección de quienes quieren ser sacerdotes; al Colo Colo que renuncie a la selección de quienes quieren formarse en las ligas menores; etc. Quizá estamos lejos de cualquiera de estas hipótesis o quizá nunca lleguen a cumplirse, pero no será porque el argumento del Tribunal Constitucional las haya dejado fuera.

En cualquier caso, la constitucionalidad de prohibir la selección en aquellas asociaciones que se benefician del apoyo económico estatal es un golpe de muerte a la libertad de asociación, porque la priva de uno de sus elementos esenciales.<sup>22</sup> En efecto, al carecer de la posibilidad de seleccionar a sus miembros, la asociación pierde uno de los instrumentos principales (otro es la posibilidad de expulsar miembros) para garantizar la identidad asociativa y, con ello, la consecución del fin social.<sup>23</sup> Ciertamente que este es un escenario hipotético, pero, de nuevo, la sentencia no ofrece matices que contengan la fuerza expansiva de la conclusión que estamos criticando.

## 6. Conclusión

La constitucionalidad de la reforma legal al régimen de educación subvencionada fue obtenida al precio de una argumentación que empobrece el estatuto de protección de las garantías del artículo 19 de la Constitución. A fuerza de oponer el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, validó una hermenéutica de los derechos fundamentales que los simplifica hasta el extremo de desarraigarlos de su denominador común, que es la persona humana; como si no fuera la persona el origen y destinatario de todos los atributos que pueden ser comprendidos como derechos.

22 En un caso como este, v.gr., prohibición de la selección, la diferencia entre privación y limitación es fácil de advertir.

23 Letelier condena con razón la visión economicista que subyace a una posición que concibe los establecimientos educacionales como prestadores de servicios educativos y, en consecuencia, les impone la obligación de no discriminar en la selección, como a cualquier servicio comercial. Una concepción como esta reduce la complejidad del fenómeno asociativo a una caricatura irreconocible. Letelier, ob. cit., p. 131.



**COMENTARIOS A LA  
SENTENCIA DEL TC SOBRE LA  
“GLOSA DE GRATUIDAD”**



# DESGLOSANDO LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL REFLEXIONES SOBRE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN ROL 2935-15, “GLOSA DE GRATUIDAD”

*Eduardo Aldunate Lizana<sup>1</sup>*

## Resumen

El 21 de diciembre de 2015 el Tribunal Constitucional se pronunció en la causa Rol 2935-2015, resolviendo el requerimiento presentado en contra de una glosa presupuestaria por la cual se introducía una forma de financiamiento destinada a hacer posible que una parte de los estudiantes que cursaran educación superior el año 2016, lo hiciera de manera gratuita. El tribunal desecha las objeciones relativas al uso de la glosa como herramienta para articular esta política en defecto de una ley distinta a la de presupuestos, pero acoge el reproche de inconstitucionalidad por infracción al principio de igualdad.

En la primera parte del presente trabajo se describe de manera general, y sin entrar en un análisis doctrinario, el marco de protección a la igualdad en la Constitución, destacando algunos fallos del Tribunal Constitucional que parecen relevantes para la concreción jurisprudencial de dicha protección (o desprotección, en su caso). En la segunda parte se exponen algunas reflexiones sobre la garantía constitucional otorgada a la igualdad jurídica, para avanzar luego al objeto principal de estas líneas, a saber, el estudio particular y crítico de la sentencia en cuanto acoge el requerimiento.

**Palabras claves:** igualdad en la Constitución - argumentación jurídica.

<sup>1</sup> Profesor de derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Agradezco la colaboración de la ayudante de derecho constitucional de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Elizabeth Torres Manríquez, por la revisión y compilación de algunas de las fuentes utilizadas en este artículo; a los doctorandos colegas Soledad Pardo Vergara y Octavio Ansaldi Baltazar por la lectura y crítica del mismo, y muy particularmente al director del Anuario, profesor Javier Couso, por la oportunidad que me ha ofrecido para participar nuevamente en una publicación que, en mi personal opinión y sin pretender hablar por otras personas, se ha consolidado como un referente de la comunidad científica del derecho público chileno, cuya aparición se espera con interés, y diría con expectación, cada año.

## 1. Introducción

Lo primero que hay que decir sobre la igualdad en la Constitución Política de la República (en adelante, CPR) es que es impreciso hablar de “la” igualdad. Más bien habría que referirse a “las igualdades” en la carta fundamental. Lo segundo suena a oxímoron, y es que las igualdades, en la Constitución, son todas diferentes.

En efecto, las referencias constitucionales a la igualdad son múltiples: la declaración inicial del artículo 1 inciso 1 (*Las personas naces libres e iguales en dignidad y derechos*); la igualdad de oportunidades general del artículo 1 inciso 5, y la especial de acceso a la Administración Pública o a la carrera funcionaria del artículo 38; el carácter igualitario del voto en el artículo 15; la igualdad entre independientes y miembros de partidos políticos en el artículo 18; en el capítulo III, las garantías clásicas de la igualdad en el artículo 19: ante la ley, N° 2; ante la justicia, N° 3; ante los cargos públicos, N° 17, y ante las cargas públicas, N° 20. Asimismo en el número 9 de dicho artículo se establece el carácter igualitario del acceso a las acciones de salud como objeto de un deber de protección estatal. A estas disposiciones constitucionales que hacen referencia expresa o se consideran dentro del canon tradicional de la igualdad es necesario agregar aquellas que prohíben la discriminación o restringen las diferencias jurídicamente aceptables, como la del propio artículo 19 N° 2; la del artículo 19 N°16 inciso 3, la prohibición de discriminación arbitraria del artículo 19 N° 22, y la de establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios por parte del Banco Central, en el artículo 109 inciso final. El contenido normativo que puede predicarse de cada una de estas fórmulas de texto admite distinciones.

## 2. Igualdad de los individuos de la especie humana

La declaración inaugural del artículo 1 inciso 1 de la Constitución, se inserta dentro de las declaraciones fundamentales que se remontan al artículo I de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y cuyo sentido prescriptivo se obtiene en contraste con la sociedad estamental con la cual rompe la Asamblea Nacional francesa en Agosto de 1789. En la actualidad esto resulta casi obvio, pero es importante mencionarlo a fin de actualizar el contraste a partir del cual se puede afirmar el sentido normativo de esta disposición: el artículo 1 de la Constitución declara la opción política que



excluye la posibilidad de configurar el ordenamiento jurídico sobre la base de estamentos o clases privilegiadas. La Constitución de 1980 opta por un lenguaje más próximo a la declaración de 1789 y a la Universal de Derechos Humanos, para reafirmar un principio jurídico-político que se encontraba presente desde un principio en nuestra tradición constitucional, incluido dentro de la igualdad ante la ley: el rechazo a la existencia de personas o grupos privilegiados -o diferencias de rango, como lo decía el artículo 6 de la Carta de 1822-. Habría que mencionar en refuerzo de esta idea, que una regla derivada de la forma republicana de gobierno (artículo 4 CPR) prescribe que los privilegios previstos por el ordenamiento jurídico solo podrán ser aquellos estrictamente necesarios para el ejercicio de una función pública,<sup>2</sup> como sucede con el fuero, la inviolabilidad y la dieta de los parlamentarios; no así con el estatuto de los ex presidentes de la república, esencialmente anti-republicano. Esta igualdad cumple con la estructura que se analiza más abajo con ocasión de la igualdad jurídica, con la particularidad de que en este caso el grupo relevante es el conjunto de todos los seres humanos, y el criterio definitorio para dicho grupo es simplemente la calidad de ser humano. La exclusión normativa de grupos privilegiados y de la esclavitud, en la segunda y tercera oraciones del artículo 19 N° 2, es expresiva de este mismo criterio y forma parte de la misma regla. Como su función regulatoria es igualar a todos los individuos de la especie humana frente al ordenamiento jurídico en su conjunto (los seres humanos considerados como parte de un mismo grupo, y no de grupos diferenciados, cual es el caso en una sociedad estamental), carece de utilidad para efectos de determinar la validez de un tratamiento jurídico diferenciado al interior del ordenamiento jurídico. Puesto que de lo que se trata con este principio es eliminar estatutos o condiciones adscritas a la persona por su sola pertenencia a un grupo hereditario, por ejemplo, llama la atención el que no se hayan reprochado, al menos como un factor que entra en tensión con esta igualdad, las políticas y regulaciones que en el último tiempo consagran a nivel normativo la existencia de grupos con derechos u ordenamientos jurídicos especiales, de carácter privilegiado, como es el caso de los pueblos indígenas u originarios.<sup>3</sup>

---

2 Cfr: Condorcet, “Ninguna función debe tener ningún privilegio o prerrogativa que no sea consecuencia necesaria del ejercicio de esa función”. Declaración de los derechos por el Marqués de Condorcet, en Fauré, Christine, *Las declaraciones de derechos del hombre de 1789*, (Fondo de Cultura Económica), 1995, p. 40.

3 Una cosa distinta es que se pueda debatir si el privilegio se justifica o no y si, incluso siendo justificado, tiene lugar frente a la prohibición de grupos privilegiados del artículo 19 N° 2. Mi observación apunta

### 3. La igualdad de oportunidades

La igualdad de oportunidades a que alude el artículo 1 inciso 5 es un principio político de raigambre liberal, que la Constitución alza como elemento de uno de los deberes del estado –el de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional–, que ha sido poco tratado. Tres ideas centrales deben ser consideradas al momento de dar tratamiento jurídico a este deber. La primera es que, en la medida en que la Constitución consagra la igualdad de oportunidades en el citado precepto, y en otro aparte la igualdad ante la ley, habría que distinguir el contenido de aquella, como mandato jurídico-político, del carácter jurídico de ésta<sup>4</sup>. La segunda es que al precisar que se trata de igualdad de oportunidades, y no de igualdad a secas, se aparta de la posibilidad de asignarle significado como objetivo de igualdad material o fáctica (igualdad de resultados) entre los individuos. Dicho de otro modo, y así consagrado, el estado no tiene el deber de procurar que los individuos alcancen una condición final comparable de igualdad en el plano material. La tercera idea es que, reconociendo la existencia de diferencias –en las capacidades individuales, en las condiciones sociales y económicas en las cuales el individuo nace y se desarrolla– en cumplimiento de este deber, el estado debe proveer a las personas de un horizonte fáctico y jurídico dentro del cual, en despliegue de su libertad individual, puedan llegar a resultados que precisamente no se encuentren determinados por sus circunstancias iniciales, sino por su esfuerzo personal. Esto implica el deber de desarrollar condiciones institucionales al amparo de las cuales las desventajas fácticas puedan ser compensadas<sup>5</sup> o, en otros términos, no sean impedimentos para el éxito del desarrollo personal de un

---

más bien a la ausencia, en el discurso, de mención o claridad relativas a este punto.

- 4 La praxis nacional y muchos pasajes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional indican que esta distinción no es corriente. Usualmente los argumentos sobre lesión al artículo 19 N° 2 van acompañados de una referencia a la infracción al deber del estado de asegurar el derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, sin mayor reflexión sobre una eventual diferencia de sentido normativo entre ambas igualdades.
- 5 “La igualdad de oportunidades se encuentra a mitad de camino entre la igualdad formal y la de resultados. Intenta generar condiciones sociales, jurídicas, políticas y económicas para aquellos/as que se encuentran en una situación de desventaja, de manera que gracias a dichas condiciones tengan las mismas oportunidades que los/as que no están en esa situación. Dadas las condiciones, los problemas derivados de la discriminación institucional desaparecen y en razón de ello las personas deben ser tratadas con igualdad, prescindiendo de cualquier característica adscrita. Esta aproximación a la igualdad es utilizada ampliamente en el diseño y formulación de políticas públicas sociales, pero presenta una serie de problemas que aún no han sido debatidos”; Fries, Lorena, Simposio Igualdad de Oportunidades, en Anuario de Derechos Humanos, (Universidad de Chile), 2008, pp. 71-95, p. 73.

individuo esforzado<sup>6</sup> –o que asume su responsabilidad individual<sup>7</sup>–, tanto en la dimensión espiritual como material, a la que alude el inciso precedente del mismo artículo 1.<sup>8</sup>

Hasta donde he podido leer, no hay un fallo del Tribunal Constitucional que desarrolle de manera extensa el contenido normativo que se le puede asignar al deber del estado de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Sin embargo, en el Rol 2891-2016, del 31 de marzo de 2016, la sentencia recaída en el control preventivo del proyecto de ley sobre fortalecimiento y transparencia de la democracia, contiene algunas consideraciones interesantes al momento de proponer una hipótesis sobre la forma en que el tribunal construye el contenido de este deber del estado y el correlativo derecho de las personas. El tribunal concibe al artículo 18 como regla especialísima respecto del mandato del artículo 1 inciso 5 y, citando doctrina, enuncia, para efectos de elucidar su contenido, la necesidad de la búsqueda “de las condiciones de justicia que identifiquen un punto de partida razonable para la competición política abierta”, lo que exigiría “acciones positivas a los poderes públicos”.<sup>9</sup> Lo más interesante, sin

6 “...el concepto de igualdad de oportunidades sugiere que las posiciones provenientes del azar natural (las características con que cada uno vino al mundo) o de la historia (por ejemplo, las ventajas familiares heredadas) no son justas y deben ser corregidas para que así cada uno sea tratado conforme a los actos de los que puede considerarse responsable”, Peña, Carlos, Simposio Igualdad de Oportunidades, en Anuario de Derechos Humanos, (Universidad de Chile), 2008, p. 76

7 Roemer, John E., “Igualdad de oportunidades”, en Isegoría, N° 18, 1998, p. 71-87. Disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/146/146>.

8 Díaz de Valdés enfrenta críticamente la igualdad de oportunidades, calificándolo como un término altamente confuso, en el cual solo distingue dos componentes, la idea de carreras o puestos abiertos a los talentos y la de remoción de algunos de los obstáculos relevantes que enfrentan los individuos que persiguen los mismos objetivos. (Díaz de Valdés, José Manuel; “La igualdad constitucional: múltiple y compleja”, en Revista Chilena de Derecho Público, Vol. 42, N° 1, 2015 pp. 153-187, p. 176. Sin embargo, incluso reducido a esos dos componentes, estimo que su rendimiento normativo puede ser muy relevante, al menos mucho más que lo que ha sido hasta ahora.

9 Sentencia en rol 2891, considerando 65°: “Que, en esa dimensión, el artículo 18 de la Constitución dispone las reglas del sistema electoral público y mandata al legislador orgánico el establecimiento de ese cuerpo normativo. Entre otras consideraciones, este artículo dispone una regla especial que dispone que el legislador “garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de los partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos” (artículo 18 de la Constitución). Esta norma es una especificación de un principio establecido en las Bases de la Institucionalidad que establece que “es deber del Estado (...) asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (artículo 1°, inciso 5°, de la Constitución);” Considerando 66° “Que con ello, se establece el principio de la *par conditio*, esto es, la búsqueda de las condiciones de justicia que identifiquen un punto de partida razonable para la competición política abierta, libre y persuasiva de la voluntad democrática de los ciudadanos. “La *par conditio* exige determinadas acciones positivas a los poderes públicos con el fin de garantizar que todos los grupos políticos dispongan efectivamente de las mismas condiciones de partida en la competición política” (Fernández, Yolanda, “Igualdad y partidos políticos. Análisis constitucional y comparado de la igualdad de oportunidades de los partidos políticos”, Congreso de los Diputados, 2007, p. 120). (...).”

embargo, se encuentra a continuación, ya que el tribunal se hace cargo de una serie de consideraciones fácticas cuya necesidad de superación, para garantizar la igualdad de oportunidades en materia electoral, justifica las respectivas restricciones o limitaciones impuestas a ciertas libertades o derechos. Obsérvese, por vía ejemplar, la siguiente parte del considerando 75°:

Que, en segundo lugar, se trata efectivamente de una restricción para el que tiene dinero, pues no podrá autofinanciar la campaña. Sin embargo, el proyecto debe insertarse en un doble propósito. Por una parte, evitar cualquier privilegio en la postulación a los cargos de elección popular para materializar la igualdad de oportunidades. El proyecto busca que los que tienen recursos propios no puedan hacer valer el poder que ello conlleva, debiendo comportarse como cualquier candidato. Se pretende, entonces, que la fortuna personal no sea gravitante en los procesos electorales.

El tribunal acepta que la ley establezca condiciones jurídicas que neutralizan las diferencias fácticas, reduciendo de este modo –al menos parcialmente, o en sus manifestaciones más extremas– las ventajas que algunos competidores podrían tener en la línea de partida.

#### **4. El imperativo de la igualdad entre independientes e integrantes de partidos políticos**

Este imperativo está previsto en el artículo 18 CPR y el Tribunal Constitucional lo adscribe, como se ha dicho, al ámbito conceptual de la igualdad de oportunidades. Esta opción ameritaría un estudio crítico de mayor profundidad pero, provisionalmente, podría adelantarse que es una opción plausible, y que se inserta así de mejor manera dentro del esquema constitucional de las igualdades, que bajo la alternativa de considerar al precepto del artículo 18 dentro del ámbito de las igualdades jurídicas. En efecto, considerado el mandato de dicho artículo como especie dentro del género igualdad de oportunidades, el legislador tiene una mayor libertad de configuración al momento de regular las condiciones fácticas, en las cuales los independientes pueden igualarse a los partidos políticos en la presentación de candidaturas y en la participación en los procesos electorales, que si se

le diese el tratamiento de una igualdad jurídica. Y esto porque, dentro del ámbito normativo de la igualdad jurídica, el respectivo precepto –“(Una) ley orgánica constitucional (...) garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos”– plantea un problema de difícil solución. En efecto, y como se verá abajo, uno de los enunciados generales del imperativo de la igualdad consiste en dar igual trato a los iguales y diferente trato a los desiguales; lo que se resuelve, en términos de su aplicación práctica, en la prohibición de discriminación arbitraria. La prohibición de discriminación arbitraria, como su nombre lo indica, apunta a elevar el estándar de los tratos desiguales (al plantear la exigencia o estándar de no-arbitrariedad), pero nada dice respecto de los casos de trato igualitario a los desiguales (a menos que se quiera abusar del lenguaje y equiparar la expresión “discriminación” a la de “trato igualitario” en un argumento que tendría que sostener que “discriminar” es lo mismo que “no discriminar”). Hasta aquí, no habría problema, ya que se trataría, en el caso de los tratamientos igualitarios, de un ámbito donde el legislador tiene libertad. La dificultad surge cuando el artículo 18 ordena una igualdad respecto de un criterio en que precisamente el tratamiento igualitario se hace imposible, o al menos muy complejo. La categoría conceptual contrapuesta a la de integrante de un partido político es la de no integrante de un partido, esto es, independiente. Si los elementos que se consideran jurídicamente relevantes para la organización de un sistema electoral reposan en parte importante en la calidad de los individuos en cuanto asociados de un partido político, el mandato del artículo 18, considerado como imperativo de igualdad jurídica, implicaría que, al menos en los dos ámbitos que menciona (presentación de candidaturas/participación en los procesos electorales) dicha calidad no podría ser considerada como elemento del supuesto de hecho para distinguir a uno de otro grupo, y asignarles consecuencias jurídicas diferenciadas. Y eso haría completamente inoperante la distinción, ya que, parafraseada (insisto; en términos de imperativo de igualdad jurídica) implicaría el siguiente mandato: el legislador, al momento de regular la presentación de candidaturas y participación en procesos electorales, no podrá establecer diferencias entre independientes e integrantes de partidos políticos.

El Tribunal resolvió esta dificultad en dos pasos. En el primero, la confiesa abierta y tempranamente, en su fallo Rol 53, considerando 15: “(...) estos conceptos que aparentemente son sencillos se tornan complejos y difíciles

cuando se asume la tarea de traducirlos en normas concretas, tanto porque su expresión a través de fórmulas simplemente aritméticas no logra el propósito de igualdad perseguido, como, **porque naturalmente es distinta la situación en que un ciudadano independiente y un miembro de un partido político enfrentan una elección.** El primero está libre de todo compromiso político y estatutario, pero, a su vez, no dispone del apoyo de una organización jurídica que lo respalde; el miembro de un partido político, en cambio, está subordinado a una estructura política y a normas que se ha obligado a respetar, pero, al propio tiempo, cuenta con la ventaja que entraña pertenecer a una colectividad política, una de cuyas finalidades es, precisamente, la participación organizada en los actos electorales y plebiscitarios” (el destacado es añadido). En el segundo paso, establece una conexión entre el mandato del artículo 18 y la idea de igualdad de oportunidades en el considerando 17: “Que de lo expuesto en los considerandos anteriores se infieren algunas reglas concretas que el legislador deberá tener presente en la regulación de los procesos electorales y plebiscitarios, para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1º, inciso final, 18 y 19, N° 2, de la Carta Fundamental. Ellas son: 1) que los independientes y los miembros de partidos políticos deberán tener en los procesos electorales igualdad de oportunidades para elegir y ser elegidos y para gozar de las facultades inherentes a esos derechos en sus aspectos básicos, sin que obste a ellos las diferencias que puedan producirse, en lo accidental, como consecuencia de la natural situación de unos y otros, según ha quedado demostrado. (...)”. La verdad es que de la lectura de este fallo no se aprecia cómo el tribunal vincula el artículo 18 a la idea de igualdad de oportunidades; pero debe reconocerse que ha perseverado en esta línea argumental al punto que, como se ha visto, uno de los mejores ejemplos para entender la comprensión del tribunal sobre la igualdad de oportunidades se encuentra en la sentencia del Rol 2891-2016.

## **5. La igualdad del sufragio**

La igualdad del sufragio del artículo 15 (“En las votaciones populares el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario”) ha tenido un pobre y triste desarrollo jurisprudencial bajo la vigencia de la Constitución de 1980. Se trata de una igualdad que obtiene su sentido específico del excedente de significado que se le puede atribuir una vez despojada la idea de igualdad

política del artículo 1 Inciso 1 de la CPR. Si no puede haber personas ni grupos privilegiados, de ese solo contenido normativo se desprende la idea de una persona, un voto. La idea de igualdad se traslapa históricamente con esa exigencia –cuando aún había quienes tenían más de un voto individual- como una forma de asegurar una cierta relación de igualdad en el peso de cada ciudadano como titular del poder político,<sup>10</sup> lo que lleva necesariamente a una exigencia al sistema electoral, en el sentido de evitar desigualdades en el valor político de la participación. Esta preocupación fue el objeto de una presentación con ocasión de la forma como la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios estructuró los distritos electorales en 1989.<sup>11</sup> En la sentencia Rol 67, de 12 de mayo de ese año, el Tribunal Constitucional desechó la objeción de desigualdad en el valor del voto, que podía alcanzar hasta un 558% a nivel de distritos electorales (elección de diputados) con una línea de argumentación interpretativa que justificaba las diferencias en el valor del voto en la disposición constitucional sobre integración del Senado que, en la versión entonces vigente de la Constitución, establecía que los senadores electos lo serían a razón de dos por región. Esta forma de argumentar pasaba por alto elementos sistemáticos y vaciaba completamente de contenido la función normativa que podría cumplir la exigencia de voto igualitario. Desde el punto de vista sistemático, la opción por dos senadores elegidos por cada región alteraba deliberadamente, a nivel constitucional, el valor del voto en las elecciones senatoriales, en favor del peso político de la representación de las demás regiones en detrimento de la Región Metropolitana. Por lo tanto constituía una excepción, que en esa calidad –y sobre la base de texto expreso– no podía justificar las diferencias en la igualdad del voto derivadas de la regulación legal orgánico-constitucional de los distritos electorales. Si con ello, además, se aceptaba que las diferencias del valor del voto individual en la elección de diputados pudiesen empinarse por sobre el 500%, como se hizo

10 “Cualquier ciudadano debe gozar igualmente del derecho de ciudadanía; en consecuencia cada quien debe ejercer una influencia igual en el proyecto para el establecimiento del poder público y la confección de las leyes...y cada quien debe contribuir igualmente a la elección de los representantes” Declaración de los derechos del Marqués de Condorcet, en Fauré, Christine, *Las declaraciones de derechos del hombre de 1789*, (Fondo de Cultura Económica), 1995, p.40.

11 En un téngase presente firmado por los profesores Carlos Andrade Geywitz, Francisco Cumplido Cereceda, Humberto Nogueira Alcalá, Jorge Precht Pizarro, Germán Urzúa Valenzuela y Mario Verdugo Marinkovic, rolante a fojas 53 del expediente, se planteaba que es 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 quiénes son las autoridades elegidas” (fojas 58 vuelta del expediente del Rol 67).

presente, y esa diferencia no daba pie al tribunal para hacer ningún reproche a la opción legislativa desde el punto de vista de la igualdad del sufragio, esto implicaba que para el tribunal, y en términos prácticos, dicha igualdad carecía de función normativa. Así lo expresa el Tribunal cuando, en el decisivo considerando 10, señala que “La Constitución dejó, así, amplia facultad al legislador para determinar los distritos electorales”, sin que entienda que el imperativo constitucional del sufragio igualitario representa un límite o modulación alguna a esa “amplia facultad”.<sup>12</sup>

Poco más de 25 años más tarde –por esas cosas de la vida, como dice la sabiduría popular– es la oposición de derecha la que impugna por la misma razón –entre otras– la distribución de escaños entre los distritos electorales, con ocasión de la reforma electoral que pone término al sistema binominal. En el Rol 2777-2015 los requirentes señalan en lo esencial que “sin perjuicio de que puedan existir diferencias que alteren la regla general de determinación del número de escaños de acuerdo al número de habitantes, éstas deben estar

---

12 Tribunal Constitucional, Rol 67-1989, sentencia de 12 de mayo de 1989, considerando 10°:

“Que la segunda cuestión de constitucionalidad planteada se refiere al Título final, agregado como artículos 178 y 179 a la Ley Orgánica Constitucional de Vocaciones Populares y Escrutinios, que tratan de la determinación de los distritos electorales y del sistema electoral.

A) En lo que respecta a la conformación de los distritos electorales el fundamento esencial de la objeción consiste en que no sólo no hay igualdad, sino tangibles diferencias en su conformación, lo que implicaría la infracción de aquellos preceptos de la Carta que tratan de la igualdad de oportunidades para participar en la vida nacional, la igualdad ante la ley, el sufragio igualitario, etc. Cita, como ejemplo, de tal desigualdad, algunos distritos electorales de escasa población que eligen dos diputados, en comparación con otros de mayor población que, también, eligen dos./ El reparo de constitucionalidad en referencia, carece de todo fundamento, ya que el constituyente entregó al legislador de la ley orgánica constitucional respectiva la determinación de los distritos electorales./ En efecto, el artículo 43 de la Carta Fundamental prescribe textualmente: “La Cámara de Diputados está integrada por ciento veinte miembros elegidos en votación directa por los distritos electorales que establezca la ley orgánica constitucional respectiva”/ La Constitución dejó, así, amplia facultad al legislador para determinar los distritos electorales. Ni siquiera consideró conveniente fijarle criterios o pautas de modo que el legislador ha tenido libertad para considerar factores de carácter geográfico, territorial, poblacional, socioeconómicos, estratégicos, etc./ El legislador del proyecto de que se trata se inspiró, sin duda, en los principios de regionalización y desconcentración del poder consagrados en la Carta Fundamental; y prueba de ello es que en el artículo 45, referente al Senado, estableció que éste se integrará con miembros elegidos en votación directa por cada una de las trece regiones del país, correspondiéndole a cada región elegir dos senadores en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva. Y nadie puede olvidar las múltiples diferencias que existen entre las regiones como, asimismo, las características que son propias de cada una de ellas. Baste señalar, a título de ejemplo, las regiones XI, de Aysén, General Carlos Ibáñez del Campo y la Metropolitana. Mientras la primera tiene una extensión de 110.000 kilómetros cuadrados y una población de poco más de un habitante por kilómetro cuadrado, la Región Metropolitana, con una extensión de quince mil kilómetros cuadrados tiene, aproximadamente, una población de cuatro millones y medio de habitantes y de trescientos habitantes por kilómetro cuadrado./ El proyecto, al determinar la conformación de los distritos electorales, se ciñó, pues, al mandato del artículo 43 de la Constitución y al criterio que explícitamente siguió el constituyente en relación con la integración del Senado, cuyos miembros, como se ha dicho, se eligen por cada una de las trece regiones correspondiéndole a cada región elegir dos senadores. Habiendo el legislador del proyecto sometido su acción a la Constitución, no cabe, pues, hablar de infracción alguna a la Carta Fundamental”.



razonablemente fundadas, por ejemplo, por causas geopolíticas o de integración nacional, lo que no concurre en la especie, en que no existe una relación debidamente proporcional entre el número de electores y, por tanto, de votos que se requiere para elegir un diputado, lo que determina en definitiva que el sufragio de algunas personas valga más que el de otras”.

En la defensa del proyecto se contemplan elementos importantes para la construcción de un estándar de control destinado a verificar la satisfacción del imperativo del sufragio igualitario.<sup>13</sup> De partida, la defensa adopta el contenido sustantivo de la idea de sufragio igualitario al señalar que éste apunta a “que se cumpla en el mayor grado posible con dar el mismo peso a cada voto, esto es, con el ideal de que cada distrito contemple el mismo número de habitantes, garantizándose así una efectiva representatividad”; y luego señala que son admisibles *ciertas asimetrías* en la medida en que obedezcan a “criterios razonables, justificados y proporcionados, los que podrían obedecer a razones de equidad y justicia por motivos geográficos, de descentralización y de regionalización”.<sup>14</sup> <sup>15</sup> De este modo, se abría la puerta al tribunal para que examinara las asimetrías reprochadas por los requirentes y construyera los criterios razonables sobre los cuales se podrían

13 “...el carácter igualitario del sufragio implica que, en un gobierno democrático, el voto debe ser universal, sin excluir a nadie, y que los distritos electorales se configuren de forma tal que se cumpla en el mayor grado posible con dar el mismo peso a cada voto, esto es, con el ideal de que cada distrito contemple el mismo número de habitantes, garantizándose así una efectiva representatividad. Sin embargo, el principio de igualdad del voto admite atenuaciones, pudiendo consignarse **ciertas asimetrías** entre el número de habitantes por escaño en algunos territorios electorales, en la medida que ello obedezca, como ocurre en la especie, a **criterios razonables, justificados y proporcionados**, lo cual, además, es perfectamente acorde con el principio democrático. En consecuencia, por razones de equidad y justicia, pueden generarse estas asimetrías, entre otros que indica, por motivos geográficos, de descentralización y de regionalización”. (El destacado es mío.)

14 Estos tres criterios, no obstante, no son sólidos. El criterio geográfico carece de sustento o apoyo normativo por sí mismo en nuestro ordenamiento jurídico, y requeriría un mayor desarrollo para poder alzarse como argumento (por ejemplo, condiciones geográficas de aislamiento o que por su naturaleza conducen a la formación de una comunidad de intereses entre los habitantes de una determinada localidad). La descentralización, en el texto vigente de la Constitución, aparece como un mandato a la administración (y no genérico para otros poderes y funciones del Estado) y, adicionalmente, sujeto a la medida que decida la propia ley y, por lo tanto, no le impone a ésta un imperativo, ni siquiera de propender a la misma, como era la versión original de la Carta. Por último, la regionalización existe sólo como un deber de promoción de su fortalecimiento para los órganos del Estado: para vincularla al estándar de control de la distribución poblacional de los distritos electorales habría que construir un vínculo que permita demostrar que las desigualdades en dicha distribución son idóneas para contribuir al fortalecimiento de la regionalización.

15 En una perspectiva crítica, la defensa confunde la igualdad de sufragio como regla de igualación del valor de la participación a través del voto, con la proporcionalidad o equidad del sistema electoral, como regla de la más adecuada expresión de los resultados electorales en términos de representación parlamentaria: “En consecuencia, el proyecto, al contrario de lo que postulan los requirentes, maximiza el principio de igualdad del voto, reduciendo la desigualdad del sistema binominal actual. En efecto, el nuevo artículo 179, al distribuir el número de diputados a elegir por cada distrito, considera criterios razonables y concordantes con la geografía del país”.

justificar alteraciones a la igualdad del sufragio (o, mejor dicho, criterios sobre los cuales las diferencias pudiesen no ser consideradas atentatorias a dicha exigencia constitucional). En su sentencia de fecha 30 de marzo del 2015, el tribunal desaprovecha esta opción y deja pasar la oportunidad para corregir su desacierto de 1989. Como punto de partida de su argumentación toma, precisamente, la sentencia dictada en el Rol 67, incluyendo los matices incorporados en la sentencia recaída en el control preventivo del proyecto de ley sobre elección democrática de los Consejos Regionales, Rol 2466. Señala el tribunal que debe examinar el estado actual de las reglas del sistema electoral a la luz de las leyes de reforma constitucional N°s 20.050, 20.337 y 20.725, que modificaron diversos aspectos atinentes a ese sistema. Después de citar doctrina y jurisprudencia comparada, cuyos contenidos podrían haber llevado a pensar que iba a acoger el requerimiento, concluye desechándolo, con un único argumento bastante curioso, al señalar, en el considerando 23° que “...sin entrar a ponderar criterios adicionales, si bien hay desproporciones, éstas “nacen” justificadas internamente por los propios requirentes”. El tribunal no aplica las reglas que él mismo parece enunciar al inicio de dicho considerando: “...asumiendo como hipótesis de trabajo de este argumento *obiter dicta* que las varianzas porcentuales que marcan un límite de la desproporción poco razonable son del orden de un 20 a un 30%, cabe mostrar las desproporciones acusadas, según tabla presentada por los requirentes (fs. 7), válida para los 28 distritos”.

La cuestión que cabe preguntarse es qué tipo de cálculos hace el tribunal para llegar a esta conclusión, o de qué manera entiende las relaciones numéricas que se expresan en los porcentajes que discute cuando evalúa las tablas aportadas por los requirentes (fojas 7, fojas 10). En ellas se expresa, por ejemplo, un valor de 1.580 veces la cantidad de habitantes por diputado, por sobre el distrito promedio, para el nuevo distrito 12, o de 0.313, para el nuevo distrito 27, esto es, una variación de + 58 % y - 68.7 % respectivamente, o bien, expresado en términos de comparación entre los propios distritos, levemente superior a 500% (porcentaje no tan lejano al 580% que la preocupación democrática de los profesores ya citados llevaba a reprochar al distritaje original diseñado por la Junta Legislativa el año 1989). Por otro lado, el requerimiento dejaba en evidencia disparidades importantes entre distritos geográficamente contiguos, por lo que el argumento geográfico o de descentralización no podía servir para justificarlas. Es notable además que el tribunal –en una posición argumental que no resulta fácil de definir, pero que en todo caso, no refuta– cite el caso *Karcher versus Dagget* de la Corte Suprema

de los EE.UU, en que se acoge una acción en contra de un redistritaje, siendo la cantidad de habitantes del distrito promedio de 526. 059, la del distrito más poblado de 527. 472 y la del menos poblado de 523. 798. (!)

La cuestión debatida en este caso, y la resolución del tribunal, ameritan comentarios en diversos sentidos, que exceden el propósito de este trabajo.<sup>16</sup> Para su objeto, baste concluir con que, desde el fallo en Rol 67, hasta el recaído en Rol 2777-2015, el contenido que el tribunal atribuye al precepto sobre igualdad del sufragio es de nulo valor normativo, o, expresado en términos más claros, no ha cumplido ninguna función al momento de disciplinar la configuración legislativa de las circunscripciones electorales.

## 6. La igualdad ante los cargos públicos

Junto con la igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas públicas, se trata aquí de una de las igualdades consideradas clásicas, al menos desde el punto de vista de su origen e inclusión en las primeras demandas y, luego, en los primeros textos constitucionales o declaraciones de derechos. Curiosamente, no aparece consagrada como una igualdad en el texto constitucional: “Art. 19. La constitución asegura a todas las personas: ...17°. La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes”. Desde la perspectiva de una primera lectura del texto constitucional, parecería que se trata de un derecho particularmente débil, en cuanto remite, para su contenido, a lo dispuesto en la propia Constitución o en las leyes, lo que implica tanto como decir que existe el derecho a ser admitido en las funciones y empleos públicos conforme al principio de legalidad, (o, en el mejor de los casos, agregando: sin tomar en cuenta otras consideraciones). En estos casos se puede recurrir a un método de interpretación que consiste en el

---

<sup>16</sup> Quizás el más importante dice relación con la función que cumple el alegato de diferencias geográficas o de factores objetivos en la distribución de distritos electorales. Ellos aluden en el derecho comparado a las desigualdades en el valor del sufragio que resultan de las divisiones preexistentes (como unidades de división administrativa), y no, como ha validado el tribunal, a la forma de hacer el agrupamiento de dichas unidades. Una cosa es que si existen siete comunas para configurar dos distritos electorales la opción por formar un distrito con tres comunas y otro con cuatro necesariamente va a llevar a una desigualdad que habría que asumir si lo que se quiere es mantener, como base objetiva para el distritaje, la unidad “comuna”; y la desigualdad estará dada por la diferencia de población resultante de ello. Pero algo completamente distinto es permitir que la acumulación o desconsolidación de comunas lleve a distritos electorales con diferencias de tres o cuatro veces en el índice de representatividad. Otra cuestión que habría que observar es si, en tiempos de masificación del fenómeno de la inmigración en Chile, el análisis de la igualdad electoral puede, sin más, partir del supuesto de una distribución homogénea de la relación entre habitantes y ciudadanos/votantes en las distintas comunas del país.

análisis del contexto histórico-político en que surgen determinadas fórmulas de texto constitucional. No bajo la manida fórmula de la interpretación originalista –esto es, bajo el objetivo de buscar una especie de intención de quien ha propuesto o adoptado la respectiva fórmula–, sino estableciendo las condiciones histórico-políticas en las cuales se puede fundar, intersubjetivamente, la afirmación de que el texto de la respectiva declaración o constitución vino a solucionar o a pacificar un conflicto político o una demanda específica. Cuando se examina la igualdad ante los cargos públicos bajo este método, se ven sus primeros orígenes en el desarrollo de la libertad religiosa, en la medida en que, dentro de las etapas de pacificación o solución de la lucha por dicha libertad, comienzan a aparecer reglas de igualdad de trato para el acceso a cargos públicos (por ejemplo, los edictos de Amboise en 1563, de Saint German en 1570 y de Nantes en 1598, respecto de católicos y hugonotes). En un segundo momento, ya pacificado o neutralizado el conflicto religioso, la demanda política es una de las manifestaciones específicas en contra del régimen estamental, que vinculaba ciertos cargos a la propiedad de ciertos títulos, o bien a condiciones de nacimiento noble. El impulso republicano busca favorecer la participación de la mayor cantidad posible de ciudadanos en la cosa pública, restringiendo, para ello, los requisitos que deben exigirse para el acceso a los empleos y funciones públicas a aquellos directa e imprescindiblemente vinculados al ejercicio de la función de que se trate. Esta demanda se encuentra específicamente documentada en el movimiento de la Revolución Francesa: “En cualquier empleo público sólo se exigirán las condiciones que parezcan necesarias para cumplirlo adecuadamente”.<sup>17</sup>

## 7. La igualdad ante las cargas públicas

La estructura de esta garantía es compleja, y puede desglosarse en tres reglas. La primera establece la igual repartición de los tributos, habilitando las modalidades en que dicha repartición podrá establecerse (proporción de las rentas, o la progresión o forma que fije la ley). La segunda dispone un mandato de igual repartición de las demás cargas públicas, sin fijar criterios para ello; y la tercera extiende el margen de configuración legislativa, al permitir el establecimiento de tributos que puedan calificarse de injustos,

---

<sup>17</sup> Declaración de los derechos del Marqués de Condorcet, en Fauré, Christine, *Las declaraciones de derechos del hombre de 1789*, (Fondo de Cultura Económica), 1995, p. 40.

o desproporcionados, con tal de que la injusticia o desproporción no pueda ser calificada de manifiesta.

En el origen de esta garantía existen dos vertientes principales. La primera nos remite –una vez más– a la idea de superar los privilegios estamentales asociados a exenciones tributarias y de cargas personales en favor de determinados grupos sociales, así como a las particulares formas de cobro de las cargas tributarias existentes en el período pre-revolucionario francés. Dichas formas, descritas por Alexis de Tocqueville en *El Antiguo Régimen y la Revolución*, llevaron a que, en sus primeros momentos, el reclamo por igualdad ante las cargas públicas fuera esencialmente una lucha por su aplicación racional y con carácter general. La segunda vertiente contiene la idea de justicia tributaria que se expresa originalmente de manera sencilla en el texto de la Declaración de 1789 (la repartición de la contribución común entre todos los ciudadanos en razón de sus medios), pero que luego se devela no como un criterio o estándar normativo, sino que más bien como el inicio de una pregunta o cuestión política: ¿cuál es la adecuada contribución debida, en razón a los medios que se tienen? Un resultado de esta pregunta en nuestra Carta, son las habilitaciones para optar entre distintas formas de consagrar normativamente la relación entre medios y contribución (proporcionalidad, progresividad y, por defecto, cualquier otra forma de establecer la relación entre la capacidad contributiva y la contribución específica), y el hecho –dado el amplio margen valorativo involucrado en la pregunta– de que se reconozca la inexistencia de estándares de control o de definición de lo que se pueda entender por “lo tributariamente justo”, de tal modo que la Constitución se limita a consagrar una especie de límite extremo, proscribiendo lo manifiestamente injusto o arbitrario, en una fórmula alternativa a la tradicional prohibición de impuestos confiscatorios o expropiatorios.<sup>18</sup> De este modo, la disposición del artículo 19 N° 20 inciso 2 opera como un modulador (morigerante) de lo que podría ser un análisis estricto, a la luz de la prohibición de discriminación arbitraria del artículo 19 N° 2, de una ley que establece diferencias entre categorías de contribuyentes o consecuencias jurídicas tributarias, en la medida en que no podrán reprochársele a la ley tales diferencias, cuando se las pueda calificar de arbitrarias, si no entran dentro del concepto de expropiatorias o confiscatorias.<sup>19</sup>

18 Cfr. antecedentes en Fernando, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo II, (Ediciones UC) 2006, pp. 161 ss.

19 Tribunal Constitucional, Rol 773.2007, sentencia 26 de noviembre de 2007, considerando 43°.

En lo que atañe a las cargas personales, el Tribunal Constitucional no ha tenido muchas oportunidades de pronunciarse. Puede destacarse, dentro de su doctrina sobre la materia, la regla relativa a la dimensión o consecuencia económica asociada a las cargas personales. Así, en el Rol 1140 (“Abogado de turno”), el tribunal valida la constitucionalidad de la carga impuesta al abogado de turno –aun cuando constata la inexistencia de cargas equivalentes en otras profesiones–<sup>20</sup>, pero cancela su dimensión patrimonial al declarar la inconstitucionalidad de la expresión de la ley en virtud de la cual las defensas que el respectivo abogado deba asumir en ese turno lo serán de manera gratuita.

Por último, cabe destacar que en la doctrina del Tribunal Constitucional los preceptos constitucionales sobre igualdad ante las cargas públicas no obstan a, ni excluyen, la aplicación de un escrutinio estricto a la ley, sobre la base de la prohibición de discriminación arbitraria, en lo que se refiere a la elección de las características o supuestos de hecho de las categorías de contribuyentes que justifican su adscripción a un determinado régimen tributario.<sup>21</sup>

## 8. La igualdad jurídica

Tras examinar las otras igualdades consagradas en nuestra Constitución, se analizará a continuación el contenido del derecho constitucional de igualdad ante la ley o mandato o principio de igualdad jurídica del artículo 19 N° 2, en

---

20 Y por lo tanto deja abierta la pregunta de cuál podría ser el estándar para evaluar el principio de igualdad ante las cargas públicas en cuanto tal, esto es, en la apreciación de específicas cargas establecidas a categorías de personas, las que subsisten como tales cargas –afectaciones de la libertad individual– aun cuando se neutralice o haga homogéneo su efecto económico.

21 Tribunal Constitucional, Roles 1399-09 INA y 1469-09- INA acumulados, considerandos 17° a 28, en especial 27°: “... Que si bien la Ley Fundamental permite que el legislador goce de amplia libertad para establecer y fijar los tributos, atendido el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual repartición de los tributos, reconocidos en los numerales 2° y 20° del artículo 19 de la Constitución, ello debe efectuarse de conformidad a las exigencias y garantías que las mismas disposiciones imponen a la potestad tributaria. De esta manera, el legislador tributario debe tomar en consideración la similitud o diferencia de la situación fáctica a la que se aplicará la disposición legal, en la especie, la naturaleza jurídica de los actos que se gravan, y disponer un determinado trato impositivo bajo parámetros de razonabilidad que suponen que éste se encuentre al alero de una fundamentación razonable y objetiva, y que su finalidad implique que la intervención de un derecho fundamental sea adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma”. Nótese cómo en la segunda parte de este considerando el tribunal vuelve a parámetros de simple razonabilidad –propios del contenido protegido por el artículo 19 N° 2– y no al estándar de la falta de razonabilidad o injusticia manifiesta que impone el 19 N° 20. El voto disidente en esta causa pudo haber intentado convencer que el estándar aplicable no era el que se deriva del primero, sino del segundo de estos preceptos: pero a pesar de que toda su línea argumental apuntaba en esta dirección, no concreta esta idea.

lo que corresponde al precepto “Art.19. La constitución asegura a todas las personas... 2.º La igualdad ante la ley. (...) Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias.”<sup>22 23</sup>

### 8.1. La estructura de la igualdad jurídica

La igualdad es uno de los dos resultados posibles de un juicio de comparación sobre un criterio dado. La posibilidad de comparación supone, o exige, dos entidades que no son idénticas. La identidad se produce, lógicamente, cuando no es posible proponer ningún criterio diferenciador entre dos entidades, al punto de poder afirmarse que son una sola. La igualdad, o falta de igualdad, se predica entonces de dos entidades no idénticas respecto del criterio de comparación, o *tertius comparationis*, de que se trate. Una bola de billar y un automóvil de tamaño promedio son iguales, si el criterio a que se atiende es el estado de la materia (ambos son sólidos). Pueden ser distintos, por ejemplo, si se atiende a su color, y el automóvil es verde y la bola de billar color naranja.

Lo anterior, que es válido para el juicio de igualdad desde un punto de vista lógico, debe desarrollarse en el ámbito jurídico como una relación entre los criterios utilizados por el derecho para diferenciar ciertos supuestos de hecho, y las consecuencias jurídicas atribuidas a esas diferencias. De este modo, el imperativo de igualdad en el plano del derecho adquiere una estructura compleja, en la cual se deben observar y evaluar: a) los criterios utilizados por el ordenamiento jurídico para diferenciar categorías de situaciones de hecho que dan lugar a grupos abstractos (todos los compradores, todos los vendedores) o concretos (el conjunto de individuos que cumplen hoy ciertos criterios para ser adscritos a la etnia Rapa Nui, o Likan Antai); b) las consecuencias jurídicas diferenciadas adscritas a las distintas categorías de situaciones de hecho, y c) la relación que puede establecerse entre las respectivas consecuencias

---

22 La prohibición contenida en el artículo 19 N° 22 debe entenderse sistemáticamente dentro de este imperativo jurídico. Si bien no será tratada aquí, su función normativa debe entenderse como una cobertura adicional al actuar del estado, en el ámbito económico. Puesto que la actuación del Estado como autoridad, o como potestad regulatoria, queda cubierta por el artículo 19 N° 2, el artículo 19 N° 22 debería entenderse referido específicamente a las actuaciones en el ámbito económico (decisiones de oferta, demanda, trato a clientes, trato a proveedores, etc.), lo que es el efecto indiciario más próximo de la expresión “trato en materia económica” que constituye el agregado del N° 22 a la prohibición de discriminación arbitraria del N° 2 del artículo 19. Cfr. en un sentido similar Fermeadois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo II, (Ediciones UC), 2ª edición, 2006, pp. 264 y ss.

23 Tampoco será objeto de este trabajo el contenido de la igualdad ante la ley en cuanto imperativo de igual aplicación de la ley; no porque sea obvio, sino, nuevamente, por su extensión. En contra de lo que pueda creerse, no es en absoluto un derecho que se encuentre generalizadamente respetado en nuestra praxis institucional, y plantea múltiples problemas dogmáticos y de configuración del ordenamiento jurídico procesal y procedimental-administrativo.

jurídicas. Así, si se apunta que el ordenamiento jurídico contempla una regla de incapacidad para adquirir la posesión respecto de los infantes y otra regla de incapacidad para testar respecto de los impúberes, no aparece de manifiesto que puede afirmarse que hay aquí una lesión a la igualdad jurídica: aunque se trata de categorías de situaciones de hecho diferenciadas (en nuestro ordenamiento jurídico, menores de 7 años, o de 12 o 14, respectivamente) a las cuales se les atribuyen consecuencias jurídicas diferentes (incapacidad para adquirir posesión en un caso, para testar en otro), no es posible, al menos en un análisis superficial, conectar o relacionar las correspondientes consecuencias jurídicas y, en la ausencia de un conector, no se aprecia una falta al principio o imperativo jurídico de igualdad.

Como principal criterio que relaciona las consecuencias jurídicas atribuidas a situaciones de hechos diferenciadas se ha propuesto el de la finalidad. Las consecuencias jurídicas se tornan comparables (y por lo tanto permiten examinar pares de situaciones de hechos y consecuencias jurídicas) cuando es posible apreciar que, declarada o estructuralmente, persiguen la misma finalidad.<sup>24</sup> De esta manera, si se establece en una ley una ayuda financiera que percibirá el o la cónyuge supérstite de quien provee regularmente la manutención familiar a través de su actividad pesquera artesanal de pequeña escala, tomando como fundamento la naturaleza precaria de esta empresa

---

24 Piénsese en una regla que establezca un permiso postnatal para la mujer después del parto. El primer paso es apreciar el supuesto de hecho que en este caso, en rigor, se encuentra mal descrito (el dato relevante no es la calidad de mujer, sino la calidad o estatus postparto, que, avances tecnológicos de por medio, podría darse el día de mañana también en personas de sexo masculino. Tomando en cuenta que dichos avances no se encuentran disponibles, al día de hoy la forma de describir la situación de hecho podría ser compatible con el imperativo de igualdad, pero no es de balde anotar el punto para efectos de una construcción sistemática de la dogmática de la igualdad). En un segundo paso se conecta el supuesto de hecho con su consecuencia, esto es, el descanso o permiso para quienes han parido, versus la negación u omisión de este permiso para quienes no han parido. En este caso, el diferente tratamiento podría aparecer a primera vista como justificado (hay descanso para quienes han parido, no lo hay para quienes no). Sin embargo el examen completo requiere pasar al tercer nivel del análisis: si la finalidad de dicho efecto (el descanso) es promover la recuperación de quien ha llevado la preñez, o su contacto directo con el nacido en sus primeras semanas o meses de vida, la distinción de efectos jurídicos se encuentra justificada: si, por el contrario, el efecto jurídico perseguido es permitir, de cara a una relación laboral, el cuidado del recién nacido por quien mantiene con él una relación de parentesco directo o afecto cercano, se puede alzar un reproche de desigualdad, ya que para esa finalidad podría resultar eventualmente indiferente que el cuidado sea asumido por quien ha llevado a su término la preñez, u otra persona (que eventualmente podría ni siquiera ser el otro progenitor). Como se observa, al evaluar la relación entre las consecuencias jurídicas (con/sin permiso) desde el punto de vista de su finalidad se pueden llegar a tornar sospechosos los criterios utilizados al realizar la distinción en el plano fáctico (diferenciación de la situación de hecho), criterios que en un inicio podían haber aparecido como inicialmente justificados. Díaz de Valdés, José Manuel; “La igualdad constitucional: múltiple y compleja”, en *Revista Chilena de Derecho Público*, Vol. 42, N° 1, 2015,, p.171, habla de fenómenos de “sobreinclusión” o “infrainclusión” que se producen cuando el criterio de selección incluye algunas situaciones o personas que debieron excluirse de acuerdo a los  **fines invocados**, o cuando excluye a algunas situaciones o personas que debieran estar comprendidos de acuerdo a tales fines. (El destacado es mío.)



como actividad independiente por los riesgos de la navegación y el alto índice de accidentes con resultado de muerte que presenta, puede alzarse un reclamo de incumplimiento del principio de igualdad respecto de otras situaciones de hecho que cumplan los mismos criterios descriptores (actividad laboral independiente, alto riesgo, alto índice de siniestralidad), a las que no se les está dando el beneficio (consecuencias jurídicas diferenciadas), pero respecto de las cuales podría predicarse la pertinencia de la misma finalidad.

## 8.2. Igualdad y prohibición de discriminación ilegítima

A partir de esta estructura, el mandato de igualdad adquiere una dimensión adicional de complejidad, ya que, en principio, implica dos componentes que aparecen en los orígenes de la reflexión sobre el tema, a saber: que el imperativo de igualdad implica tanto el deber de dar trato igualitario a los iguales como el de dar trato desigualitario a los desiguales. El análisis de cada una de estas afirmaciones excede la extensión admisible para este trabajo y su objetivo, por lo que baste decir aquí que el contenido de cada uno de estos deberes se proyecta sobre toda la configuración del ordenamiento jurídico, tanto en las actuaciones como en las omisiones del poder público. Por las dificultades de concreción aparejadas a esta apertura conceptual u operativa, si se quiere —en principio ilimitada—, el imperativo o mandato de igualdad jurídica suele reconducirse, ya sea positiva o doctrinalmente, a una prohibición de discriminación ilegítima. La satisfacción de este imperativo más acotado requiere ocuparse del conjunto de condiciones que validan o legitiman la diferenciación entre situaciones de hecho y consecuencias jurídicas asociadas al actuar del estado; y más recientemente, del conjunto de condiciones bajo las cuales el comportamiento de los particulares es válido en el ámbito de la producción de efectos jurídicos o lícito en el de las meras conductas.<sup>25</sup>

---

25 En este trabajo no se abordará la proliferación, relativamente reciente, de legislación que prohíbe a los particulares la discriminación en diferentes ámbitos, o de movimientos que, en procura de eliminar cualquier forma de discriminación, bregan porque sus demandas sean llevadas a regulación legal. Junto con tratarse de un tema de gran interés jurídico, llama la atención el que en la reflexión constitucional no se haya asomado un debate sobre las consecuencias de esta evolución para nuestro estado de derecho. En efecto, el argumento utilizado en estos casos es que las limitaciones a la libertad que derivan de este tipo de leyes son necesarias para proteger la igualdad, del mismo modo como cualquier otro derecho o interés público puede dar lugar a restricciones de la libertad individual. Si bien este argumento se sostiene, cabe considerar que, adicionalmente, en muchos casos lo que busca la ley es reprimir manifestaciones de la libertad individual que son consecuencia de las creencias o modo de ser de un individuo o grupo, esto es, de la cultura individual, o de una determinada comunidad. De este modo, el estado, a través del poder de regular y sancionar, impone políticas de modulación o diseño cultural en la sociedad, que pueden ser mucho más intensas que su intervención en el campo de la educación, donde por lo demás, suele estar sometido a un más estricto escrutinio. Al machista homofóbico el estado le comunica, a través de la regulación de sanciones, que debe abstenerse de manifestar esos rasgos

### 8.3. Modalidades de la prohibición de discriminación ilegítima

La prohibición de discriminación ilegítima puede adoptar tres modalidades, cuyos efectos en la distribución de competencias para configurar su contenido son sumamente gravitantes. Fuera de esas modalidades hay casos en que el ordenamiento jurídico prohíbe la discriminación sin más, esto es, sin contemplar alguna hipótesis que torne legítima la discriminación.

En la primera modalidad, el ordenamiento jurídico expresa determinados criterios a partir de los cuales la realidad no podrá ser segmentada en diversas situaciones de hecho. Se trata de los casos en que las disposiciones respectivas prohíben la discriminación por motivos de nacimiento, raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, o condición social. Bajo esta modalidad, lo que se hace es prescribir que estos criterios no podrán ser utilizados al momento de configurar los grupos a los que, a su vez, se adscribirán consecuencias jurídicas diferenciadas: así, una discriminación basada en grupos que han surgido por la aplicación de estos criterios será antijurídica y queda, por lo tanto, prohibida. En esta hipótesis la función del órgano jurisdiccional que evalúa la discriminación se limita (respecto de la específica prohibición de discriminación, no respecto del mandato o principio de igualdad que, como se ha dicho, es más amplio y más complejo) a evaluar si la discriminación se ha construido sobre alguno de los criterios prohibidos. En caso afirmativo, la declarará antijurídica, en caso contrario, no podrá reprocharla. Es interesante destacar que la prohibición de discriminación sobre la base de criterios excluidos no permite, en rigor, favorecer a través de acción afirmativa a determinados grupos que resultan de aplicar dichos criterios, ya que, en esta modalidad, se bloquean las posibilidades de diferenciación de los grupos mismos, antes de entrar a considerar la justificación de las consecuencias atribuidas a la eventual diferencia, o al análisis de la relación entre consecuencias diferenciadas bajo la perspectiva de su finalidad. Así, por ejemplo, si se prohíbe establecer diferencias por motivos de raza, no se puede realizar una acción afirmativa para favorecer a un grupo racial, ya que el ordenamiento jurídico

---

de sus creencias o personalidad, ya que el estado se ha apropiado esa dimensión de las convicciones morales y ha fijado al respecto un estándar, aunque solo sea en el ámbito de la comunicación (no de otras conductas que puedan afectar a terceros). Con ello, también, lo transforma en un problema del derecho y permite a parte importante de la sociedad descargarse (liberarse) del sentido del deber y responsabilidad de enfrentar tales convicciones, esclarecer a sus sostenedores y promover una cultura de conciencia de la igualdad de géneros y de opciones o preferencias sexuales. Este abandono por parte de la sociedad de la dimensión ética de la cultura en manos de un derecho de producción estatal, es un peligroso acercamiento al totalitarismo. Y peligroso en cuanto es parcialmente imperceptible y, en la parte en que es percibido, se muestra o valora como si fuera algo virtuoso.

ya ha descartado ese criterio como elemento para segmentar la realidad (antes siquiera de examinar si el contenido de la diferenciación será favorable o desfavorable).

La segunda modalidad consiste en la prohibición genérica de discriminación arbitraria. En este caso, quien evalúa la juridicidad de una discriminación está llamado a pronunciarse tanto sobre los criterios utilizados para diferenciar las situaciones de hecho y los grupos resultantes, como respecto de las consecuencias atribuidas a esa diferencia y a la finalidad perseguida. El estándar que se exige para enervar el reproche de distinción arbitraria es el de la razonabilidad: una discriminación no es arbitraria si es razonable, y es razonable si se basa en un elemento objetivo diferenciador racional y razonable. La idea del elemento objetivo diferenciador alude esencialmente a los criterios utilizados para distinguir situaciones de hecho; la racionalidad se refiere a la relación existente entre los grupos diferenciados y las consecuencias jurídicas asociadas a la diferencia; y la razonabilidad al juicio que se pueda establecer entre las consecuencias jurídicas atribuidas a la situación de un grupo vis a vis la situación del otro grupo. En estos casos, como se puede suponer, las facultades del órgano de control jurisdiccional son amplísimas: no se limita a constatar si alguno de los criterios excluidos o prohibidos ha sido usado como base de la discriminación; sino que se pronuncia sobre el valor mismo de los criterios de diferenciación: expresados, implícitos o contruidos por el propio órgano al analizar la discriminación de que se trate.

La tercera posibilidad, mucho más restrictiva que las anteriores, consiste en que la fuente señala taxativamente los criterios sobre cuya base una discriminación será justificada, esto es, legítima. En este modelo, de manera análoga a lo que ocurre en el primero, la tarea del órgano de control jurisdiccional se circunscribe a examinar si la diferenciación obedece a los criterios expresados.

#### **8.4. La prohibición de discriminación ilegítima en nuestra Constitución**

Nuestro ordenamiento constitucional contempla los tres tipos de modalidades, así como también el caso de prohibición absoluta de discriminación, en un sistema de fuentes diferenciadas.

A partir de la referencia contenida en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución pesa sobre los órganos del estado un deber de respeto de los derechos bajo la forma de prohibición de discriminar sobre la base de ciertos criterios

dados. Así, por ejemplo, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que la ley garantizará protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, etc. Similares preceptos se encuentran en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el texto constitucional, por su parte, la estructura original consistía en el enunciado del principio de igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2 inciso 1, y la prohibición de discriminación arbitraria del inciso 2; esto es, la prohibición de discriminación ilegítima de acuerdo a la segunda de las modalidades explicadas. A través de la reforma constitucional del año 1999, se introdujo el precepto que señala que hombres y mujeres son iguales ante la ley. Aquí adquiere relevancia la distinción hecha más arriba, en el sentido de que el enunciado del artículo 1 inciso 1 ya contiene el reconocimiento del principio cuya evolución constitucional comienza en la Revolución Francesa y alcanza su pleno desarrollo a nivel internacional a mediados del siglo XX con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se refiere a la idea de un orden jurídico político sin diferencias estamentales, ni grupos privilegiados. Para efectos de la configuración del ordenamiento jurídico, la categoría o grupo relevante es la de seres humanos. Siendo así, la reforma introducida el año 1999 no puede, a nivel normativo, tener simplemente el significado de reiterar la idea ya presente en la prohibición de grupos privilegiados: tanto hombres como mujeres se encontraban en un plano de igualdad constitucional antes de la reforma de 1999 y esto no era discutido en el plano jurídico. Si se acepta esta línea argumental, lo que queda es entender que lo que se hizo al introducir este precepto fue eliminar la posibilidad de que la calidad de hombre o de mujer pudiera ser relevante al momento de introducir diferencias. De este modo, el precepto sobre prohibición de discriminación arbitraria en Chile, bajo esta comprensión, se parafrasea actualmente de este modo: ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias, encontrándose siempre prohibida una diferencia que tome como base la distinción entre hombre y mujer. Mientras que la denominada acción afirmativa en favor de las mujeres podía entenderse como una discriminación con fundamentos –y por lo tanto no arbitraria– antes de 1999, tras la reforma no resulta aceptable, jurídicamente, una distinción basada en la calidad de hombre y mujer, aun cuando su objetivo sea beneficiar a esta última.

El artículo 19 N° 16 inciso 3, es un caso en que el constituyente no prohíbe la discriminación arbitraria en general, ni indica los criterios de discriminación prohibidos, sino que expresa taxativamente los criterios legítimos que podrán ser utilizados como base de la respectiva discriminación. Para la tesis que acepta que los preceptos sobre derechos constitucionales obligan a los particulares (efecto horizontal), esta disposición tiene por efecto eliminar toda posibilidad de libertad en la contratación laboral: los particulares empleadores se transformarían, desde el punto de vista de la elección de sus trabajadores, en verdaderos órganos o agentes públicos, limitados a evaluar capacidad o idoneidad personal para el puesto de trabajo, sin margen para elegir a otros que no fuesen aquellos que, ante una oferta de trabajo, presentasen los mejores antecedentes respecto de esos criterios. A la propia legislación laboral, incluso con su enfoque protector de los derechos de los trabajadores, le ha parecido que ésta era una consecuencia extrema que no estaba en condiciones de asumir, de modo que, al concretar la regulación a nivel legislativo, opta por el primer modelo explicado, regulando en los incisos 3 y 4 del artículo 2 del Código del Trabajo los actos de discriminación como aquellas distinciones, exclusiones o preferencias basadas en criterios determinados, que expresa: raza, color, sexo, edad, etc. De este modo, al amparo del Código del Trabajo, los particulares si pueden distinguir conforme a criterios que no sean aquellos expresados en su artículo 2, quedando en evidencia que, al menos en el plano de la regulación legislativa, no tienen que optar, como único criterio de discriminación válida, por el de la capacidad o idoneidad de los o las candidatas a un puesto de trabajo.

Por último, encontramos un caso de prohibición de cualquier tipo de discriminación, contenida en el actual artículo 109 inciso final de la CPR, y para la cual la Constitución no contempla casos o criterios legitimadores. Aquí no se prohíbe la discriminación arbitraria, o sobre la base de determinado criterio: lo que está prohibido es la discriminación, sin más, dado el supuesto de hecho que define constitucionalmente el respectivo grupo: personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza. El precepto es doblemente estricto porque, aparte de no permitir ninguna diferencia, cubre las hipótesis en que dicha diferencia pudiese darse como efecto indirecto de un actuar del Banco Central.

## 9. La igualdad en la sentencia del Tribunal Constitucional

Sobre la base de esta estructura normativa, el Tribunal Constitucional se pronuncia en la causa Rol 2935-2015, el 21 de diciembre de 2015. El requerimiento, interpuesto por más de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados a partes de una serie de glosas introducidas a la ley de presupuesto del 2016, se realiza en torno a una petición principal y una subsidiaria. Dichas glosas contenían, simplificando al extremo el concepto, una serie de regulaciones dirigidas a establecer el acceso gratuito a la educación superior para los estudiantes en cierta condición vulnerable, que se matriculasen en determinadas instituciones, cuyos requisitos definía. La petición principal se refiere a la pretensión consistente en que la regulación de las materias contenidas en las glosas correspondientes excedería el marco de la ley de presupuesto, al regular materias ajenas al objeto constitucionalmente definido para la misma, y siendo por tanto inconstitucional. El tribunal desecha esta petición con los fundamentos expresados en los puntos 1 a 31 del voto por rechazar, en el capítulo III de la sentencia, que formalmente se desarrollan como parte del considerando 8°. Esta decisión no será objeto de análisis en este artículo.<sup>26</sup>

La petición subsidiaria va dirigida en contra de partes de la glosa 05<sup>27</sup> en cuanto “la diferencia de trato que se establece a partir de las normas impugnadas para poder acceder a la gratuidad es discriminatoria”, señalando que la glosa que establece los llamados “requisitos de elegibilidad” de las instituciones constituye discriminación arbitraria

<sup>26</sup> No obstante ello, no he podido renunciar a la siguiente reflexión. Es notable que en el altar del objetivo político de la gratuidad de la educación superior se hayan arriesgado prendas constitucionales de tanta envergadura como las que estaban en juego aquí. Ningún diputado o senador, de los no requirientes, aparece registrado haciéndose parte para apoyar el requerimiento, en cuanto el objeto debatido definía una cuestión central en la relación constitucional entre Ejecutivo y Parlamento. En un contexto en que los parlamentarios en general suelen reprochar el excesivo poder de la presidencia de la república en materias legislativas –materias de iniciativa exclusiva, urgencias, etc.– no hubo al parecer ninguna preocupación porque el Tribunal Constitucional pudiese definir el criterio según el cual, sin importar la materia de que se trate, siempre se puede abordar su regulación en la ley de presupuesto, con tal de que ella esté asociada a gastos y a criterios que rijan los mismos. En la especie, y a partir de la afirmación casi incontestada –al menos adoptada por el propio tribunal– de que se trataba de un sistema para garantizar el derecho social a la educación, se instala un punto esencial: como la mayor parte de los derechos sociales, al menos de aquellos que se entienden como derecho de prestación, están asociados a gastos y a las decisiones sobre los requisitos para ser beneficiarios de ellos (lo que hacían las glosas en este caso), tras el fallo del tribunal es difícil pensar qué cosas, en la regulación de los derechos sociales, requieran una regulación legal distinta que la de la ley de presupuestos.

<sup>27</sup> Para la identificación de la respectiva fuente: Glosa 05, Asignación 201, Ítem 03, Subtítulo 24, Programa 30, Capítulo 01, Partida 09 del Ministerio de Educación, correspondiente al proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2016, boletín 10.300-05.

al separar a los estudiantes según los caracteres de las universidades, institutos y centros de formación técnica. El tribunal desarrolla su razonamiento en el capítulo IV, a partir del considerando 9°. Desde ese considerando, y hasta el 15°, el fallo realiza una suerte de toma de posición teórico-constitucional sobre el desarrollo del estado constitucional y la supremacía y la jurisdicción constitucional, con una sola referencia a la igualdad ante la ley en (13°),<sup>28</sup> para entrar, entre los considerandos 16° a 23 a precisar la cuestión debatida.

Por último, antes de entrar al examen de la cuestión controvertida, en los considerados 24° a 35°, el tribunal realiza una recapitulación de aportes doctrinales y de su propia jurisprudencia en materia de igualdad,<sup>29</sup> que puede resumirse en los siguientes puntos:<sup>30</sup>

#### **a) Equivalencia categorial de las igualdades**

El tribunal maneja en un mismo plano el artículo 1°, la igualdad ante la ley, su ampliación a la igualdad entre hombres y mujeres, y la prohibición de la discriminación arbitraria (26°). En el considerando 28°, sin embargo, el tribunal cita a Peces-Barba que separa estos dos aspectos de la igualdad: la igualdad como generalización (superación de privilegios) y el mandato a que, cuando el supuesto de hecho se acote porque no pueden estar todos en la situación de que se trata, se regule la consecuencia jurídica de manera igual.

#### **b) Afirmación de la igualdad ante la ley como una garantía de la seguridad jurídica**

En el considerando 30°, el tribunal adopta la postura de Ferrajoli en el sentido de que la garantía de igualdad sería una garantía de seguridad jurídica no solo respecto de las normas jurídicas en general, sino que también sobre el ejercicio de los derechos fundamentales. Parece que aquí el tribunal sobreestima el valor de autoridad que pueda tener la referencia a Ferrajoli. En efecto, no se observa cómo podría concebirse la primera idea

28 De aquí en adelante el ordinal entre paréntesis corresponde al considerando con el respectivo número de la sentencia: (13°) es el considerando decimotercero.

29 El tribunal hace referencia a sus sentencias en roles 53, 219, 790, 986, 1273, 1710, 1755, 1951, 2113, 2914.

30 Se mencionan aquí los elementos presentes en la sentencia, sin distinguir si se trata de argumentos de elaboración propia, doctrina o jurisprudencia comparada; no se atiende al grado en que estas reflexiones se manifiestan en el análisis de la cuestión controvertida, y se anotan los posibles matices que aparecen entre las distintas afirmaciones que hace el tribunal.

sin extenderse necesariamente a la segunda, por lo que, en términos de contenido, el aporte es pobre, por no decir inexistente.

**c) Desarrollo de la estructura del principio de igualdad y construcción del estándar para apreciar infracciones a la prohibición de discriminación arbitraria. En esta categoría se pueden distinguir dos ideas:**

**i. Referencias a la situación de hecho o grupos a los cuales se diferencia**

El Tribunal recurre a su propia jurisprudencia en roles 53 y 219, señalando que la igualdad supone la distinción razonable entre quienes *no se encuentren en la misma condición* (31°); a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español: “Es contraria al principio de igualdad aquella desigualdad de trato que se funda en *una diferencia de supuestos de hecho* injustificados de acuerdo con criterios de valor generalmente aceptados” (32°) y a la del Tribunal Constitucional Federal alemán, cuando señala que hay desigualdad cuando se trata de manera diferente a igualdades esenciales, aquellas que se dan cuando “personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (*tertium comparationis*), son comparables”, así como cuando “un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma” son tratados de manera distinta, a pesar de que “entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual”. En la cita ya mencionada a Peces-Barba también se contempla, en este plano conceptual, la idea de *supuesto de hecho*.

En (34°), el tribunal hace referencia a su fallo recaído en Rol 2113. Es interesante anotar que aquí el tribunal maneja dos categorías distinguibles, una de las cuales pertenece a la antigua concepción de igualdad ante la ley como igualdad en la aplicación de la ley, y la más reciente que la aprecia como igualdad en la formulación de la ley. En efecto, en dicho rol, en su considerando 10, el tribunal había sostenido “...el artículo 19 N° 2 constitucional, sobre la base de la generalidad característica de la ley, garantiza que ella sea una misma **para todas las personas afectas a sus disposiciones**”.<sup>31</sup> Luego señala que la Constitución “Asegura, además, que se trate igual a todos quienes se

---

<sup>31</sup> Mismo criterio que aparece en el Rol 32 del fallo en comentario: “Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia que se aplique *a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador*”.



encuentren efectivamente **en una misma condición** y, por consiguiente, de manera diferente a **aquellos que estén en situaciones diversas**".<sup>32</sup>

ii. Construcción del estándar de control de racionalidad y razonabilidad que justifique una discriminación como no arbitraria

El Tribunal (33°) señala que la idea de igualdad se desarrolla sobre el concepto de razonabilidad, constituyendo esta el estándar sobre el cual debe apreciarse la medida de la igualdad o la desigualdad, remontándose para ello a su sentencia en el Rol 53; si bien contiene un matiz al citar –sin reserva o protesta–, la opinión de un artículo reciente del profesor Díaz de Valdés Juliá, quien sostiene que para escapar de la regla de tratamiento igualitario “solo se requiere cierta racionalidad” (28°). El Tribunal Constitucional español citado por el tribunal, hace referencia a “criterios de valor generalmente aceptados”.

Entrando en el contenido de lo que puede ser entendido como discriminación arbitraria, el tribunal dedica el considerando 27° a transcribir la opinión del profesor Evans de la Cuadra sobre esta materia, quien entiende como discriminación arbitraria “toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como **contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual**, en otros términos, que **no tenga justificación racional o razonable**”.<sup>33</sup>

En el mismo plano, el tribunal refiere en (32°) a su sentencia en Rol 986, en que equipara la discriminación arbitraria con aquella que responde “a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal del grupo”. En un sentido similar puede encontrarse la incorporación de los contenidos expresados en el considerando 10° de la sentencia Rol 2113 como criterios no compatibles con el mandato de igualdad constitucional: “Por su parte, el artículo 19 N° 2 constitucional, sobre la base de la generalidad característica de la ley, garantiza que ella sea una misma para todas las personas afectas a sus disposiciones, sin que pueda, por su intermedio, legislarse a favor o en desmedro de determinados sujetos atendiendo a impertinentes razones de raza, condición social, estirpe, fortuna, religión, ideología u otros atributos estrictamente individuales”(34°).

A fin de poder evaluar cuándo se produce un tratamiento diferenciado no igualitario, el tribunal recurre a su homólogo alemán federal, (35°) señalando

32 Negritas añadidas.

33 Negritas añadidas.

que “Para poder dimensionar tales situaciones, requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto”. En cuanto a las fuentes para elucidar fines o motivos, el Tribunal, en la referencia ya mencionada al considerando 10° del Rol 2113, señala que la ley siempre debe obedecer para el análisis de la igualdad “a determinados motivos o presupuestos objetivos, pertinentes y razonables, los cuales pueden encontrarse en el tenor mismo de la norma, venir claramente expuestos en la historia fidedigna de su establecimiento, o derivar lógicamente de la finalidad que se tuvo en cuenta para justificar su emisión”.

Valorando la síntesis doctrinaria que realiza el tribunal, cabe hacer la siguiente observación. Como se ha expresado arriba, en el modelo de proscripción de la discriminación ilegítima estructurado sobre la base de la prohibición de discriminación arbitraria, el órgano de control –en este caso, el Tribunal Constitucional– adquiere unas amplias atribuciones de configuración política al momento de determinar qué es o qué considera “razonable” en términos de justificar una discriminación. Si se quiere abandonar el ámbito de una discrecionalidad del todo libre o no reglada, los elementos para la construcción de lo razonable debiesen ir desarrollándose en el tiempo, ya sea en términos de una estructura conceptual de las finalidades que pueden ser legítimamente perseguidas a través de una diferenciación,<sup>34</sup> ya sea en términos de una relación entre finalidades perseguidas y objetivos que pueden ser apreciados a partir del propio texto constitucional;<sup>35</sup> o, en fin, cualquier otro método que permita la referencia a categorías intersubjetivas que acoten lo que el tribunal puede considerar “razonable”. Con todo lo apreciable que

---

34 Carbonell cita como ejemplo la estructura propuesta por Laporta para determinar cuándo las diferencias pueden ser relevantes a efecto de generar un efecto diferenciado (o sea, en los términos expuestos aquí: cuándo podría considerarse que este efecto se encuentra razonablemente fundado): el principio de satisfacción de necesidades, el principio de retribución de merecimientos, el principio de reconocimiento de aptitudes y el principio de consideración de estatus (Carbonell, Miguel, “Los derechos de igualdad en el constitucionalismo contemporáneo”, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 74, (Universidad de Chile), 2011, pp. 57 a 86, pp. 66 y 67. No es relevante si uno adscribe a este modelo u otro; pero permite un encuadre y una comprensión racional de la forma en que se manejan las finalidades que, a su vez, permiten al órgano de control evaluar la “no arbitrariedad” de una discriminación.

35 En el mismo trabajo citado *ut supra*, Carbonell hace referencia a un fallo de amparo mexicano en que se señala que, para concluir si una distinción descansa en una base objetiva y razonable, es necesario, en primer lugar, determinar “si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida” (nota 40, p. 75, negritas añadidas).

resulta el camino jurisprudencial, comparado y doctrinario, que recorre el Tribunal Constitucional en este fallo, se echa de menos una elaboración, en esta dirección, de categorías que permitan conocer a partir de qué elementos el tribunal evalúa una finalidad como legitimadora de una discriminación.

## 10. El razonamiento del tribunal

Tras esta suerte de repaso doctrinal, el tribunal examina el conflicto sometido a su conocimiento. Señala que deberá identificar (1) la finalidad declarada por el legislador al crear el beneficio, (2) la diferencia concreta de trato que se establece por el legislador y (3) el criterio de diferenciación, vale decir, por qué el estado le va a financiar la gratuidad a unos y a otros no (36°).

Respecto de (1) fija como finalidad de la glosa el propósito declarado por la misma en la denominación de la Asignación 201 que antecede al desarrollo de la Glosa 5, y en las observaciones al requerimiento hecho en la causa por la Presidenta de la República, a saber, la de alcanzar “la gratuidad para los alumnos vulnerables” y la “calidad de la enseñanza que recibirán gratuitamente tales alumnos” (37°).

A continuación, respecto de (2), enlaza su argumentación con la consideración de los criterios que deberán cumplir las instituciones elegibles, esto es, aquellas en que, matriculándose los alumnos vulnerables, podrán estudiar gratuitamente. Este giro es relevante para el análisis del fallo, y se volverá sobre él más adelante. En efecto, el tribunal señala “Que, atinente al segundo aspecto, la diferencia de trato establecida por el legislador consiste en que algunos estudiantes obtendrán el beneficio de gratuidad de su educación superior, en circunstancias que otros no tendrán acceso a tal beneficio” (38°).

Por último, y en lo tocante al tercer aspecto, señala “que el legislador sujetó la entrega de la señalada prestación a específicos requisitos para las universidades en que estudien los alumnos vulnerables”. En concreto, la glosa establecía como requisito para los estudiantes el matricularse en una institución elegible, y como criterios de elegibilidad a) ser una universidad agrupada en el Consejo de Rectores de las Universidades de Chile (en adelante, CRUCH) o b) una universidad privada acreditada por cuatro o más años; c) no estar vinculada a personas jurídicas con fines de lucro, y d) ser una institución en que conste que existe un grado de participación de al menos, un representante del estamento estudiantil o personal no académico.

A continuación, el tribunal procede a analizar “la relación existente entre las finalidades de la diferencia establecida por el legislador y los criterios o factores de diferenciación que ha elegido para establecer dicha diferencia” (40°). Respecto del primer factor –pertenencia al CRUCH– señala que “de los antecedentes presentados a este tribunal aparece incontestado que la utilización de este factor redundaría en la exclusión del beneficio en comento de un porcentaje muy relevante de los alumnos vulnerables”. Ello, según el tribunal, haría incomprensible la elección de un factor de diferenciación que tendría por objeto excluir aproximadamente a la mitad de los sujetos que se pretende beneficiar, y por lo tanto dicha elección no satisfaría la exigencia de racionalidad, tornando la diferencia en arbitraria (40°). En cuanto al requisito de acreditación exigido a las universidades privadas, el tribunal señala que dicha exigencia constituye un elemento objetivo para determinar la calidad de las universidades y, en esa medida, se ordena a la finalidad de asegurar la calidad de la educación que recibirán los alumnos. Pero, encontrándose vinculado a esta finalidad, deja de ser racionalmente adecuado al no exigirse a las universidades pertenecientes al CRUCH (41°). El tribunal omite pronunciarse sobre el requisito de no vinculación a personas jurídicas con fines de lucro (criterio que sí es objeto de análisis en el voto disidente de la ministra Peña Torres y el ministro Romero Guzmán)<sup>36</sup> y pasa al análisis de los otros criterios, señalando que el requisito de triestamentalidad no presenta conexión directa ni con la finalidad de otorgar gratuidad ni con la de asegurar la calidad de la educación, por lo cual no se puede apreciar una relación de racionalidad entre este factor y sus fines (42°). Para concluir, se hace cargo del argumento de progresividad del beneficio, que podría haber matizado la situación de postergación en que quedarían algunos estudiantes vulnerables, al proyectarse su inclusión

---

36 En lo pertinente, el voto disidente separa el análisis de la exigencia a los centros de formación técnica e institutos profesionales de estar organizados como personas jurídicas sin fines de lucro y a la correspondiente exigencia a las universidades de no tener relación con personas jurídicas con fines de lucro. En el primer caso, el voto apunta a que la premisa de que el que una entidad tenga fines de lucro implica que no reinvierte para fines educativos carece de sustento lógico y empírico (prevención de la ministra Marisol Peña y el ministro Juan José Romero, 16° a 20°); a la falta de relación directa entre la condición referida al lucro y la búsqueda de la gratuidad para estudiantes vulnerables (21°) y destaca la imposibilidad de cumplir este requisito, tanto por la fecha fijada para el cumplimiento de la exigencia (el 30.9.2015 –vencida al inicio de la tramitación de la ley),– como por razones de la regulación vigente, refrendadas por la interpretación de la propia autoridad administrativa y colegibles del trámite de la glosa impugnada (23°). En cuanto a la argumentación referida a las universidades, reitera el argumento de falta de relación, tanto respecto del objetivo principal de la gratuidad como del secundario de la calidad de la educación, y esboza, aunque sin desarrollar en profundidad, una interesante consideración sobre la desproporción en el uso de esta exigencia como instrumento para asegurar el cumplimiento de la prohibición legal del lucro en las universidades (24°-27°).

en los años por venir, pero el tribunal lo descarta al no estar previsto en la glosa impugnada y no ser posible inferir “que los refutados obstáculos extra-estudiantiles puestos a los educandos en la referido (sic) Glosa podrían en el futuro allanarse” (43°) ni existir criterios objetivos y razonables de una forma de financiamiento escalonado (44°).

La conclusión a que llega el tribunal es la siguiente: “... de acuerdo al razonamiento previo, al establecer el legislador en la cuestionada glosa 05 de la Ley de Presupuestos condiciones adicionales y ajenas a los requisitos que se les exige a los estudiantes pertenecientes a los 5 deciles de menores ingresos del país, para poder ejercer efectivamente su derecho social a la educación mediante el beneficio de la gratuidad, discriminándolos arbitrariamente, se afecta la esencia del principio de igualdad”. En el mismo considerando (45°) el tribunal estima que con ello se vulnera el artículo 19 N°26. En (48°) complementa la conclusión:

Que, en consecuencia, de conformidad con lo razonado previamente y habiéndose establecido que la Glosa 05 discrimina arbitrariamente entre los propios estudiantes provenientes de los hogares pertenecientes a los cinco primeros deciles de menores ingresos del país, pues les impone requisitos adicionales a su condición personal -ya de por sí vulnerable- cuyo cumplimiento no depende en absoluto de ellos. Estos criterios de diferenciación no guardan ninguna relación con el fin que persigue el destino de los recursos contemplados, cual es, el de garantizar el derecho social a la educación a aquellos titulares del mismo que se encuentran en igual condición de vulnerabilidad. No resulta razonable, entonces, que para el ejercicio de ese derecho, cuya titularidad sólo puede corresponder a las personas universalmente consideradas, se exija el cumplimiento de requisitos que escapan a su propia voluntad y condición personal.

La declaración de inconstitucionalidad de la glosa hecha por el Tribunal Constitucional llevó al gobierno a un nuevo diseño para otorgar gratuidad a los estudiantes de la educación superior, que en definitiva comenzó a aplicarse el año 2016.

## 11. Apreciación crítica del fallo

En las series policiales de televisión es usual encontrar un relato que sigue el siguiente modelo: se ha cometido un delito, y las pistas conducen de manera consistente hacia una solución. El detective o policía a cargo de la investigación llega incluso a obtener una confesión y el caso parece cerrarse satisfactoriamente. Y sin embargo... la trama no ha terminado; más bien, comienza en este punto cuando una persona, usualmente el protagonista, un novato, o un policía o detective provisional o definitivamente retirado, observa, al revisar el expediente de la investigación, que algo no concuerda. El lector podrá pensar aquí que he perdido el hilo de este trabajo. Pero no es así. A lo largo del análisis del fallo sobre la glosa de gratuidad, esta estructura narrativa se fue haciendo cada vez más presente, como descripción de la propia experiencia en el camino a una suerte de perplejidad jurídica, si se permite el uso del término.

En las primeras lecturas, el reproche que el tribunal hace de los criterios de diferenciación entre entidades de educación superior parece convincente o, al menos, plausible. Los argumentos del voto disidente contra la declaración de inconstitucionalidad, por su parte, no logran refutar las objeciones, ni construir una lectura alternativa que permita la defensa de la racionalidad y razonabilidad de los criterios utilizados por la glosa. El asunto parece entonces resuelto, y bien resuelto.

Y sin embargo... al momento de hacer la relación del fallo y su análisis más detallado, surge una falta de congruencia que inicialmente aparece casi como una mera cuestión estética pero que, examinada rigurosamente desde una perspectiva jurídica, devela que tanto el requerimiento, como la defensa y el fallo, transitaron de manera tangente al verdadero problema de igualdad que presentaba la glosa, concentrándose en una infracción aparente a dicho mandato o principio, e ignorando aquello que efectivamente podía ser objeto de reproche. A fin de explicar esta afirmación, es preciso comparar brevemente lo que el propio tribunal sostiene *que debe hacerse* al analizar la justificación de un tratamiento diferenciado con lo *que efectivamente hace* en su argumentación. El tribunal señala que lo que se compara es un grupo que se encuentra en una situación frente a un grupo que se encuentra en otra situación<sup>37</sup> para examinar, a continuación, si las diferencias que la ley

---

<sup>37</sup> Recuérdese lo que señala el tribunal: el mandato a *que se trate igual a todos quienes se encuentren efectivamente en una misma condición* y, por consiguiente, *de manera diferente a aquellos que estén en situaciones diversas*.

establece entre ambos grupos se encuentran justificadas o no. Pero en su razonamiento el Tribunal no procede así. Tanto en el planteamiento del problema como en su conclusión identifica, como objeto de su análisis, a los estudiantes o grupos de estudiantes que se verán beneficiados o perjudicados, pero en el análisis mismo desplaza su atención a la diferencia entre otros grupos, respecto de los cuales no es posible sostener una equivalencia jurídica para efectos de la comparación, o cuya relación con los grupos inicialmente declarados (de los estudiantes) no obedece a factores jurídicos o fácticos que aparezcan en la argumentación del tribunal.

En efecto, el tribunal comienza definiendo los grupos entre los cuales podría producirse la diferencia. En el considerando 38° señala que “la diferencia de trato establecida por el legislador consiste en que algunos estudiantes obtendrán el beneficio de gratuidad de su educación superior, en circunstancias que otros no tendrán acceso a tal beneficio”; la conclusión es congruente con este planteamiento al señalar que “la Glosa 05 discrimina arbitrariamente **entre los propios estudiantes provenientes de los hogares pertenecientes a los cinco primeros deciles de menores ingresos del país**, pues les impone requisitos adicionales a su condición personal -ya de por sí vulnerable- cuyo cumplimiento no depende en absoluto de ellos”. De acuerdo a ello, el análisis de una discriminación arbitraria entre estudiantes debió haber fijado con claridad cuál era el criterio para distinguir **entre un grupo de estudiantes beneficiados versus otro grupo de estudiantes no beneficiados** y si este criterio se encontraba justificado o no. En vez de hacer eso, tras haber planteado el problema de ese modo, el tribunal entra a examinar los criterios fijados por la glosa que distinguen **entre instituciones elegibles para acceder al régimen de gratuidad, respecto de aquellas que no serán elegibles**. Si de inicio se propone que habrá de estudiarse la discriminación entre dos grupos cualquiera A y B, para a continuación examinar los criterios que sustentan la diferencia entre grupos C y D, la posibilidad de extender la conclusión del análisis de las diferencias entre C y D a los grupos A y B solo existe si se puede mostrar que los respectivos grupos, respectivamente, están definidos sobre los mismos criterios, o, en el lenguaje utilizado más arriba, constituyen el mismo grupo en términos del supuesto de hecho utilizado para definirlos (A=C; B=D). Tanto el requerimiento, como la defensa, y el propio fallo del Tribunal, asumen que el grupo de estudiantes de los cinco primeros deciles de menores ingresos que estudia en el grupo de instituciones que califican para ingresar a la gratuidad es correlativo a dicho grupo de universidades y

diferenciable, a su vez, del grupo de estudiantes que estudia en los planteles que no califican. El fallo deja entrever dicha asunción cuando alude a los estudiantes “*que pertenecen...*” a las respectivas instituciones (49°), como si existiera una relación de equivalencia entre ambos grupos.<sup>38</sup> Pero esta premisa está asociada a dos circunstancias que impiden mantenerla desde el punto de vista de la lógica. Por lo pronto, porque el hecho de matricularse en una institución es voluntario. Tradicionalmente, el reproche de un tratamiento discriminatorio no justificado cede ante una regulación que adscribe el resultado de la discriminación a una decisión libre del individuo que puede optar entre unas y otras consecuencias jurídicas diferentes.<sup>39</sup> La objeción que inmediatamente puede hacerse a esto es que, si bien la decisión de matricularse es voluntaria, no depende del estudiante ser aceptado en una institución de educación, en particular por la combinación de dos criterios: la existencia de un cupo máximo de matrícula, y los requisitos para seleccionar, del universo de los postulantes, a aquellos que en definitiva serán aceptados dentro de dicho cupo. Esta objeción puede ser aceptada sin que altere la conclusión expresada arriba: con independencia de cuáles sean los criterios para agrupar instituciones de educación superior –en grupos A, B, C– los grupos resultantes y diferenciables de estudiantes que accedan a esas instituciones dependerán del cupo de matrícula de A, B, C, y de los requisitos impuestos a los candidatos para acceder a cada institución. De este modo, la situación de un conjunto  $x$  de individuos que quiere acceder a la gratuidad no depende jurídicamente de los criterios que fijaba la glosa para diferenciar entre las instituciones que accediesen o no a la gratuidad, sino que de las condiciones que las respectivas instituciones fijasen para acceder a ellas. O si se quiere, podemos hacer una especie de comprobación a la inversa: una vez definidas las instituciones que accederían a la gratuidad, por ese solo hecho, no resultaba posible definir –ex ante de la matrícula, ni en abstracto, ni en concreto– cuál sería la conformación de los correlativos grupos de individuos beneficiados. Llevado esto al objeto sometido al análisis del tribunal, se

38 De manera deliberada o inconsciente, el tribunal trata de establecer esta relación de equivalencia al examinar los criterios refiriéndolos a “la universidad en que estudien los alumnos vulnerables que se beneficiarán de la gratuidad” y reiterando esta fórmula para cada criterio (c. 40, 41°, 42°). Al darle al supuesto de hecho (o grupo relevante para efectos de comparación) el carácter de adjetivo del grupo examinado (las respectivas instituciones), trata de lograr, en el plano sintáctico la igualación que no resulta posible en el plano jurídico.

39 El tribunal está consciente de esto: en la conclusión de su análisis incorpora este elemento expresando en (48°) que, respecto de los estudiantes, se trata de condiciones o requisitos “cuyo cumplimiento no depende de ellos” o que “...escapan a su propia voluntad y condición personal”.



puede hacer la siguiente afirmación: la glosa no contenía los elementos normativos necesarios y suficientes para diferenciar un supuesto de hecho (un determinado grupo de estudiantes que sería beneficiado con la gratuidad) de otro supuesto de hecho (quienes no serían beneficiados con la gratuidad). La previsión de que, en el resultado, dichos grupos fueren a coincidir con los estudiantes de uno y otro grupo de instituciones diferenciadas por la glosa, era una suposición relativa a un hecho sobre la cual no podía desarrollarse, ni estimarse satisfecho, el estándar de control.<sup>40</sup> Por lo tanto, la glosa era inconstitucional por faltar un elemento objetivo diferenciador, el primero de los requisitos necesarios para satisfacer un estándar de discriminación no arbitraria.

La conclusión precedente obviamente abre un flanco o discusión importante para la dogmática de la prohibición constitucional de la discriminación arbitraria, cual es si al establecer diferencias entre distintos grupos la autoridad puede considerar, como circunstancias de hecho –o definitoria de los supuestos de hecho–, la producción normativa de los particulares. Aplicado a este caso, esto podría llevar a considerar que la autoridad legislativa no está obligada a tomar en cuenta o a hacerse cargo de las definiciones académicas y de gestión de las respectivas instituciones, en cuanto a determinar el cupo de matrícula y los requisitos para acceder a una plaza de estudios. Este es un tema de alta complejidad, ya que de aceptarse esta idea se abre la puerta a encubrir una serie de situaciones de discriminación arbitraria –con tal de que ella se produzca simplemente por actos de particulares que el ejercicio del poder público toma como elementos definitorios del supuesto de hecho–. Sin embargo, en este caso no es necesario profundizar en este argumento, porque el legislador presupuestario de la glosa sí consideró relevante este punto, limitando el incremento de la matrícula total para las instituciones de educación superior que quisiesen acceder a la gratuidad. En efecto, para las instituciones elegibles, la glosa establece como regla que “el número de estudiantes nuevos matriculados para cursar los referidos programas de estudios en 2016 no podrá superar en un 2,7 % de los estudiantes nuevos matriculados en 2015 en dichos programas”, eximiendo de este límite las vacantes planificadas con anterioridad al año 2015 y los programas de estudio con admisión regular de instituciones adscritas al sistema único de admisión del Consejo de Rectores

---

40 ¿Cuál era la situación, en términos jurídicos, si un alumno de una institución que no podía optar a la gratuidad, se matriculaba en definitiva (por un proceso de cambio interinstitucional o por alguna regla de beneficio académico) en una institución que sí podía optar a la gratuidad?

de las Universidades chilenas, previa autorización del Ministerio de Educación visada por el Ministerio de Hacienda por resolución fundada (aunque no se indican, en la glosa, los criterios en que podría fundarse la respectiva resolución). La decisión sobre el monto de recursos destinados a la gratuidad se vincula, de este modo, con uno de los dos criterios relevantes para definir quiénes podrán matricularse en una institución que califica para el sistema, y es ésta la única decisión normativa (esto es, a nivel de la glosa analizada) que incide directamente en que al final del proceso se pueda apreciar un grupo de estudiantes que estudiarán en condiciones de gratuidad y otros con matrícula paga. Sin esta limitación, era jurídicamente viable que las instituciones que accediesen a la gratuidad hubiesen abierto su matrícula a un cupo capaz de absorber a todos los estudiantes de los cinco primeros deciles más vulnerables.

Si se realiza el análisis a partir de la verdadera decisión inicial –la de limitar la extensión del beneficio de la gratuidad a sólo una parte de los estudiantes de los cinco primeros deciles más vulnerables–, se puede descomponer la crítica expuesta en las líneas precedentes en los siguientes términos:

a) La autoridad decide ofrecer educación superior gratuita a una parte de los estudiantes de los primeros cinco deciles más vulnerables, parte que está dada por la limitación del monto de recursos comprometidos para ello, que se hace operativa a través de la restricción de la matrícula, sin que la glosa aporte criterios que permitan distinguir entre los estudiantes que serán beneficiados y los que no, en cuanto estudiantes;

b) El acceso al beneficio de gratuidad para un estudiante dependerá, como criterio relevante y determinante, del hecho de que se matricule en una institución que pueda acceder al beneficio de la gratuidad según ciertos criterios dados;

c) A su vez, la posibilidad concreta que tiene un estudiante de matricularse en una institución que ha optado por el sistema de gratuidad depende de los requisitos que dicha institución fije, y que son al menos el cupo de la matrícula y las exigencias académicas que se establezcan. Para el primero de estos requisitos, la glosa solo contiene una limitación del aumento de la matrícula; para el segundo -las exigencias académicas- no contempla regulación alguna.

En consecuencia, y a nivel normativo, es posible concluir que la glosa carecía de un elemento objetivo diferenciador que pudiera ser apreciado cabalmente a partir de la regulación establecida por ella, y que venía a resultar de dos criterios externos a la propia glosa. De estos dos, la glosa sólo regulaba uno, precisamente en el sentido de producir el efecto restrictivo del beneficio que resultaría en la exclusión de algunos y la inclusión de otros

en los respectivos grupos relevantes para efectos de la diferenciación, sin proporcionar algún otro elemento que permitiese definir jurídicamente, a partir de la propia glosa, los grupos que en definitiva resultarían afectados por la correspondiente consecuencia jurídica.

## 12. Conclusión

La igualdad presenta diversas dimensiones en la Constitución. A lo largo de 35 años, el Tribunal Constitucional ha ido poblando con sus fallos algunas de ellas. En un caso ha hecho completamente inoperante el respectivo imperativo de igualdad –como se ha visto en el caso de la igualdad del sufragio–; en muchos otros, ha avanzado hacia la construcción de una función normativa de los distintos preceptos en materia de igualdad constitucional. El fallo en el Rol 2935-2015, y particularmente la propia recapitulación que el tribunal hace en materia de igualdad jurídica, deja en evidencia la necesidad de que el Tribunal Constitucional avance en el desarrollo de categorías que permitan ir dotando de contenido, o al menos de orientación, a un test de racionalidad y razonabilidad de la discriminación en base a las finalidades perseguidas por el legislador, expresando los criterios en base a los cuales será posible estimar ciertas finalidades como plausibles y otras como descartables de entrada. Por otro lado, la sentencia pone en evidencia -según creo haber demostrado- la necesidad de un manejo muy cuidadoso de las premisas y las herramientas lógicas aplicadas a la comparación sobre la cual se pronunciará el juicio de igualdad; en particular, la exigencia de una rigurosa congruencia entre el método anunciado o declarado y el efectivamente aplicado en un caso. En tiempos en que el Tribunal Constitucional es objeto de fuerte revisión crítica, es bueno recordar que, si hay un aporte fundamental que una institución puede hacer al sistema político, es el de elevar los niveles de racionalidad en la construcción de sentido en que consiste el derecho.

# COMENTARIO SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL 2935-2015, DICTADA A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DENTRO DEL DENOMINADO ASUNTO “GLOSA DE GRATUIDAD EDUCACIÓN SUPERIOR”

*Kamel Cazor Aliste<sup>1</sup>*

## **Resumen**

En el presente trabajo se comenta la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2935-2015, dictada a propósito de la cuestión de constitucionalidad dentro del denominado asunto “glosa de gratuidad educación superior”. Debido a la gran importancia de la temática debatida y la propia extensión del fallo constitucional, el estudio sintetiza los hechos más relevantes y el conflicto de constitucionalidad que debió hacer frente el Tribunal, sistematizando los variados y disímiles votos vertidos en la resolución. Finalmente, se plantean las principales conclusiones del estudio, las que se hacen cargo tanto de los aspectos de forma como de fondo de la sentencia.

**Palabras clave:** Reserva legal presupuestaria – democracia – igualdad ante la ley

## **1. Petición de los diputados requirentes (hechos relevantes) y conflicto de constitucionalidad sometido a la decisión del Tribunal**

Con fecha 23 de noviembre de 2015, un grupo de 31 diputados, que constituye más de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara, plantearon la cuestión de constitucionalidad (artículo 93, N° 3, de la Carta fundamental) solicitando la declaración de inconstitucionalidad de las partes de las glosas que indican en el requerimiento, correspondientes al Proyecto de Ley de Presupuesto para el año 2016.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid (España). Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: cazor@ucn.cl

El primer grupo de normas que impugnan los diputados, establece, en resumen, los requisitos de las instituciones de educación superior para acceder al régimen de gratuidad, en cuanto definen las “instituciones elegibles” como las que cuenten con los siguientes caracteres: a) Aquellas que pertenezcan al Consejo de Rectores de Universidades chilenas, que eximan a sus estudiantes de pagos asociados a arancel y derechos básicos de matrícula y que manifiesten su voluntad de adherir a la gratuidad al 22 de diciembre de 2015; b) Aquellas Universidades Privadas que no pertenezcan al aludido Consejo y que al 30 de septiembre de 2015 se encuentren acreditadas por 4 o más años, que en sus estatutos tengan participación estudiantil o funcionaria en el gobierno universitario (a lo menos con derecho a voz) y que en la corporación o fundación no tengan participación de miembros, asociados o beneficiarios de personas jurídicas de Derecho privado que no sean sin fines de lucro; c) Los Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica, con acreditación de 4 o más años y que estén constituidos como corporación o fundación. Impugnan también los diputados el requisito de manifestar su voluntad antes del 22 de diciembre de 2015 para acceder a la gratuidad, la fórmula de cálculo del arancel y el tope de aumento de cupos en un 2.7 % con respecto al año anterior, el mecanismo de excepción de aumento de cupos y la remisión a la potestad reglamentaria para sancionar el incumplimiento de lo dispuesto en la glosa de gratuidad.

La segunda norma impugnada alude a la transformación de los Centros de Formación Técnica e Institutos Profesionales en corporaciones y fundaciones, conservando la acreditación para poder acceder a gratuidad, norma que además agrega la obligación de futuras leyes de presupuesto de contemplar recursos suficientes.

En tercer lugar, impugnan igualmente otro grupo de normas referidas a la transformación de los Centros de Formación Técnica e Institutos Profesionales en corporaciones o fundaciones sin fines de lucro, el plazo para ello y las normas concernientes al arancel de referencia relativo a la Beca Nuevo Milenio.

En cuarto lugar, impugnan la norma vinculada a la información de mediciones en Evaluación de Logros de Aprendizaje.

Los diputados requirentes exponen que, en primer término, se infringirían los artículos 4, 46, 63, N° 20, y 67 de la Constitución Política de la República (en adelante también CPR), en tanto se desnaturalizaría el objeto transitorio y excepcional de la ley de presupuesto. Refiriéndose latamente a la historia de esta regulación en las Cartas de 1925 y 1980, concluyen que es una norma

*sui generis*, con carácter especialísimo y restringido, con reserva específica en la Constitución, que delimita particularmente su objeto e ideas matrices, agregando que puede entrar a regir sin ser aprobada por el Congreso, que tiene plazos y trámites especiales, puede promulgarse estando cuestionada y se publica solamente un extracto de ella. Agregan que se separa lo permanente de lo anual y que a este estatuto especial solo puede acceder lo anual siendo inconstitucional que se incluyan normas permanentes. Citan abundante doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante también TC), desde la sentencia Rol 1-197, y los fallos Roles 254, 1005 y 1867, exponen que lo legislado en este caso no es solo el monto anual de los fondos, sino que se crea un sistema permanente de asignación de recursos al establecerse en la ley de presupuestos el sistema de asignación con requisitos, causales, elementos y presupuestos, todas cuestiones que son de carácter permanente y escapan a la mera estimación de gastos. Se vulneraría de esta manera el objeto e idea matriz de la ley de presupuestos, convirtiéndola en lo que el Constituyente, precisamente, quiso proscribir: una vía anómala y privilegiada para establecer legislación permanente, bajo el atractivo de una tramitación y aprobación rápida de su estatuto especial, regulando materias ajenas a su objeto, en una evidente inconstitucionalidad.

Exponen los parlamentarios que desde la sentencia Rol 254 del TC, el principio general de la legalidad presupuestaria incluye normas legales y decretos respectivos, además de la Carta Fundamental, y hacen suyas las definiciones y conceptos del Decreto Ley N°1263. Se basan también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre ideas matrices, especialmente en materia presupuestaria, analizando uno por uno los fallos dictados, resaltando las similitudes del caso Rol 1-1971 con el actual, el cual se refería a subvenciones educacionales, modificando su estatuto permanente.

Los diputados requirentes, igualmente, abordan latamente la legislación permanente sobre financiamiento educacional superior, constatando que su objeto excede con creces al de la ley de presupuestos. Agregan que el Gobierno asumió que el financiamiento de la educación superior bajo gratuidad universal debía ser abordado mediante legislación permanente, como se reconoció y comprometió en el Mensaje Presidencial del 21 de mayo de 2015.

Señalan que los requisitos para que la institución sea elegible son propios de una legislación permanente, por regular organización y funcionamiento, al igual que lo relativo a subvenciones, tal como se normó en la reciente Ley N°20.845 sobre Reforma a la Educación Escolar.

Agregan que por la glosa se pasa a un sistema de arancel regulado por el Estado, que requiere ordenación legal permanente, al igual que la intrusiva regulación de cupos por carrera que se introduce, que solo puede ser excepcionada con la autorización del Ministerio de Educación. En este punto, señalan los requirentes, se vulneraría el numeral 11°, del artículo 19 de la CPR (relativo a la libertad de enseñanza), al involucrar la autonomía de las instituciones educacionales, cuya regulación debe efectuarse por medio de una ley. Exponen que se afecta la gestión de la institución en tanto la planta, infraestructura y proyección se hacen en función de la matrícula. Plantean que una discusión de tan alto impacto requiere a lo menos de una deliberación democrática propia de una ley común, afectándose los derechos de las minorías parlamentarias al eludir el debate. Agregan que no bastando toda esta normativa nueva, el Proyecto anuncia que su incumplimiento será sancionado por medio de un reglamento.

En cuanto a las normas de los Centros de Formación Técnica e Institutos Profesionales, estiman los requirentes que sería una glosa que regula aspectos de otra glosa, refiriéndose a la forma jurídica de ellos, su cambio y el reconocimiento de la acreditación, materias de tipo permanente al no ser referidas a estimación de ingresos y gastos.

En cuanto a las normas de la Beca Nuevo Milenio, exponen que las condiciones establecidas son también propias de una ley permanente, agregando que entre ellas está el mantener el arancel de 2015, con la sola variación del Índice de Precios al Consumidor.

En cuanto a los estudios y su difusión, estiman que se está modificando el artículo 37 de la Ley General de Educación, restringiéndose la publicidad, además de crear una política nueva.

Denuncian también como infringidos el artículo 1, inciso quinto, y los numerales 2° y 3° del artículo 19, ambos de la CPR, en cuanto a que la diferencia de trato establecida sería discriminatoria y en tanto los alumnos más necesitados son los que se verían perjudicados.

Se refieren extensamente al sistema vigente de financiamiento de la educación superior: el Fondo Solidario de Crédito, al cual discriminatoriamente accedían solo los estudiantes de Universidades del Consejo de Rectores y que nunca existió una vía idónea para ser impugnado.

Señalan que la glosa que establece los llamados “requisitos de elegibilidad” de las instituciones constituye una discriminación arbitraria al separar a los estudiantes según los caracteres de las universidades, con requisitos

especiales que rigen solamente para aquellas que no están en el Consejo de Rectores o que sean Centros de Formación Técnica e Institutos Profesionales, exigencias que las universidades de dicho Consejo no deben cumplir y que en los hechos muchas de ellas no cumplen. Lo anterior con la errada convicción del Ejecutivo de que las universidades de dicho Consejo satisfacen todos los estándares de calidad en la educación necesarios para acceder a gratuidad.

Agregan que estos requisitos deben estar cumplidos al 30 de septiembre de 2015, día en el que se envió al Congreso Nacional el proyecto de Ley de Presupuestos, por lo cual el que esté llano a adaptarse no podría, por haberse vencido el plazo antes de que la norma exista, incumplimiento que no depende de la voluntad de los estudiantes ni de la institución.

Esta diferencia de trato –según los requirentes– carece de fundamento racional y es arbitraria ya que las Universidades del Consejo de Rectores quedan eximidas de observar estas obligaciones. Señalan que solamente existen 4 universidades del Consejo de Rectores acreditadas por más de 4 años, que a lo menos 4 están acreditadas por períodos inferiores y que, excluyendo la Pontificia Universidad Católica y la Universidad de Chile, el promedio de años de acreditación es mayor en las universidades privadas que en el Consejo de Rectores.

Agregan que prácticamente ninguna Universidad del Consejo de Rectores cumple el requisito de participación estudiantil o funcionaria en su gobierno, que varias de ellas modifican sus estatutos por ley o por decreto con fuerza de ley y que es discriminatorio exigir este requisito solo a las privadas.

Exponen, además, que todas las universidades privadas son corporaciones o fundaciones por imperativo legal, y que la sospecha del legislador por la posible relación con empresas, llama a constatar también que, según datos oficiales del Ministerio de Educación, las Universidades del Consejo de Rectores tienen diversas sociedades relacionadas (en algún caso son más de 50 y en otro más de 20). Así, el requisito de no ser beneficiario de empresas se les impone a algunas, pero las del Consejo de Rectores lo infringirían abiertamente. Esta sería una discriminación basada solo en la fecha de creación de la universidad y por la cual estudiantes necesitados quedarían fuera de la gratuidad.

Concluyen que las condiciones exigidas a las instituciones privadas que no están en el Consejo de Rectores son discriminatorias, arbitrarias, vulneratorias de la igualdad de oportunidades y de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. En particular, consideran vulnerado el derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, que es especialmente relevante en materia educacional, citando los recientes



fallos del TC Roles 2731 y 2787. Para probar aquello, construyen y verifican latamente un examen de la igualdad ante la ley, concluyendo que los requisitos exigidos configuran una discriminación arbitraria, que las diferencias no se justifican y que dejan a algunos en una posición ventajosa, agregando que los estudiantes de universidades sin gratuidad no pueden cambiarse a las que sí la tengan. Sostienen que se vulneran valores como la inclusión, la diversidad y la no discriminación arbitraria, lo cual resulta especialmente gravoso para los alumnos vulnerables que asisten a instituciones no elegibles.

Ahora bien, como *petición principal*, solicitan los requirentes la declaración de inconstitucionalidad de todas las normas impugnadas, por vulnerar los artículos 4, 46, 63 No. 20 y 67 de la Carta Fundamental. Y como *petición subsidiaria*, fundada solamente en el artículo 19, Nos. 2° y 3° de la Carta Fundamental, requieren la inconstitucionalidad del primer grupo de normas impugnadas, referidas solamente a los requisitos de elegibilidad para acceder al régimen de gratuidad.

Acogido a trámite el requerimiento, posteriormente se resolvió declarar su admisibilidad, conferir traslado a los órganos colegisladores y convocar a audiencia pública para oír a las instituciones y organizaciones que decidieran aportar antecedentes en el proceso. Con fecha 9 de diciembre de 2015 se verificó la audiencia pública siendo oídas 18 entidades.

Contestando el traslado conferido en un extenso escrito de 118 fojas, el Poder Ejecutivo dio lata cuenta del requerimiento deducido, del sistema universitario chileno, sus regímenes de financiamiento y los caracteres y elementos de las glosas cuestionadas, señalando que los requirentes buscan modificar y anular la política de progresiva gratuidad, que tiene un régimen voluntario ajustado a la actual situación económica y presupuestaria, concentrándose en los deciles de menores ingresos, con criterio de calidad para delimitar los establecimientos beneficiarios, con límite al gasto y cupos regulados. Expone que los requirentes pretenden eliminar la prohibición del copago como requisito de elegibilidad, que el 2.7% de tope de aumento de matrícula, sujeto a excepciones, se fija por ser el aumento promedio de la matrícula en el Consejo de Rectores. En cuanto a la necesidad de la acreditación para acceder a las becas y a la información de las mediciones, expone que en leyes de presupuesto anteriores se ha establecido lo mismo y no se ha impugnado.

En segundo lugar, se refiere el Ejecutivo latamente a la ley de presupuestos en la doctrina y la jurisprudencia, señalando que su idoneidad no ha sido discutida y que la formulación de políticas públicas desde ella no es una

novedad, dando una serie de ejemplos al respecto. Expone que el Tribunal Constitucional debe respetar el diseño de competencias e iniciativa exclusiva respecto de la Ley de Presupuestos y que su competencia se limita a la sola supresión de normas inconstitucionales. Agrega el Ejecutivo, que en ningún caso el TC puede ser legislador positivo, que su decisión, a diferencia de lo que pretenden los requirentes, no puede suponer la creación de una política pública nueva ni un aumento de gastos sin violar la Constitución excediendo sus competencias, dejando en tela de juicio la seriedad fiscal y vulnerando todos los medios de control del gasto establecidos durante un siglo, a saber, la proposición y estimación técnica del gasto por el Ejecutivo y la imposibilidad de aumentar la propuesta.

Agrega, también, que la iniciativa exclusiva presupuestaria limita la intervención de parlamentarios para otorgar certeza y seriedad al gasto fiscal, reglas que se pretenden eludir para modificar por decisión del Tribunal las glosas ya aprobadas, sin cuestionar la legitimidad de la gratuidad ni la determinación por el Estado de requisitos y cargas para traspasar recursos.

En cuanto a *la forma* –prosigue el Ejecutivo–, se alega que las glosas serían inconstitucionales por violar la idea matriz de la Ley de Presupuestos al incorporarle materias permanentes que violarían su objeto y el derecho de las minorías a participar en el proceso legislativo, lo cual debe ser rechazado porque nada obsta a que se incluyan en esta ley disposiciones de ejecución o de administración, sin infringir sus ideas matrices ni la Constitución. Agrega que las glosas impugnadas carecen de carácter permanente y no vulneran la Constitución al ser acotadas temporalmente. Asimismo señala que no se viola el derecho de las minorías porque a la formación de esta ley concurren los órganos colegisladores, reconocidos como los de mayor legitimidad democrática, aun cuando esta ley tenga caracteres especiales, todo ello dentro del marco que la propia Constitución establece para el procedimiento legislativo. Debido a que la aprobación de una glosa se ajusta a la Carta Fundamental, e implica la concurrencia de voluntades de los órganos más representativamente democráticos, no resulta posible que su uso vulnere la democracia, las facultades del Congreso ni el sistema de pesos y contrapesos, agregando que la deliberación no se disminuye, sino que se concentra, siendo las glosas garantía de ella y un límite a la discrecionalidad.

En cuanto *al fondo*, se refiere el Ejecutivo a la naturaleza de las glosas, descarta que sean de carácter permanente, que modifiquen legislación permanente y que alguna de ellas sea inconstitucional. Expone que no se imponen requisitos

discriminatorios, pues los requirentes desconocen la naturaleza progresiva de los derechos sociales, recogida en el derecho internacional, y la posibilidad de satisfacerlos de forma gradual en atención a la capacidad presupuestaria. Para implementar gradualidad de forma progresiva es necesario recurrir a criterios diferenciadores, se debe seleccionar y asignar recursos limitados. El principio de progresividad de la gratuidad que se aplica al derecho social a la educación superior constituye un mandato de optimización, según el cual deben adoptarse acciones tendientes a su mayor consecución posible, sin afectar beneficios ya concedidos. En tal sentido, hay una medida concreta con implantación paulatina en la enseñanza superior y equidad social en el actual y limitado escenario presupuestario.

Descarta el Ejecutivo la discriminación entre las categorías de instituciones, pues ellas están en distintas situaciones y se fijan las condiciones más apropiadas para cada grupo, diferenciando con criterios objetivos y sin discriminar arbitrariamente, para asegurar educación superior de calidad a los jóvenes de menores ingresos. Es por ello que se reconoce como beneficiarias a las universidades del Consejo de Rectores, entidad creada por ley, la que le reconoce funciones específicas de colaboración e información en materia de política educacional, que reúne condiciones mínimas para asegurar una educación superior de calidad, con universidades que se someten a un estatuto de mayor control y regulación que las instituciones que no pertenecen a él, como las universidades privadas de creación reciente. Argumenta el Ejecutivo que esta distinción se hacía desde hace muchos años en la Ley de Presupuesto y que ahora no innova en ello. Profundiza latamente en la naturaleza y funciones del Consejo de Rectores, caracterizándolo como un órgano del Estado que cumple funciones públicas desde hace más de sesenta años, con representantes en otros órganos estatales y dedicado a la calidad, para detallar la diferencia con las instituciones que están fuera de ese Consejo.

Expone que en lugar de discriminar, como pretenden los requirentes, se reconocen situaciones diferentes y en lugar de establecer requisitos adicionales, se establecen estatutos diferenciados, otorgando la posibilidad de que las otras universidades privadas de mayor calidad accedan a gratuidad con condiciones, priorizando así el uso de los escasos recursos públicos. Así, la acreditación es un requisito de calidad y se busca asegurar que los administradores no se apropien de los fondos y que la democracia al interior funcione como control interno de la calidad. A continuación se refiere a cada uno de los requisitos y su justificación en la normativa vigente.

Concluye el Ejecutivo que los requisitos para acceder a la gratuidad son razonables, que obedecen a los legítimos fines de calidad e igualdad de oportunidades, refiriéndose en detalle a cada requisito, su función y sus elementos, tanto en universidades como en institutos profesionales y centros de formación técnica. Finaliza el Ejecutivo señalando que todos son factores idóneos y razonables, descartando las alegaciones de discriminación y, por todo lo expuesto, solicita el rechazo del requerimiento.

Finalizada la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación.

## 2. Estructura de la sentencia y decisión del Tribunal Constitucional

A fin de iniciar el estudio del fallo en comento, se debe tener en cuenta la estructura trazada por el propio Tribunal Constitucional, que distingue, por una parte, lo concerniente a la *petición principal* de los requirentes, y, por otra, lo referente a la *petición subsidiaria* y las impugnaciones de fondo. Sobre el particular, es relevante reproducir los considerandos 7° y 8° de la sentencia:

**SÉPTIMO.-** Que el Tribunal, en empate de votos, y con el voto dirimente de su Presidente, conforme prevé el artículo 8°, letra g), de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, rechazará la petición principal formulada en el requerimiento, por considerarse que la materia de que se trata pudo ser regulada en la Ley de Presupuestos, según se indicará, sin infringir lo prescrito en los artículos 4°, 46, 63, N° 20, y 67 del texto supremo.

En consecuencia, el Capítulo III de esta sentencia consignará los votos por rechazar y por acoger el requerimiento de autos -con sus respectivos fundamentos-, antes de incluirse la resolución del presente conflicto constitucional.

**OCTAVO.-** Que, a continuación, corresponde emitir pronunciamiento acerca de la petición subsidiaria, que será acogida sólo en cuanto a los requisitos que deben reunir las “*instituciones de educación superior elegibles*”, exigidos en el párrafo tercero, de la Glosa 05, Asignación 201 del Ítem 03, relativa al “Financiamiento del acceso gratuito a las Instituciones de Educación Superior 2016”, incluida en el Subtítulo 24, Programa 30, de la Partida 09 del Ministerio de Educación,

correspondiente a la Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2016 (Boletín 10.300-05), en las partes que se individualizan en el propio requerimiento (fojas 67 y 68).

Lo anterior, por cuanto dichas condiciones establecen diferencias arbitrarias y vulneran el derecho de igualdad ante la ley, asegurado en los artículos 1º, inciso quinto, y 19, Nos 2º y 26º, de la Carta Fundamental, según enseguida se explicará.

Las razones para acoger parcialmente se consignarán en el capítulo IV de la presente sentencia”.

Lo anterior explica que, en la parte dispositiva de la sentencia, el Tribunal Constitucional haya resuelto en definitiva lo siguiente:

1º. Que, **en lo relativo a la petición principal del requerimiento**, -por no infringir los artículos 4º, 46, 63 N° 20), ni 67 de la Constitución- **se rechaza el requerimiento de fojas uno**, en contra de:

a) Las Glosas 04, de la Asignación 200, las Glosas 05 y 19, de la Asignación 201, todas correspondientes al Ítem 03, del Subtítulo 24, del Programa 30, del Capítulo 01, de la Partida 09 del Ministerio de Educación del Proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público correspondiente al año 2016 (Boletín 10.300-05), y

b) el párrafo tercero en la Glosa 04 correspondiente a la Asignación 001, del Ítem 03, del Subtítulo 24, del Programa 01, del Capítulo 03, de la Partida 09 del Ministerio de Educación, del mismo Proyecto de Ley.

2º. Que, **en lo relativo a la petición subsidiaria**, -por infringir los artículos 10, inciso quinto, y 19, N°s 2º y 26º, de la Carta Fundamental- **se acoge el requerimiento deducido a fojas uno, declarándose inconstitucionales los siguientes textos** del párrafo tercero, de la Glosa 05 correspondiente a la Asignación 201, del Ítem 03, del Subtítulo 24, del Programa 30, del Capítulo 01, de la Partida 09 del Ministerio de Educación correspondientes al Proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público correspondiente al año 2016 (Boletín 10.300-05), las que deberán eliminarse del texto de la Ley N°20.882, Ley de Presupuestos del Sector Público correspondiente al año 2016, publicada en el Diario Oficial de 5 de diciembre de 2015:

En el literal ii: *“que, al 30 de septiembre de 2015, cumplan con los siguientes requisitos:*

- 1) Estar acreditadas de acuerdo a la ley N° 20.129, por 4 años o más;*
- 2) No contar con la participación, en calidad de miembros, asociados o beneficiarios de la respectiva corporación o fundación, según corresponda, de personas jurídicas de derecho privado que no estén constituidas como personas jurídicas sin fines de lucro;*
- 3) Constar en sus estatutos registrados ante el Ministerio de Educación, de conformidad a lo dispuesto en el Párrafo 2° del Título III del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2010, del Ministerio de Educación, el derecho a la participación de al menos un representante de los estamentos estudiantil o personal no académico, sea con derecho a voz o a voto, en algún órgano colegiado de la administración o dirección central de la institución”.*

En el literal iii: *“que, al 30 de septiembre de 2015, cumplan con los siguientes requisitos:*

- 3) Estar organizado como persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro;*  
*Contar con acreditación institucional vigente, de acuerdo a la ley N° 20.129, por 4 años o más”;*

Acordado el punto resolutivo número 1°, por haberse producido empate de votos, con el voto dirimente del Presidente del Tribunal, de acuerdo a lo dispuesto en la letra g) del artículo 8° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Respecto a la petición principal (punto resolutivo n° 1°) la sentencia reproduce el voto de empate por rechazar (Carlos Carmona, Gonzalo García, Domingo Hernández, Nelson Pozo y José Ignacio Vásquez), y el voto de empate por acoger (Marisol Peña, Iván Aróstica, Juan José Romero, María Luisa Brahm y Cristián Letelier).

Respecto a la petición subsidiaria (punto resolutivo n° 2°) la sentencia reproduce el voto de mayoría que acoge (Marisol Peña, Iván Aróstica, Juan José Romero, María Luisa Brahm, Cristián Letelier y José Ignacio Vásquez), y el voto disidente que estaba por el rechazo (Carlos Carmona, Gonzalo García, Domingo Hernández y Nelson Pozo).

También reproduce una serie de votos particulares: prevención de Carlos Carmona, Gonzalo García, Domingo Hernández y Nelson Pozo (punto

resolutivo n° 1°); prevención de Marisol Peña y Juan José Romero (punto resolutivo n° 2°); y prevención de Domingo Hernández (punto resolutivo n° 2°). Sobre este grupo de votos de prevención, el presente comentario no se hará cargo.

Finalmente, en el Considerando 3° el Tribunal señala que “circunscribe su pronunciamiento exclusivamente al examen de constitucionalidad de los preceptos impugnados del proyecto de ley de presupuestos para el año 2016, en la forma indicada por los requirentes en su libelo”.

### **2.1. Petición principal: Reserva legal presupuestaria y deliberación democrática**

El conflicto de constitucionalidad que le tocó resolver al Tribunal Constitucional, en la esfera de esta petición principal, se centra en el principio de reserva legal presupuestaria. Toda vez que el requerimiento afirmaba que la regulación contenida en las partes o totalidad de las glosas 04, 05 y 19 de la partida 09 del Ministerio de Educación, vulneraría el artículo 67 de la CPR, y que esta norma tendría un contenido acotado, infringiéndose, además, el proceso legislativo que asegura la reserva legal, establecido en los artículos 4, 46 y 63 N° 20 de la CPR. Con ello, por un lado, se vulneraría –o excedería– el contenido o idea matriz de la Ley de Presupuestos, ya que esta solamente estaría llamada a fijar la cantidad de recursos públicos (fijación anual del gasto público), pero no su reglamentación sustantiva, ni sus requisitos, exclusiones, obligaciones de las instituciones y las sanciones por su incumplimiento. Y, por otro lado, la regulación de esta política pública mediante glosas, impediría al Congreso Nacional concurrir debidamente a la formación de la ley, imposibilitando totalmente la deliberación democrática del Poder Legislativo en materias propias de otra ley, como es el diseño de una política pública nueva, relativas al financiamiento de la educación superior.

#### **2.1.1. Voto por rechazar la petición principal**

Las consideraciones para el rechazo podrían resumirse en las siguientes ideas.

Este voto parte precisando algunos conceptos propios del denominado “derecho público financiero”, uno de los ámbitos jurídicos en el que se desenvuelve la Ley de Presupuestos. Luego definen la Ley, utilizando para ello la propia jurisprudencia del Tribunal y el desarrollo sobre el tema de la doctrina y explican el concepto de ideas matrices o fundamentales de un proyecto. Partiendo de la base que las glosas forman parte de la Ley de Presupuestos, concluyen que “las regulaciones por ellas contempladas resultan concordantes

con la idea matriz de la Ley de Presupuestos”, que no es otra que el de concentrarse en las “prioridades programáticas” (21°). Por ello, indican, “la implementación de la política pública destinada a otorgar gratuidad a los jóvenes pertenecientes a los 5 primeros deciles a partir del año 2016, necesariamente debe materializarse por la vía de contemplar los recursos pertinentes en la Ley de Presupuestos que deberá regir el próximo año” (22°). Finalmente señalan que, “la obligación de financiar la gratuidad derivada del programa de Gobierno está entonces incorporada en la idea matriz del presupuesto y las glosas impugnadas establecen la regulación de la forma de ejecución del gasto ya autorizado en el ítem correspondiente” (23°). Finalmente, se expresa que las glosas no impiden la deliberación democrática del Congreso Nacional. Para fundamentar esta conclusión, por una parte, citan jurisprudencia del propio Tribunal, y, por la otra, al considerar las glosas como parte integrante de la Ley de Presupuestos, se circunscriben a la perspectiva de la ley en sentido formal, no estando, por ende, “exentas del procedimiento de tramitación o formación de la ley y, en consecuencia, de la deliberación de ambas cámaras” (26°).

### **2.1.2. Voto por acoger la petición principal**

Las consideraciones por acoger el requerimiento podrían resumirse en los siguientes votos.

#### **a) Voto de Marisol Peña.**

Indica que las glosas de la Ley de Presupuestos no han impedido la deliberación democrática de dicho proyecto. Parte de la idea que la regulación y definición de las políticas públicas en democracia debe realizarse, fundamentalmente, por los órganos colegisladores. Desde este punto de vista, formula dos preguntas iniciales: “La primera es si la Ley de Presupuestos puede regular políticas públicas y, la segunda, si las glosas contenidas en la ley de Presupuestos forman parte de la misma y, por ende, participan de la eventual posibilidad de regular políticas públicas” (5°). Respondiendo a estos interrogantes, la argumentación de este voto particular discurre en torno a que las glosas son parte de la Ley de Presupuestos, y que esta última puede abordar materias que incidan en políticas públicas. Planteando, también, que la distinción entre Ley de Presupuestos y “legislación sustantiva” (como se sostenía en el requerimiento) “no parece tener asidero ni en la Constitución ni en las disposiciones legales relacionadas, porque no es posible separar -ni siquiera intelectualmente- la asignación de los recursos para la implementación de una política pública de las disposiciones que regulan su ejecución” (10°). En



resumidas cuentas, se concluye que “la Ministra que suscribe este voto no considera que las glosas de la Ley de Presupuestos impugnadas en estos autos, y que inciden en la política de acceso universal a la educación superior de los estudiantes de este país, hayan infringido los artículos 4° y 46 de la Constitución Política” (14°). Y, por ende, tampoco infringen las glosas impugnadas los artículos 63 N° 20, y 67 de la Constitución. En efecto, indica que “sin necesidad de efectuar un análisis pormenorizado de cuáles serían las “leyes permanentes” que estarían siendo invadidas por la regulación contenida en las glosas de la Ley de Presupuestos que se tachan de inconstitucionales, y para descartar este vicio, resulta necesario tener presente que la regulación que contemplaba la Constitución de 1925 en esta materia difiere de la que se contiene en la Carta vigente (...) La simple comparación de ambos preceptos constitucionales [art. 44 N° 4° de la Carta de 1925 y art. 67 de la Carta de 1980] revela las diferencias. Mientras en la Carta de 1925 la prohibición de alterar los gastos o contribuciones acordados en leyes generales o especiales era una exigencia de la Ley de Presupuestos, esto es, un deber que debían respetar todos los órganos colegisladores que intervenían en ella por igual, en la Carta vigente se trata de un deber impuesto solo al Congreso Nacional que, al ejercer su facultad de reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, debe respetar aquellos establecidos por ley permanente” (25°). En consecuencia, “que siendo diferente la regulación constitucional de la Carta precedente a la de la actual, no cabe entender que se vulnere el artículo 67 de esta última por afectar el contenido de las glosas impugnadas la regulación contenida en leyes permanentes” (26°).

Al contrario, señala en su voto particular, que las glosas impugnadas infringen el artículo 7° de la Carta fundamental. De ahí que exprese que “la diferencia esencial entre la ley orgánica constitucional y la ley común no dice relación con el principio de jerarquía (ambas son leyes) sino que con el de competencia. En otras palabras, habiendo confiado la Carta Fundamental la regulación de ciertas importantes materias a una ley con quórum reforzado, no puede el legislador común invadir esa esfera de competencia sin infringir el principio de separación de funciones que se encuentra contenido en el artículo 7°, inciso segundo, de la Constitución (...) en este contexto, las glosas impugnadas -que forman parte de la Ley de Presupuestos, según se ha explicado- vulneran la competencia del legislador orgánico constitucional, toda vez que, por ley común, se abordan materias propias de aquéllas” (32° y 33°).

b) Voto Iván Aróstica, Juan José Romero, María Luisa Brahm y Cristián Letelier.

Estos magistrados estuvieron por declarar que la Ley de Presupuestos no es la vía constitucionalmente idónea para regular las materias de que trata el requerimiento. En efecto, por una parte, indican que las glosas impugnadas exceden el ámbito material que corresponde a una ley de presupuestos. Y, por otra parte, expresan que tal desborde no solo constituye un problema de deficiente o incorrecta técnica legislativa (susceptible de ser corregida en las instancias parlamentarias encargadas de velar por la calidad de las leyes), sino que implica un problema de constitucionalidad. Precisan que en el artículo 67 de la Carta “se plasma el inequívoco objetivo de fijar para las leyes de presupuestos una reserva constitucional máxima, que les impide acometer aspectos impropios a los allí especificados, como son alterar leyes vigentes e instaurar reglas nuevas en la institucionalidad educacional” (10°).

## **2.2. Petición subsidiaria: Principio de igualdad y discriminación arbitraria**

El conflicto de constitucionalidad que le tocó resolver al Tribunal Constitucional en la esfera de esta petición subsidiaria y las impugnaciones de fondo, se centra en la inconstitucionalidad de la glosa 05 de la partida 09 del Ministerio de Educación, referente al listado de requisitos que deben cumplir las instituciones de educación superior para ser consideradas “elegibles” a fin de que los estudiantes más vulnerables, que el proyecto de ley define, puedan acceder a la gratuidad de sus estudios. Esta segunda impugnación, según el considerando 6°, “se articula en torno a la idea de que los requisitos adicionales para las Universidades Privadas que no forman parte del Consejo de Rectores, exigidos por algunas de las glosas del Proyecto de Ley de Presupuestos del sector Público, impugnadas ante esta sede”, constituyen una “discriminación arbitraria contra los estudiantes de los cinco primeros deciles que actualmente estudian en dichas instituciones, sumando a aquellas que pretenden elegirlas a contar del año 2016 (fojas 41 y 42). De esta manera, se configura una infracción a los artículos 1°, inciso quinto, y 19, numerales 2° y 3°, de la Ley Suprema”.

### **2.2.1. Voto de mayoría que acoge parcialmente requerimiento y declara inconstitucional parte del párrafo tercero de la Glosa 05**

Sobre este punto, el voto de mayoría comienza a articular su argumentación, por un lado, en torno a la función del legislador en un Estado constitucional

y democrático de derecho, particularmente respecto al cometido de la reserva legal y del sometimiento del legislador al procedimiento de formación de la ley reglado en la Constitución. Por otro lado, se hace cargo del rol que le corresponde a la jurisdicción constitucional, como instancia de garantía de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional, “asegurando el sometimiento y pleno respeto del legislador a las dimensiones formales y sustanciales de la democracia constitucional (considerando 14° y 15° de la sentencia). Advierten, también, “que la sentencia no cuestiona la partida presupuestaria destinada a la gratuidad (...) tampoco altera los requisitos propiamente personales y académicos que la Glosa 05 exige a los estudiantes vulnerables para acceder al beneficio”. No obstante ello -indican- “se ha tenido presente que por muy loable que sea la política pública perseguida, las reglas que la contienen deben ajustarse al principio de supremacía constitucional, correspondiéndole a esta Magistratura velar por tal principio (...) la gratuidad de la educación superior tiene que enfocarse en la situación socioeconómica del estudiante y no en la institución a la que se adscribe, sin perjuicio de lo cual y con el propósito de asegurar una educación de calidad, se deben considerar ciertos presupuestos mínimos dentro de los límites permitidos por el principio de igualdad ante la ley” (considerando 16° de la sentencia).

En consecuencia, indica el voto de mayoría, “lo que objeta esta Magistratura es que a dichos estudiantes vulnerables se les imponga para el goce de la gratuidad, consagrada en la Ley de Presupuestos, condiciones ajenas a su situación personal o académica, como es el hecho de encontrarse matriculados en determinadas universidades (...). Es por tanto, la aplicación de tales exigencias referidas a las instituciones de educación superior de las cuales forman parte -según como está concebida por esa Glosa de la Ley de Presupuestos-, las que generan diferencias injustificadas entre estudiantes vulnerables que se encuentran en idéntica situación, lo que resulta contrario al principio de igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria, consagrado [en el] artículo 19 N° 2°, de la Constitución. Más aún cuando se les impone una fecha anterior a las reglas sobre gratuidad que les constriñe e imposibilita su voluntad para elegir el establecimiento de educación superior que tenga el beneficio buscado” (considerando 23° de la sentencia). Concluyen señalando que, “la igualdad ante la ley constituye tanto un derecho como una garantía de seguridad jurídica no solo respecto de la aplicación de las normas jurídicas en general, sino, también respecto del ejercicio de los derechos fundamentales” (considerando 30° de la sentencia).

Posteriormente, llevan a cabo un análisis de los antecedentes jurisprudenciales del TC en materia de igualdad. Destacan que, ya desde la sentencia Rol N° 53-1988, “esta Magistratura ha desarrollado la idea de igualdad sobre la base del concepto de razonabilidad (...) [En consecuencia] no puede considerarse jurídicamente reprochable una diferenciación entre los estudiantes que accedan a la educación superior, en la medida que tal distinción no responda a una fundamentación razonable” (considerando 33° y 35° de la sentencia).

Por este motivo, la sentencia aborda lo referente al “examen de racionalidad”. Resulta destacado transcribir el considerando 36° del fallo:

**TRIGÉSIMO SEXTO.-** Que, entendida entonces la igualdad ante la ley como la exigencia de un trato igual para quienes están en idénticas condiciones, y uno distinto para quienes están en diversas posiciones, resulta legítimo al legislador establecer diferencias de trato siempre que ellas no sean arbitrarias, para lo cual deben cumplir, a lo menos, con la exigencia o cartabón de la racionalidad. Por tanto, resta avocarnos a determinar si la Glosa 05, en la parte cuestionada, respeta tal premisa. Para lo anterior será necesario identificar, en este caso: (1) la finalidad declarada por el legislador al crear el beneficio, (2) la diferencia concreta de trato que se establece por el legislador, y (3) el criterio de diferenciación, vale decir porqué el Estado les va a financiar la gratuidad a unos y a otros no. Efectuado esto **podremos concluir que no existe la debida racionalidad entre estos tres elementos.**

Después de realizar un análisis de los tres aspectos o criterios de diferenciación utilizados por el legislador (considerando 37°- 44° de la sentencia) el tribunal deduce lo siguiente:

**CUADRAGÉSIMO QUINTO.-** Que, finalmente, de acuerdo al razonamiento previo, al establecer el legislador en la cuestionada glosa 05 de la Ley de Presupuestos condiciones adicionales y ajenas a los requisitos que se les exige a los estudiantes pertenecientes a los 5 deciles de menores ingresos del país, para poder ejercer efectivamente su derecho social a la educación mediante el beneficio de la gratuidad, discriminándolos arbitrariamente, se afecta la esencia del principio de igualdad y, en consecuencia, se vulnera otra garantía de seguridad ju-

rídica, como es aquella consagrada en el artículo 19 N° 26° de la Carta Fundamental. En efecto, este último precepto dispone que “la Constitución asegura a todas las personas la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Esta cláusula constitucional sobre el contenido esencial de los derechos, se entiende como un límite impuesto al legislador, toda vez, que en el contexto de un Estado constitucional de derecho, como es nuestro sistema político, la Constitución Política y los derechos fundamentales que ella reconoce, tienen primacía absoluta respecto de aquél. En efecto, es conveniente recordar que en el actual modelo de Estado, la Constitución no puede entenderse como una norma meramente programática sin valor vinculante alguno y sujeta en su desarrollo a la simple voluntad del legislador; por el contrario, considerando el mandato expreso del artículo 6° de la Constitución, ésta obliga a los órganos del Estado, tanto a sus titulares e integrantes como a toda persona, institución o grupo. De esta forma, por sobre el principio de legalidad, se impone el principio de supremacía constitucional tanto formal como material.

Prosiguen señalando:

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.-** Que, como se ha podido comprobar en este control de constitucionalidad, no es suficiente que los derechos se garanticen mediante su desarrollo legislativo, sino que ello debe ocurrir siempre que exista una autorización constitucional, en virtud de la llamada reserva legal y en la medida de la determinación de su contenido esencial, respetándose tanto su naturaleza y fin como su justificación, de acuerdo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. De suerte que si las diferencias o condiciones introducidas por el legislador para garantizar un derecho -en nuestro caso el derecho a la educación-, ya sea por vía de intervención o de configuración, impiden o condicionan su ejercicio, no cabe más que concluir que se ha producido una afectación a la esencia del derecho, situación que sólo puede ser calificada de inconstitucional.

En vista de todo el razonamiento anterior el voto de mayoría *concluye*, –en los considerandos 48° y 49°– lo siguiente:

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO.-** Que, en consecuencia, de conformidad con lo razonado previamente y habiéndose establecido que la Glosa 05 discrimina arbitrariamente entre los propios estudiantes provenientes de los hogares pertenecientes a los cinco primeros deciles de menores ingresos del país, pues les impone requisitos adicionales a su condición personal -ya de por sí vulnerable-, cuyo cumplimiento no depende en absoluto de ellos. Estos criterios de diferenciación no guardan ninguna relación con el fin que persigue el destino de los recursos contemplados, cual es, el de garantizar el derecho social a la educación a aquellos titulares del mismo que se encuentran en igual condición de vulnerabilidad. No resulta razonable, entonces, que para el ejercicio de ese derecho, cuya titularidad solo puede corresponder a las personas universalmente consideradas, se exija el cumplimiento de requisitos que escapan a su propia voluntad y a su propia condición personal.

**CUADRAGÉSIMO NOVENO.-** Que, de esta forma, dichos criterios de diferenciación de la Glosa, en vez de asegurar la igualdad ante la ley y la igualdad de oportunidades para todos esos estudiantes, le imponen condiciones a algunos que hacen imposible su ejercicio, dejándolos en una situación de evidente exclusión, ya no sólo por su condición social, sino, ahora por su pertenencia a una determinada institución respecto de la cual pesa la decisión y posibilidad de cumplir con aquellos criterios. En consecuencia, la pertenencia a una institución que no pudo cumplir, constituirá otro estigma más para esos jóvenes vulnerables y el beneficio de la gratuidad en una mera ilusión o quimera. Por lo tanto, la falta de relación y de razonabilidad de los criterios de diferenciación impugnados, son causantes de exclusión y de discriminación arbitraria.

### **2.2.2. Voto de minoría que rechaza requerimiento de inconstitucionalidad de parte de la Glosa 05**

La fundamentación del voto disidente se estructura en los siguientes puntos: La impugnación, la glosa, criterios interpretativos, no se establece ninguna discriminación arbitraria, la legitimidad de las condiciones, y que no hay retroactividad ilegítima.

La argumentación del voto de minoría, parte de la premisa que la gratuidad la cubre el Estado, siempre que se trate de instituciones que cumplan determinados requisitos. De ahí que, indican, lo central de la impugnación “son los requisitos que establece la glosa para las instituciones elegibles” (7°). Y parten de diversos criterios interpretativos que guían su razonamiento. En primer lugar, que la competencia del TC cuando se formula un requerimiento, conforme al artículo 93 N° 3 CPR, es acotada, esto es, solo debe limitarse a conocer de la cuestión de constitucionalidad formulada. En segundo lugar, indican que al TC no le corresponde legislar, tarea que le corresponde al Congreso Nacional; y tratándose del presupuesto, el rol del legislador es autorizar gastos contemplados por ley permanente, o establecer nuevos gastos (artículo 67 CPR). Además, señalan, “el sistema constitucional diseña un equilibrio de potestades muy delicado, donde confluyen dos atribuciones: la iniciativa exclusiva del Ejecutivo de legislar, estableciendo en el presupuesto beneficios y gastos, y la facultad del Congreso de aceptar, disminuir o rechazar tales iniciativas que proponga el Presidente de la República. En ese equilibrio –prosiguen–, “no está contemplada la intervención del Tribunal Constitucional, para reconfigurar beneficios y gastos” (11°). Por lo mismo, concluyen, “cualquier intervención de este Tribunal, en el marco de sus atribuciones, debe hacerlo procurando no romper este juego de atribuciones entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional, que son los llamados a definir el monto y los destinos del gasto público (...) Que no le corresponde a esta Magistratura, por otra parte, cambiar el diseño de una política pública. La glosa cuestionada no apunta a una gratuidad universal, sea porque establece requisitos solo para un segmento de los estudiantes cuyo pago de arancel y derechos básicos de matrícula va a realizar el Estado, como porque otorga el beneficio solo a ciertas instituciones. Dicha diferenciación se construye en base al establecimiento de requisitos (...) Este Tribunal solo puede objetar que esa discriminación sea arbitraria, pero no definir el universo de los eventuales beneficiarios de la transferencia” (11° y 12°). En tercer lugar, indican “la Constitución establece para la educación parvularia, básica y media un sistema de financiamiento gratuito. Nada dijo la Carta Fundamental sobre la educación superior (...) Al no tener una consagración constitucional expresa el financiamiento universitario, el legislador tiene un ámbito de actuación mucho mayor. Por lo mismo es un derecho de configuración legal, que puede perfectamente ser condicionado en su ejercicio” (14° y 15°). En cuarto lugar, señalan que “un cuarto criterio interpretativo dice relación con el

contexto en que se inserta la glosa impugnada. En efecto, en el último tiempo el legislador se encuentra empeñado en perfeccionar el uso de los recursos públicos en materia educacional. Para tal efecto ha buscado obtener calidad (...) Que las condiciones que se impugnan en el presente requerimiento para acceder al pago por parte del Estado del pago de arancel y los derechos básicos de matrícula, no son muy distintos a los recién señalados, puesto que la acreditación apunta a la calidad y la no participación de empresas con fines de lucro” (17° y 18°).

Una vez desarrollados los criterios interpretativos por el voto disidente, examinan el fondo del requerimiento, y parten por hacerse cargo de lo decidido por el voto de mayoría (los que concluyeron que sería una distinción arbitraria, excluir del beneficio a alumnos vulnerables por el solo hecho de estudiar en universidades no calificables). Sobre el particular expresa el voto de minoría: “Al respecto, hay que señalar que el estándar de la no arbitrariedad del legislador exige una razón que justifique dicha distinción. No tiene que ser particularmente persuasiva. Basta que sea aceptable y atendible” (28°). Respecto a los supuestos para justificar la distinción este voto disidente señala que, por un lado, “todo el programa de becas públicas, actualmente, exige acreditación” (26°); y, por otro lado, “las universidades pertenecientes al CRUCH tienen un financiamiento distinto al del resto de las universidades (...) Hay, por tanto, una razón histórica de distinción. Esa diferenciación histórica no cambia con el actual presupuesto” (29°). Indican además: “Que también hay otras razones de diferenciación. El CRUCH es una institución creada por ley (D. F. L. N° 2, Educación, 1985), lo mismo que varias de las instituciones de educación superior que la componen. Eso marca también una diferencia. Sobre todo porque la mayoría de las instituciones que están en su seno son universidades estatales, que el Estado debe financiar” (30°). Y concluyen: “Que, por lo mismo, existen razones, y estas son aceptables y atendibles. Ellas descartan que pueda existir arbitrariedad del legislador en establecer los criterios de diferenciación contenidos en la glosa” (35°). Finalmente, respecto al cuestionamiento a los años de acreditación exigidos (cuatro años o más), señalan que “de todas la universidades que integran el CRUCH, solo tres no tienen esta acreditación. Las tres, sin embargo, son universidades públicas. Ello trae importantes efectos. Entre otros, que el Estado las financia, por ser, precisamente, corporaciones de derecho público” (37° y 38°).



### 3. Comentarios finales

El análisis final discurrirá en torno a dos grandes tópicos. Primeramente, se hará una breve mención a los aspectos formales de la sentencia. En segundo lugar, se analizará el fondo de la *ratio decidendi* de los sentenciadores, distinguiéndose, por una parte, lo concerniente a la reserva legal y la deliberación democrática implícita; y, por la otra, lo referente al principio de igualdad y la discriminación arbitraria.

#### 3.1. Aspectos de forma

Se debe poner de relieve en este punto, que se trata de una sentencia muy extensa (192 páginas), y que, a todas luces, denota un difícil consenso y, en extremo, fragmentada en la perspectiva argumentativa. Incluso, se estableció un índice de la vasta resolución, a fin de poder entender su difícil estructura y los diversos –y dispersos– razonamientos vertidos en ella (conflicto de constitucionalidad, resolución de la petición principal y subsidiaria, votos de prevención respecto de ambas peticiones, y la disidencia del voto mayoritario de la parte subsidiaria, etc.). A esta engorrosa técnica resolutoria del TC, se le unen inexplicables erratas (por ejemplo, página 65 “pasible”; página 73 “fundamentla”; página 74 “corrresponde”) y problemas en su redacción (página 78 “consagrado [en el] artículo 19, N° 2, de la Constitución”), como asimismo dos disposiciones de la Constitución mal citadas (página 38 “artículo 1° inciso 3°”, debiendo hacer referencia al inciso 4°; y página 171 “artículo 45” debiendo citar el artículo 46).

Igualmente se debe destacar, que el difícil consenso de la sentencia en comento, sin lugar a dudas, se vio irradiado por la contingencia de la materia tratada y la trascendencia de la política pública en educación que se quería implantar por vía de la Ley de Presupuestos. Para nada ayuda el mecanismo de control preventivo facultativo del artículo 93, N° 3, de la CPR, toda vez que, en la práctica, transforma al TC en un verdadera “tercera cámara”, al que le ha resultado muy difícil prescindir –como es en este caso y en otros– de la contingencia política y se ha transformado en un verdadero receptáculo de las pugnas entre mayorías y minorías en el Congreso Nacional. Lo precedente, aleja al TC de su obligatoria fidelidad y apego a un estricto razonamiento de un control jurídico-jurisdiccional (recordando que el artículo 92 de la CPR expresa, que “fallará de acuerdo a derecho”). Asimismo, debido a la orientación ideológica de sus actuales magistrados (muchas veces identificables por

las tendencias de quienes los designaron), inexorablemente, los ha llevado a conformar mayorías que son un fiel reflejo de tales inspiraciones. Esta realidad, una vez más, nos debe poner en alerta frente a este mecanismo de “bloqueo” de las decisiones democrático-mayoritarias que se dan en el Congreso Nacional. En nuestro Parlamento se ha instaurado la lógica perniciosa, a la luz de los estándares democráticos, de que una minoría, una vez que pierde una votación, recurre a esta instancia jurisdiccional a fin de “ganar” sus pretensiones –más políticas que jurídicas–, que han sido derrotadas en las esferas deliberativas y contradictorias del procedimiento de elaboración de la ley.

Desde esta perspectiva se puede concluir que la primacía regulativa de la ley (artículo 63 de la CPR) convive, con un marcado carácter no mayoritario de la decisión legislativa. Esta situación es absolutamente contradictoria y paradójica con los estándares de un Estado realmente democrático, pero sustentable a la luz de nuestro actual esquema constitucional-fundamentalista, que descansa en una noción de *hiperconstitucionalización*, que en la práctica congela la capacidad decisoria, democrático-mayoritaria, manifestada a través de la ley. En este sentido, el cuestionado mecanismo de control preventivo voluntario del TC juega un rol esencial de cierre de este sistema, al que se hace mención. Lo señalado, sin lugar a dudas, pone en evidencia un grave problema estructural de la actual Carta, que necesariamente debe ser corregido en el futuro.

### **3.2. Aspectos de fondo**

Luego de verificar los argumentos de fondo vertidos por los sentenciadores, se distinguirá, a continuación, por un lado, lo concerniente a la reserva legal y, por el otro, lo referente al principio de igualdad.

#### **3.2.1. Reserva legal presupuestaria y deliberación democrática**

El análisis debe comenzar, brevemente, poniendo en evidencia algunas consideraciones en torno a la ley. Para ello, se utilizará sintéticamente un trabajo anterior sobre esta temática. Por un lado, se debe indicar que en la ley se mezclan, necesariamente, dos planos, *el jurídico* y *el político* (ya que las discrepancias entre las diferentes interpretaciones de la reserva legal son, sobre todo, desacuerdos de carácter político, y que responden a diferentes concepciones sobre la sociedad, las relaciones entre sociedad y Estado, y las funciones que le corresponden al Estado). De esta forma, la ley se configura como categoría

central del Estado constitucional, al vincular en forma unitaria el principio (del Estado) democrático y el postulado del Estado de Derecho, de manera que mediante la ley se *realiza* la propuesta básica de la Constitución de producir la articulación Estado-sociedad. Por otro lado, hay que señalar que en esta intersección de lo jurídico y lo político es donde se produce la coexistencia, en el concepto de ley, de *elementos formales y materiales*. Así, en lo que puede considerarse el elemento material (que hace referencia al contenido y por tanto a la antes referida articulación Estado-sociedad), está presente un cierto ingrediente formal (como es el de aquel tipo de eficacia que afecta a ambos: su común sometimiento a la ley). En ese elemento formal, que hace referencia al tipo de norma definida por su procedencia y formación, está también presente un aspecto material (político) como es el que resulta de incorporar el principio democrático. De ahí que la *ley cumpla una función jurídico formal* y una *función jurídico material*.<sup>2</sup> Este asunto es de mucha relevancia para este análisis, especialmente si se trata de una controversia generada a raíz de la Ley de Presupuestos, dado las peculiaridades propias de esta norma.

Hay que tener presente que el origen de la reserva legal tuvo su fuente principal en Alemania, a propósito de la escisión del concepto de ley, en su perspectiva material (principio representativo) y formal (principio monárquico), estableciendo un ámbito en el que especialmente debía intervenir el principio representativo, *resolviendo un problema político* (ley de presupuesto) *con una solución técnica basada en el orden jurídico* (reserva legal).<sup>3</sup> Este es el objetivo que está presente en la construcción de Paul Laband sobre la ley material (a partir del conocido incidente histórico de rechazo por el Parlamento del presupuesto que pretendía financiar la reforma del ejército prusiano); sin embargo, este autor utiliza los contenidos revolucionarios franceses, *adaptándolos* a la realidad de su país con fines contrarios a los que originalmente se formularon. El autor tiene la finalidad política de asegurar el predominio del principio monárquico sobre el representativo, utilizando esta construcción para convertirla en base para la determinación de competencias, a fin de definir la ley como material en cuanto la identifica con la “norma jurídica”, con la “regla de Derecho”. Uno de los elementos de esa relación jurídica tiene que ser el ciudadano, de ahí que la regla de Derecho tenga como único contenido

2 Cazor, Kamel, “Problemas teóricos en torno a las potestades normativas y la necesaria redefinición de la reserva legal en el Estado constitucional chileno”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 19, N° 1, (Universidad de Talca), 2013, p. 41.

3 De Cabo, Carlos, *Sobre el concepto de ley*, (Editorial Trotta) 2000, p. 65.

el que se refiere o afecta a lo que constituye su esfera jurídica o, lo que es lo mismo, la libertad y la propiedad; generando como consecuencia que la *ley material se desvincula de la forma a través de la cual surge* y, por tanto, *de la representación popular*.<sup>4</sup>

Carré de Malberg, frente a la tesis de Laband, se colocó en una relación dialéctica con el pensamiento constitucional alemán, en cuanto contraponía a la doctrina constitucional de ese país el pensamiento constitucional republicano francés. Además, Carré al analizar el artículo 1º de la Ley constitucional de 1875 y de acuerdo a su literalidad, concibe la ley, como expresión del poder legislativo, solamente como la obra del Parlamento, por ende, la ley no se define por su generalidad ni por su objeto, y no cabe, dentro de esta perspectiva, una concepción material de la ley como la elaborada por la doctrina alemana (esto es, la ley definida por versar sobre objetos determinados).<sup>5</sup>

Otro enfoque de la doctrina francesa que revela el concepto de ley, es el desarrollado por Léon Duguit, de mucha influencia, en su tiempo, en la literatura chilena del Derecho público. En efecto, Duguit al abordar el concepto de ley, acentúa su contenido *material*, con la característica de ser una norma general y abstracta; de ahí que, para este autor, *los reglamentos tienen también materialmente el carácter de leyes* y deben ser distinguidos de los actos administrativos. En consecuencia la diferencia entre ley y reglamento no radica en su contenido sino en su forma (por ello, tiene el mérito de poner de manifiesto los límites materiales y formales del Poder Legislativo).<sup>6</sup> Duguit, señala textualmente sobre el particular: “Desde el punto de vista material el principio de legalidad consiste en lo siguiente: en un Estado de Derecho ninguna autoridad puede adoptar una decisión individual sino es dentro de los límites fijados por una disposición general, es decir, por una ley en sentido material”.<sup>7</sup> Por otro lado, prosigue este autor, “en todas partes se admite, en grados diversos, que hay ciertas disposiciones de carácter general que pueden ser dictadas por el gobierno. Dicho en otros términos, “el gobierno tiene a menudo un poder llamado *reglamentario*, es decir, capacidad para dictar

4 De Cabo, ob., cit., pp. 37, 38, 39 y 41.

5 López, Luis, *Carré de Malberg: de la soberanía nacional a la soberanía popular*, Introducción al libro *La ley, expresión de la voluntad general (Estudio sobre el concepto de la ley en la Constitución de 1875)*, (Marcial Pons) 2011, pp. 10-14.

6 Baño, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 63-64.

7 Duguit, Léon, *Lecciones de Derecho público general*, (Marcial Pons) 2011, p. 180.

reglamentos que son leyes en sentido material. Es evidente que el gobierno no puede hacer reglamentos violando la ley. Pero al mismo tiempo el gobierno, en medida variable según los países, puede dictar verdaderas leyes en sentido material y de esta manera el parlamento no hace todas las leyes. Hay leyes –concluye– que son elaboradas por el gobierno”.<sup>8</sup> Interesante conclusión, de mucha importancia para comprender el concepto de ley que adoptó, en definitiva, nuestro sistema constitucional.

Si trasladamos esta argumentación a la realidad constitucional nacional, debemos concluir que es plenamente aplicable la tesis de que el carácter originario de la potestad reglamentaria tendría su fundamento en el concepto de ley en sentido material. Se debe precisar, igualmente, que en el caso chileno la originalidad del legislador, que no solo adhiere al concepto de ley material sino también al concepto de ley formal, debe compatibilizarse, vía artículo 63 N° 20, con la originalidad del Ejecutivo cuando ejerce su potestad reglamentaria autónoma, como vinculación negativa a la ley. De ahí la singularidad de nuestro sistema constitucional, que resulta difícil comprender.<sup>9</sup>

De esta forma, situados en el contexto de la configuración actual de la reserva legal en nuestro país, hay que partir de la premisa que esa reserva posee una clara determinación constitucional que impone la regulación de ciertas materias, consagrando en su artículo 63, N°s 1° a 19°, una reserva material (especial o general, por ejemplo, en este último caso en materia de derechos fundamentales). Esto supondría, inicialmente, la incompatibilidad con un concepto formal de ley, que, en cuanto voluntad soberana, puede regularlo todo. No obstante, a la luz del mismo artículo 63, pero en su N° 20°, se configura una reserva formal que posibilitaría –con dicha concepción de ley– la regulación de cualquier asunto, cumpliendo, eso sí, el objeto material de que sea una ley de bases esenciales, general y obligatoria. Así entendida la reserva legal, *es posible constatar una noción material-formal de la ley en nuestra Constitución*. En resumidas cuentas, para desentrañar la configuración de las potestades normativas y la funcionalidad de la reserva legal, se debe inexorablemente atender, por una parte, al origen histórico de las diversas nociones de ley implícitas en la actual Carta (que proceden de ideas diferentes de acuerdo a las doctrinas clásicas, ya mencionadas); y por otra parte, se debe constatar en esta temática una diferenciación entre las dos

---

8 Ibid., p. 184.

9 Cazor, ob.cit., p. 55.

últimas Constituciones (diferencia especialmente relevante tratándose de la reserva legal presupuestaria).<sup>10</sup>

Ahora bien, centrados en la reserva legal presupuestaria, se debe partir indicando que la Ley de Presupuestos tiene un estatuto especial en el artículo 67 CPR, y, como se ha indicado por la doctrina, “no se trata solo de un proyecto enteramente preparado y exclusivamente iniciado por el Presidente; otra serie de preceptos que miran a la disciplina fiscal refuerzan poderosamente al Presidente y reducen vistosamente el margen de maniobra del Congreso durante la tramitación de la Ley de Presupuestos”.<sup>11</sup> Asimismo, resulta necesario mencionar que “el principio de legalidad aplicado a la Ley de Presupuestos requiere de una interpretación constitucional flexible, racional y lógica, a fin de que su operatividad no se vea congelada, ya que este instrumento, aunque formalmente es una ley, reúne características que le dan una categoría especial en el ordenamiento jurídico (STC R. 1867-10, c. 26° y STC R. 254-97, c. 18°). De lo anterior se deduce que la Ley de Presupuestos disminuye las atribuciones legislativas del Congreso y amplía las facultades colegisladoras del Presidente de la República (STC R. 254-97, c. 19° y 21°)”.<sup>12</sup>

En consecuencia, se deben reconocer las peculiaridades propias de esta norma y que se trata de una “ley marco” (corresponde al organismo administrativo detallar su ejecución), que posee un determinado objeto material de regulación (reserva material de ley), cual es, *el cálculo estimativo de los ingresos para cada ejercicio anual presupuestario y una autorización máxima de los gastos del sector público que puede acordarse con cargo a esas entradas* (también se ha definido la Ley de Presupuestos, como una “disposición legislativa anual que aprueba la estimación de ingresos y la determinación de gastos del sector público de la economía”)<sup>13</sup>. Es decir, en este caso hay que situarse en la esfera de la reserva material de ley, que se vincula con el denominado “dominio legal máximo” (vía artículo 63, N° 14 [“Las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República” ], proyectado al artículo 67), por el contenido material presupuestario que debe en este caso regular el legislador, y que, a su vez, circunscribe su capacidad normativa sustantiva máxima, no pudiendo ir más allá.

10 Ibid., p. 70.

11 Fernandois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo II, (Ediciones UC) 2014, p. 114.

12 García, Gonzalo y Contreras, Pablo, *Diccionario Constitucional Chileno*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 55, 2014, pp. 598-599.

13 Yrarrázaval, Arturo, *Diccionario jurídico-económico*, (Ediciones UC) 2012, p. 463.

Por esta razón, la controversia que tuvo que resolverse en esta sentencia, no giró –como en el asunto “Ley de Presupuestos”, Rol N° 254 de 1997– en torno a si se trataba de una reserva absoluta o relativa de ley, abriéndole –según el caso- un menor o mayor espacio a la potestad reglamentaria presidencial, para determinar el gasto sin contar con autorización precisa de la ley. Al contrario, el conflicto de constitucionalidad que le tocó resolver al Tribunal Constitucional, en la esfera de la petición principal de los requirentes, se centró en si la regulación contenida en las partes o totalidad de las glosas 04, 05 y 19 de la partida 09 del Ministerio de Educación, vulneraría el artículo 67 de la CPR, ya que esta norma tendría un contenido acotado, infringiéndose, además, el proceso legislativo que asegura la reserva legal, establecido en los artículos 4°, 46 y 63 N° 20 de la CPR. Dicho en otras palabras, el asunto se focalizó en si se vulneraría –o excedería– por la glosa el contenido o idea matriz de la Ley de Presupuestos, ya que esta ley solamente estaría llamada a fijar la cantidad de recursos públicos (fijación anual del gasto público), pero no su reglamentación sustantiva, ni sus requisitos, exclusiones, obligaciones de las instituciones y las sanciones por su incumplimiento.

Sobre el particular, no hay un pronunciamiento mayoritario del TC, pues fue dirimido –en favor del rechazo– por su presidente, debido al empate de votos. Sin embargo, de los argumentos de la sentencia, ya sea aquellos que estuvieron por desestimar, o por estimar, la petición principal de los requirentes, es posible deducir lo siguiente:

-Por una parte, hay consenso mayoritario (donde se incluyen los cinco votos de empate por rechazar, más la argumentación de la magistrada Marisol Peña que no obstante estuvo por el voto de empate por acoger), en que las glosas forman parte de la Ley de Presupuestos y que estas no exceden la idea matriz de dicha ley. Además, hay acuerdo en que las glosas no impiden la deliberación democrática del Congreso Nacional, pues al ser parte de la Ley de Presupuestos, se circunscriben a la perspectiva de la ley en sentido formal, lo que incluye la deliberación de ambas Cámaras. También, por esta vía, existe la posibilidad de regular políticas públicas, en este caso de gratuidad de la educación superior. En resumidas cuentas, no existirían antecedentes que generen una vulneración del artículo 67 de la CPR.

-Por otra parte, hay que destacar los argumentos de los cuatro ministros que estuvieron por el voto de empate por acoger, los cuales concluyen que, en el caso del artículo 67 de la CPR, se trata de una “reserva constitucional máxima”, y que, en síntesis, las glosas impugnadas excederían el ámbito

material que corresponde a una Ley de Presupuestos en los términos fijados por la Constitución.

Como conclusión final de este acápite, no queda sino coincidir con el argumento de que las glosas forman parte de la Ley de Presupuestos, y, en este sentido, son ley en sentido formal. Esto quiere decir que cumplen con el estándar del procedimiento legislativo, e incluyen, por ende, la necesaria deliberación democrática de ambas Cámaras del Congreso Nacional, no impidiéndoles concurrir debidamente a la formación de la ley. Sin embargo, esta perspectiva de la ley en sentido formal, necesariamente hay que conectarla con el objeto material de su regulación presupuestaria, que, como ya se mencionara, la Constitución configura en un “dominio máximo” (reserva material de ley), que circunscribe la regulación legislativa sustantiva. En consecuencia, la pregunta que surge por sí sola es: ¿Las glosas impugnadas excederían el ámbito material que corresponde a una Ley de Presupuestos en los términos fijados por la Constitución? La respuesta necesariamente debe ser negativa, toda vez que las glosas al ser parte de la Ley de Presupuestos, pueden regular políticas públicas, en este caso, la política destinada a implementar un programa de acceso gratuito a la educación superior para estudiantes vulnerables. En este contexto, el Congreso Nacional tiene solo la facultad de reducir los gastos contenidos en el proyecto. De ahí que la regulación de las glosas impugnadas, se circunscriben en el “dominio material máximo”, cumpliendo en este caso la ley, la densidad normativa, tanto formal como material, exigida por la Constitución en su artículo 67. Finalmente, hay que mencionar que, en el campo del asunto comentado, no tiene lugar la capacidad de regulación de la ley del artículo 63, N° 20, de la CPR, pues, de acuerdo a lo ya analizado, en la temática presupuestaria existen reservas materiales específicas. Esto excluiría la utilización de dicha norma de carácter general que no posee un campo sustantivo-material determinado de regulación.

### **3.2.2. Principio de igualdad y discriminación arbitraria**

Como ya fue anticipado, el conflicto de constitucionalidad que le tocó resolver al Tribunal Constitucional, se centró en la inconstitucionalidad de la glosa 05 de la partida 09 del Ministerio de Educación, referente al listado de requisitos que deben cumplir las instituciones de educación superior para ser consideradas “elegibles” a fin de que los estudiantes más vulnerables, que el proyecto de ley define, puedan acceder a la gratuidad de sus estudios.



El voto de mayoría que acoge parcialmente el requerimiento y declara inconstitucional parte del párrafo tercero de dicha glosa, centra su argumentación en que la gratuidad de la educación superior tiene que enfocarse en la situación socioeconómica del estudiante y no en la institución a la que adscribe, sin perjuicio de lo cual y con el propósito de asegurar una educación de calidad, se deben considerar ciertos presupuestos mínimos dentro de los límites permitidos por el principio de igualdad ante la ley. Este voto objeta, en consecuencia, que a los estudiantes vulnerables se les imponga para el goce de la gratuidad, consagrada en la Ley de Presupuestos, condiciones ajenas a su situación personal o académica, como es el hecho de encontrarse matriculados en determinadas universidades. La situación descrita genera –según el voto mayoritario– diferencias injustificadas entre estudiantes vulnerables que se encuentran en idéntica situación, lo que resulta contrario al principio de igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria, consagrado en el artículo 19, N° 2, de la CPR. Recuerdan, también, que la igualdad ante la ley constituye tanto un derecho como una garantía de seguridad jurídica, no solo respecto de la aplicación de las normas jurídicas en general, sino igualmente respecto del ejercicio de los derechos fundamentales.

Para sustentar su argumentación, someten la distinción llevada a cabo por el legislador a un test o “examen de racionalidad”, analizando los tres criterios o aspectos de diferenciación utilizados en la Ley de Presupuestos, concluyendo “que no existe la debida racionalidad entre estos tres elementos”. En resumidas cuentas, según el voto mayoritario, la glosa 05 discrimina arbitrariamente entre los propios estudiantes provenientes de los hogares pertenecientes a los cinco primeros deciles de menores ingresos del país, pues les impone requisitos adicionales a su condición personal, cuyo cumplimiento no depende en absoluto de ellos. Finalizan señalando que dichos criterios, de diferenciación de la glosa, en vez de asegurar la igualdad ante la ley y de oportunidades para todos esos estudiantes, les imponen condiciones a algunos que hacen imposible su ejercicio (vulnerándose también el artículo 19, N° 26, esto es, su contenido esencial), dejándolos en una situación de evidente exclusión, ya no solo por su condición social, sino, ahora por su pertenencia a una determinada institución respecto de la cual pesa la decisión y posibilidad de cumplir con aquellos criterios.

Dos comentarios finales respecto a los argumentos del voto de mayoría.

Por una parte, se coincide, en general, con el razonamiento llevado a cabo por los sentenciadores, al fundamentar lo referente a la discriminación arbitraria.

Utilizan correctamente el test de razonabilidad de la distinción efectuada por el legislador, y sus conclusiones son acordes con tal examen. Y utilizan como sustento los antecedentes jurisprudenciales en materia de igualdad del TC, y entienden que “la igualdad ante la ley como la exigencia de un trato igual para quienes están en idénticas condiciones, y uno distinto para quienes están en diversas posiciones, resulta legítimo al legislador establecer diferencias de trato siempre que ellas no sean arbitrarias, para lo cual deben cumplir, a lo menos, con la exigencia o cartabón de la racionalidad” (considerando 36° de la sentencia). Formula este voto que se “requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto” (considerando 35° de la sentencia).

Tras la sentencia en comentario del TC, que no permitía implementar la Ley de Presupuestos en la forma propuesta originalmente, el Ejecutivo presentó un nuevo proyecto (Mensaje N° 1467-363, denominado “Ley corta de educación”) que modifica la Ley N° 20.882 (de Presupuestos del Sector Público del año 2016). Los cambios que se planteaban en el nuevo proyecto giraron en torno a los convenios marco de transferencia para universidades estatales, con un incremento de recursos a fin de financiar programas de mejoramiento de calidad del Ministerio de Educación. Se incrementa igualmente la Beca Nuevo Milenio (para estudiantes de los cinco primeros deciles matriculados en instituciones sin fines de lucro, o para mejores alumnos de su promoción). Se modifica la obligación de las universidades estatales de garantizar gratuidad a estudiantes que cumplan con los requisitos señalados (se fijó para el 50% de los estudiantes más vulnerables) y se les solicita que se comprometan a alcanzar, mantener o mejorar su acreditación institucional. Adicionalmente, las universidades no estatales que al 27 de diciembre de 2015 estén acreditadas por cuatro o más años y cuyos controladores no sean personas jurídicas constituidas con fines de lucro, se puedan adscribir al programa de gratuidad, siempre que así lo manifiesten por escrito al Ministerio de Educación en la fecha precitada.

Con fecha 26 de diciembre de 2015, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.890 (que modificó, en definitiva, la Ley de Presupuestos del Sector Público de 2016, particularmente el capítulo 01 de la partida 09, del Ministerio de Educación). Uno de los cambios más relevantes respecto del proyecto

anterior, es que ahora todas las universidades estatales, sin importar los años de acreditación, podrán acceder al beneficio de la gratuidad; aumentando, para ello el monto destinado al fortalecimiento de dichas universidades, las que deberán cumplir con las obligaciones establecidas en los convenios de transferencia para que su acreditación institucional alcance, mantenga o mejore los niveles mínimos exigidos para las otras universidades. Con la nueva regulación, se busca también que, en el plazo máximo de tres años, los centros de formación técnica o los institutos profesionales accedan a un régimen de gratuidad en las mismas condiciones fijados para las universidades no estatales.

Existen fundadas dudas aún, de que, con este acuerdo final, se hayan disipado en su totalidad los problemas de constitucionalidad de esta política pública –puestas en evidencia por el TC en su resolución– al seguir enfocándose el acceso a la gratuidad de la educación superior no solo en la situación socioeconómica del estudiante, sino también en la institución a la que adscribe. Si bien, con esto último, se busca asegurar una educación de calidad (especialmente teniendo en cuenta, la asimetría existente en este aspecto entre las diversas entidades universitarias nacionales), pervive todavía el problema de un importante grupo de estudiantes vulnerables que son diferenciados, junto a otro grupo de estudiantes que se encuentran en iguales circunstancias socioeconómicas, por el solo hecho de no encontrarse matriculados en determinadas universidades. Este resultado, hace reflexionar sobre la real trascendencia de la extensa y controvertida resolución del TC que se comenta. Conflicto que finalmente fue resuelto a través de un acuerdo político en el Congreso Nacional, instancia institucional –deliberativa y democrática– de la cual nunca debió emigrar esta controversia a la esfera atributiva del TC. Los hechos hablan por sí solos y la solución política que prevaleció da cuenta de ello. Baste recordar, en fin, lo acontecido en el caso del “Post natal parental”, Rol N° 2025 de 2011, y el resultado –político– último del mismo, en donde se puede aplicar la misma lógica conclusiva.

Finalmente, por otra parte, se debe cuestionar el razonamiento llevado a cabo por los sentenciadores mayoritarios y que no se puede pasar por alto al momento de fundamentar el rol del legislador en un Estado constitucional y democrático. En efecto, como indica el considerando 14° y 15°: “El legislador se encuentra atribuido de dos mecanismos para realizar lo dispuesto en la Constitución: la reserva legal y la formación de la ley de acuerdo a los procedimientos contenidos en ella. De este modo, aquél se encuentra

ineludiblemente sujeto al principio de supremacía constitucional tanto formal como sustancial y ella es la fuente de su legitimidad. En efecto –prosiguen-, el legislador al desarrollar los derechos fundamentales, no lo hace de manera original ni creadora, sino, que lo hace por cumplir un mandato de optimización, la ejecución de lo previsto en la Constitución (...) la jurisdicción constitucional no viene más que a ser la instancia de garantía de los derechos fundamentales y de restitución de la supremacía constitucional (...) asegurando el sometimiento y pleno respeto del legislador a las dimensiones formales y sustanciales de la democracia constitucional (...) superando el dogma propio [de primacía de la ley] del clásico Estado de derecho legal”. Prosiguen argumentando en el considerando 45° y 47°, a propósito del artículo 19, N° 26, de la CPR que “el contenido esencial de los derechos, se entiende como un límite impuesto al legislador, toda vez, que en el contexto de un Estado constitucional de derecho, como es nuestro sistema político, la Constitución Política y los derechos fundamentales que ella reconoce, tienen primacía absoluta respecto de aquél (...) De esta forma, por sobre el principio de legalidad, se impone el principio de supremacía constitucional tanto formal como material (...) no es suficiente que los derechos se garanticen mediante desarrollo legislativo, sino que ello debe ocurrir siempre que exista una autorización constitucional (...) ya sea por vía de intervención o de configuración”.

Se trató de un buen argumento que permitió perfilar un razonamiento en torno a la discriminación arbitraria, implícita en la política pública de gratuidad. Sin embargo, este argumento, en última instancia, esconde una fundamentación que deslegitima la capacidad reguladora de la ley, planteándola dentro de un contexto de “crisis” de la misma y, por ende, de la propia decisión democrática que ella encarna. Todo esto, como se adelantó en otra parte del comentario, descansa en una noción de *hiperconstitucionalización*, la que sustentada en la teoría de la esencialidad (artículo 19, N° 26) le da una primacía absoluta a la Carta frente a las decisiones democrático-mayoritarias manifestadas a través de la ley. Esta cuestión bajo cierto contexto, resulta altamente contradictoria con los estándares de la democracia constitucional que proclama la misma Carta en su artículo 4°. Valga como ejemplo, lo expresado en el voto de minoría. Quienes señalan que la Constitución nada dice respecto a un sistema de financiamiento de la educación superior (como sí lo indica para la educación parvularia, básica y media), y al no tener una consagración expresa en este ámbito, el legislador tiene un campo de actuación mayor. De ahí que, se trataría de un derecho de configuración legal,

que podría perfectamente ser condicionado en su configuración y ejercicio, asunto del que debiera haberse hecho cargo el voto de mayoría. Por lo tanto, no sería coherente plantear –como se deduce de la decisión del TC– que exista en Chile una verdadera “crisis de la ley” frente a la Constitución (sustentada en una noción de Estado constitucional absoluto, frente al decimonónico Estado legal ya superado), sino que parecería más lógico reconducir el ámbito actual de primacía regulativa de la ley, a fin de lograr un mayor impacto, como potestad normativa, en la fiel perspectiva democrático-mayoritaria que la inspira. Lamentablemente, la noción fundamentalista que imbuye a nuestra actual Carta y los mecanismos de control preventivo que velan por su supremacía, desvían su dirección y la alejan de un genuino Estado constitucional y democrático.



# **SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO**





# TRES AÑOS DE JURISPRUDENCIA DESDE LA CREACIÓN DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES (2013-2015)

*Edesio Carrasco Quiroga<sup>1</sup>*

## Resumen

El presente artículo revisa los tres primeros años de jurisprudencia ambiental desde la entrada en vigencia del 2° Tribunal Ambiental de Santiago el 28 de diciembre de 2012. La idea central del trabajo es describir los principales criterios que los Tribunales Ambientales y la Corte Suprema han fijado durante una primera etapa (2013-2015). Para ello, se examina el rol institucional que cumplen estos tribunales especiales y el máximo tribunal de la república al controlar judicialmente decisiones administrativas de carácter ambiental de determinados órganos de la Administración del Estado y los estándares de revisión que han implementado en sus decisiones en el último tiempo.

**Palabras claves:** Tribunales Ambientales, Corte Suprema, control judicial y jurisprudencia

## 1. Introducción

Una vez dictada la Ley N°20.600 entró en vigencia un nuevo sistema de control jurisdiccional sobre decisiones administrativas de naturaleza ambiental. Así, una justicia especializada en materias ambientales comenzó a operar y luego de tres años de funcionamiento es conveniente detenerse y analizar qué criterios se han ido estableciendo en sus decisiones. Se trata de estudiar un período determinado, desde el año 2013 al 2015 (la primera

---

<sup>1</sup> Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

etapa de esta nueva justicia ambiental) y en función de eso sacar ciertas conclusiones.

La importancia de lo anterior radica en que para el derecho y la regulación ambiental la jurisprudencia judicial y administrativa constituye una de sus principales fuentes. Si a lo anterior se suma una dogmática escasamente desarrollada, que debiese fijar límites a la discrecionalidad de cualquier intérprete, determinando un rol ordenador, cobra aún más sentido detenerse en cómo los tribunales de Justicia (especializados y generales) han ido fijando los contornos de esta disciplina del derecho administrativo en los últimos años.

De esta manera, el presente trabajo trata de aportar criterios racionales a partir de lo que los Tribunales Ambientales y la Corte Suprema han decidido en este período inicial, los que integrados de una manera armónica pueden ilustrar de manera más sistemática cómo esta nueva justicia resolvió los primeros casos difíciles, acotando “los rangos de libertad de que dispone el operador jurídico para dar rienda suelta a sus preferencias o a su imaginación”.<sup>2</sup>

En esos términos, si bien se han revisado las sentencias de los Tribunales Ambientales y de la Corte Suprema dictadas en estos tres años a propósito de los recursos de casación en la forma y/o en el fondo interpuestos en contra de las sentencias de estos tribunales especiales, solo se han seleccionado las sentencias más relevantes (*leading cases*) que aportan a la sistematización de los criterios que este trabajo describe, selección que siempre se verá limitada por la extensión de un artículo de esta naturaleza.

Dejamos constancia que parte de las sentencias que se citan corresponden a “criterios jurisprudenciales” y no propiamente a jurisprudencia asentada y definitiva, ya que todavía no se advierte una tendencia reiterada y coincidente en la decisión de un mismo problema, salvo en algunos asuntos que durante inicios de 2016 comienzan a perfilarse de manera más constante. Lo anterior se explica por el breve tiempo en que los Tribunales Ambientales han estado en funcionamiento y porque importantes sentencias de la Corte Suprema han sido resueltas con fundados votos de minoría.

Se trata, así, de sistematizar ciertos precedentes o criterios de estos primeros años, lo que tiene importancia para el funcionamiento de esta justicia especializada, ya que permite uniformar la aplicación de ciertas normas jurídicas, prever los resultados de las decisiones y otorgar seguridad

---

<sup>2</sup> Zapata, Patricio, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, (Editorial Jurídica) 2008, pp. 43-44.

jurídica respecto de los actores del sistema,<sup>3</sup> en una rama del derecho en la que abundan conceptos jurídicos indeterminados, siendo indispensable saber con antelación qué esperar de un tribunal e incorporar dicha información en las decisiones que se adopten.

En consideración a lo expuesto, este artículo revisa aquellas sentencias que resolvieron reclamaciones en contra de actos administrativos del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), de la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) y del Ministerio de Medio Ambiente (MMA), ya sea ante los Tribunales Ambientales o la Corte Suprema. En otras palabras, se aborda únicamente el contencioso-administrativo de naturaleza ambiental. Se han excluido, así, cierto tipo de decisiones para efectos de este análisis. Nos referimos a:

- i) Las sentencias dictadas a propósito de recursos de protección en materia ambiental en que se impugnaron actos administrativos de los tres órganos de la Administración del Estado antes indicados, toda vez que desde el año 2014 la Corte Suprema ha reconocido que la vía idónea y el tribunal competente para ello es el Tribunal Ambiental correspondiente;<sup>4</sup>
- ii) Los fallos referidos a daño ambiental, por ser todavía escasos, están regidos por un procedimiento distinto a los de una reclamación y cuyos razonamientos, para efectos de este artículo, se basan en reglas relacionadas con el derecho civil referidas al concepto de *daño, imputabilidad (culpa o dolo), relación causal y capacidad delictual*; y,
- iii) Las consultas o solicitudes de la SMA a cualquiera de los Tribunales Ambientales, por carecer de un sistema bilateral o contradictorio al ser resueltas.

Por último, se previene, por honestidad intelectual y profesional, que el autor participó en algunas de las sentencias que se comentan representando judicialmente al SEA durante los años 2012-2014. Sin embargo, más allá de haber defendido una u otra posición en alguna oportunidad, esperamos que la rigurosidad y la naturaleza de este artículo, no se vean afectados por ese hecho.<sup>5</sup>

3 Véase Romero, Alejandro, *La jurisprudencia de los tribunales ambientales como fuente del derecho. Un perspectiva procesal*, (Editorial Jurídica de Chile) 2004, p. 13.

4 Corte Suprema, Rol 2892-2014, sentencia de fecha 29 de abril de 2014.

5 Se deja constancia de que cada vez que se haya intervenido profesionalmente en alguna de las sentencias comentadas será debidamente indicado.

## 2. Antecedentes estadísticos previos

### 2.1. Control de las sentencias definitivas por medio de recursos de casación en el fondo y/o en la forma

De la revisión de las sentencias definitivas del 2° (Santiago) y 3<sup>er</sup> (Valdivia) Tribunal Ambiental, incluidas aquellas sentencias en que la Corte Suprema se pronunció respecto de ellas por medio del recurso de casación en la forma y/o en el fondo, el número desagregado, por tribunal y por sentencia casada y resuelta durante el período de estudio indicado, es el siguiente en materia de reclamaciones administrativas:<sup>6</sup>

	Total de sentencias definitivas	Total de casaciones interpuestas	Total de casaciones resueltas al 2015	Total de casaciones rechazadas por la Corte Suprema	Total de casaciones acogidas por la Corte Suprema	Total de sentencias anuladas de oficio por la Corte Suprema
2° Tribunal Ambiental - Santiago	25	11	8	4	3	1
3° Tribunal Ambiental - Valdivia	11	8	3	2	1	---
Total	36	19	11	6	4	1
Porcentajes	100%	52.7%	57.8%	54.5%	36.3%	9.2%

De esta forma, estamos hablando de un total de treinta y seis sentencias de las cuales diecinueve fueron casadas y once fueron resueltas por la Corte Suprema durante el período de estudio, lo que permite concluir que más de la mitad de las sentencias dictadas en estos tres primeros años han sido casadas en cualquiera de sus formas (forma y/o fondo). Esto refleja que una buena parte de los litigantes, durante este período, ha preferido continuar la discusión en otro tribunal de competencia general y de mayor jerarquía, como lo es la Corte Suprema. Lo expuesto, puede explicarse, en parte, porque solo el 54.5% de las casaciones interpuestas han sido rechazadas, lo que naturalmente

6 Fuente: <http://www.tribunalambiental.cl/2ta/sentencias-e-informes/sentencias/>, referida al 2° Tribunal Ambiental de Santiago y <http://www.tercertribunalambiental.cl/fallos/>, referida al 3<sup>er</sup> Tribunal Ambiental de Valdivia. (Fecha de consulta: 1 de febrero de 2016).

genera un incentivo por ir a buscar a la Corte Suprema una solución que en el Tribunal Ambiental competente los litigantes no obtuvieron, confiando en que dicho tribunal fallará en la forma esperada.

## 2.2. Órganos de la Administración reclamados

Por otra parte, el siguiente cuadro muestra cómo se han distribuido el número de reclamaciones por órgano de la Administración del Estado reclamado durante este período y respecto de los cuales se ha dictado una sentencia definitiva:

	SEA	SMA	MMA	Otros órganos de la Administración del Estado
2° Tribunal Ambiental de Santiago	10	13	1	1
3° Tribunal Ambiental de Valdivia	4	6	...	1
Total	14	19	1	2

De lo anterior, es posible concluir que durante este período si bien se han presentado más reclamaciones en contra de la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) –órgano de la Administración del Estado que justificó la existencia de los Tribunales Ambientales en un inicio– en relación con las reclamaciones en contra del SEA, dicha cifra no ha sido, durante el período analizado, abrumadoramente superior.

## 2.3. Unanimidad, prevenciones y disidencias

Otro antecedente interesante durante este período dice relación con el alto número de sentencias unánimes en ambos tribunales. En el caso del 2° Tribunal Ambiental de Santiago no se observa ninguna disidencia y solo dos interesantes prevenciones del ministro Rafael Asenjo. Una a propósito del fallo *MP107* y otra plasmada en la sentencia referida a la invalidación de un pronunciamiento del SERNAGEOMIN en el caso *Central Río Cuervo*.<sup>8</sup> En am-

7 2° Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 22-2014, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2014.

8 2° Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 34-2014, sentencia de fecha 2 de julio de 2015.

bas se analiza, entre otras cosas, la importancia del principio precautorio y por qué debiese ser aplicado por la Administración del Estado.

En el caso del 3° Tribunal Ambiental de Valdivia, se observa también una alta tasa de unanimidad, con una sola disidencia en *Bocamina II*<sup>9</sup> del ministro Roberto Pastén en orden a reconocer, como garantía de un justo y racional procedimiento del presunto infractor, el que pueda declarar ante el fiscal instructor de la SMA, quien preparó un informe técnico presentado como medio de prueba por la defensa.

Por su parte, en el caso de la Corte Suprema se aprecia una situación distinta respecto de este punto. En relación a las causas que ha conocido a propósito de recursos de casación, ya sea en el fondo y/o en la forma, se advierte un número importante de fallos en los que ha habido disidencias, tales como *Ruta de la Fruta*,<sup>10</sup> *Pascua Lama*,<sup>11</sup> *Compañía Minera del Pacífico*<sup>12</sup> y *Bocamina I*,<sup>13</sup> o en los que se ha hecho una prevención por parte de algún ministro, a raíz de lo expresado por el ministro Pedro Pierry sobre la invalidación impropia y la forma en que esta debiese estar regulada a propósito de la sentencia referida a la *Piscicultura Calcurrupe*.<sup>14</sup>

De lo expuesto debe reconocerse que es común en tribunales nuevos fortalecerse institucionalmente mediante la unanimidad en sus sentencias. No obstante, en una rama del derecho en la que existen conceptos jurídicos indeterminados; principios que permiten aumentar la cantidad de respuestas posibles a las que se puede llegar, lo que refleja la dificultad de las interpretaciones; tribunales colegiados con una composición mixta (abogados y expertos en ciencias) y diversos en cuanto a su integración tanto en edad, género, formación jurídica y técnica, llaman la atención las escasas disidencias durante este período. En ese sentido, como bien apunta Sergio Verdugo, los votos disidentes en cualquier tribunal contribuyen a legitimar el rol del mismo: “son útiles para colaborar con futuros (y normalmente positivos) cambios en el ordenamiento jurídico”; “fortalecen la calidad del razonamiento del voto de mayoría” y “tienen un saludable efecto que modera

9 3° Tribunal Ambiental de Valdivia, Rol 21-2015, sentencia de fecha de 24 de diciembre de 2015.

10 Corte Suprema, Rol 7.451-2013, sentencia de fecha 26 de junio de 2014.

11 Corte Suprema, Rol 11.600-2014, sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014.

12 Corte Suprema, Rol 32.368-2014, sentencia de fecha 28 de agosto de 2015.

13 Corte Suprema, Rol 5.838-2015, sentencia de fecha 31 de diciembre de 2015.

14 Corte Suprema, Rol 23.000-2014, sentencia de fecha 22 de abril de 2015.

la posición de la mayoría, aunque sin alterarla en el resultado”.<sup>15</sup> Por lo anterior, creemos que serían saludables las disidencias o votos de minoría en este tipo de tribunales, ya que permiten a las ideas competir libremente, optimizando el resultado o la decisión final, sin afectar en ningún caso su calidad ni tampoco su cumplimiento.

Estos y otros aspectos, tales como la mayor o menor deferencia de los tribunales con la Administración del Estado, distinguiendo por órgano de la Administración del Estado o gobierno de turno (Piñera, Bachelet y los que sigan), o si nuevas integraciones cambian o no la forma de entender ciertos factores, deben seguir siendo parte de un análisis más profundo respecto del funcionamiento de estos tribunales.

No obstante, de este breve análisis cuantitativo y referido a cierto tipo de sentencias y a un período de tiempo acotado, es posible desprender ciertos criterios jurídicos que emanan de sentencias definitivas y de sus respectivas revisiones por parte de la Corte Suprema.

### **3. Criterios jurisprudenciales en materia de evaluación ambiental 2013-2015**

A continuación se hace una síntesis de los criterios jurídicos o jurisprudenciales más relevantes durante este período de estudio en que los Tribunales Ambientales y la Corte Suprema han resuelto en estas materias, destacándose aspectos de forma o procedimentales (la gran mayoría) como sustantivos o materiales.

#### **3.1. Régimen general de recursos administrativos. Compatibilidad de acciones**

Un aspecto que la Corte Suprema ha resuelto durante este período y que el 2° Tribunal Ambiental de Santiago y el SEA también han incorporado en sus razonamientos desde que la Corte Suprema fijó un criterio en esta materia, dice relación con el régimen general y especial de impugnaciones ante actos administrativos en asuntos de evaluación ambiental de proyectos.

Lo anterior fue gatillado a partir de la solicitud de invalidación en contra de ciertos actos administrativos de la Dirección Ejecutiva del SEA en la evaluación

---

<sup>15</sup> Verdugo, Sergio, “Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político. Pluralismo judicial y debate democrático”, en *Revista de Derecho*, Vol. 18, N°2, (Universidad Católica del Norte), 2011, p. 251 y siguientes.

ambiental del proyecto *Ruta de la fruta*<sup>16</sup> y del recurso de reclamación que ante el Comité de Ministros interpuso la misma persona en contra de la RCA que calificó favorablemente el proyecto.

En la solicitud de invalidación y la reclamación se invocaron tres argumentos en contra del proyecto: i) la ilegalidad de la resolución N° 894/2012, que declaró la reserva, a petición del Ministerio de Obras Públicas (MOP), para efectos del conocimiento público y la participación ciudadana, de los anexos C y D del proyecto, importantes en cuanto información referida a emisiones; ii) la ilegalidad por no haberse puesto término anticipado al proyecto por falta de información relevante o esencial, especialmente en cuanto a ciertas obras que no fueron incluidas en el proyecto; y, iii) la ilegalidad de haber incurrido en un fraccionamiento de proyecto en razón de que habían otras obras o actividades (extracción de áridos) que estaban siendo evaluadas en otras direcciones regionales del SEA y que tenían por objeto, precisamente, suministrar áridos para dicho proyecto, debiendo haberse evaluado conjuntamente en conformidad a la ley.

Habiendo sido rechazada la solicitud de invalidación, el solicitante reclamó judicialmente ante el 2° Tribunal Ambiental de Santiago en virtud del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600. Dicho tribunal acogió la reclamación argumentando, en síntesis, que la Resolución N° 894/2012 carecía de la motivación necesaria para haber declarado la reserva de información señalada, afectando con ello principios esenciales de la evaluación ambiental como lo es la participación ciudadana informada, el acceso a la información ambiental y, en consecuencia, la justicia ambiental.<sup>17</sup> No obstante, el propio tribunal reconoció que no se pronunciaba respecto de la legalidad en relación a los otros actos administrativos, considerando que no se dejaba en la indefensión al reclamante ya que estos habían sido reclamados ante el Comité de Ministros mediante el recurso especial de reclamación que la Ley N° 19.300 contempla. Así, lo interesante de este caso, sin perjuicio de lo razonable de la postura del 2° Tribunal Ambiental de Santiago, no era solo la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos impugnados, sino además la vía para impugnarlos, considerando que al momento de resolverse la reclamación judicial referida a la solicitud de invalidación, existía, todavía, un recurso de reclamación pendiente presentado por el mismo solicitante, que impugnaba los mismos actos administrativos, pero ante el Comité de Ministros.

<sup>16</sup> Dejamos constancia de que en esta causa representamos judicialmente la posición del SEA.

<sup>17</sup> 2° Tribunal Ambiental de Santiago, Rol N° 5-2013, sentencia de fecha 16 de agosto de 2013.



Se habían interpuesto dos acciones para impugnar los mismos actos: una general (invalidación) y otra especial (reclamación). Presentado un recurso de casación en la forma y en el fondo, la Corte Suprema acogió el recurso de casación en la forma disponiendo, en síntesis, que “... En efecto, en la especie se ha ejercido una acción de carácter genérico de la cual podría conocer el Tribunal Ambiental en virtud de lo establecido en el N° 8 del artículo 17 de la Ley N° 20.600 y otra específica para impugnar el acto terminal del procedimiento administrativo respectivo, esto es, la Resolución de Calificación Ambiental, contemplada en el artículo 29 inciso final en relación con el 20, ambos de la Ley 19.300, y de lo establecido en el N° 6 de la Ley N° 20.600 que el Tribunal Ambiental puede conocer en virtud de lo dispuesto en las normas citadas, que exigen el agotamiento previo de la vía administrativa, de manera que no se divisan razones por las que un razonamiento como el mencionado no se pueda aplicar al caso en examen, pues la acción de que se trata ‘debe ser entendida e interpretada armónicamente dentro del ordenamiento jurídico’ y aplicada ‘a la luz de los diversos medios que la legislación otorga a quien se vea agraviado por un acto de la Administración’, de modo que ha de prevalecer aquel medio de impugnación específico previsto por el legislador por encima de soluciones genéricas, estatuidas únicamente para aquellas situaciones en que el acto no puede ser objeto de una impugnación determinada. Así las cosas, por existir en la especie una acción singular que contempla la situación de hecho en examen, forzoso es concluir que dicha vía es la que ha debido seguirse para solucionar el presente conflicto y que, por ende, el ejercicio de la acción genérica intentada no faculta a este Tribunal para resolver desde ya un asunto cuya tramitación administrativa aún no se ha agotado”.<sup>18</sup>

La importancia de la regla fijada por la Corte Suprema radica en haber ordenado la forma en que la solicitud de invalidación y su respuesta por la autoridad ambiental, en concordancia con la presentación de un recurso de reclamación, deben resolverse (prevalencia de la acción especial por sobre la acción general). Igualmente, dicha decisión ha tenido un efecto en la forma en que el propio tribunal y el SEA han ido resolviendo situaciones similares. Tal es el caso de la sentencia en el caso *Central Río Cuervo*<sup>19</sup> y también, en

<sup>18</sup> Corte Suprema, Rol 7451-2013, sentencia de fecha 26 de junio de 2014, considerando décimo segundo.

<sup>19</sup> 2° Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 34-2014, sentencia de fecha 3 de julio de 2015.

parte, lo dispuesto en *Porkland*<sup>20</sup> y en *Ferrocarriles*.<sup>21</sup> Lo mismo ha hecho la Dirección Ejecutiva del SEA al citar este fallo y utilizar esta regla al momento de resolver una duplicidad de acciones presentadas en contra de un proyecto (invalidación y reclamación conjuntamente), tal como lo hizo en el Proyecto *Línea de Transmisión Tolpán Mulchén*<sup>22</sup>.

### 3.2. Agotamiento previo de la vía administrativa

Otro criterio dispuesto por la Corte Suprema se refiere al agotamiento previo de la vía administrativa en materia de evaluación ambiental, siendo la legitimación activa del reclamante o la competencia del Tribunal Ambiental las razones esgrimidas para resolver este asunto. Si bien el inciso cuarto del artículo 20 de la Ley N° 19.300 es claro al disponer que ante lo resuelto por el Director Ejecutivo o el Comité de Ministros podrá reclamarse ante el tribunal ambiental competente, algunas reclamaciones durante el año 2013 y 2014 se interpusieron sin haber agotado previamente esta vía recursiva. Es el caso de las sentencias de *Piscicultura Calcurrupe*<sup>23</sup> ante el 2° Tribunal Ambiental de Santiago y de *Embalse Punilla*<sup>24</sup> y de *Comunidad Indígena Coyan Mapu*<sup>25</sup> ante el 3° Tribunal Ambiental de Valdivia.

Si bien solo las dos primeras sentencias fueron casadas ante la Corte Suprema, en ambas el máximo tribunal ratificó el criterio consistente en que únicamente el responsable del proyecto o quienes hayan participado de la instancia de participación ciudadana, haciendo observaciones, están habilitados para reclamar, posteriormente, ante el Director Ejecutivo del SEA o el Comité de Ministros y luego, –después de lo resuelto por cualquiera de estos órganos de la Administración del Estado– ante el Tribunal Ambiental competente. Así lo reafirma la Corte Suprema al disponer que esta “...acción exige entonces el agotamiento previo de la vía administrativa, que en el caso del artículo 20 de la Ley de Bases del Medio Ambiente –que es el que invocan

---

20 2° Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 44-2014, sentencia de fecha 4 de diciembre de 2015.

21 2° Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 35-2014, sentencia de fecha 18 de febrero de 2016, considerandos 147 y 148.

22 Resolución de la Dirección Ejecutiva N° 007/2016, de fecha 6 de enero de 2016.

23 2° Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 16-2014, 18 de julio de 2014.

24 3er Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 4-2014, 6 de enero de 2015.

25 3er Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 5-2014, 14 de mayo de 2015.

los reclamantes– implica la interposición del recurso administrativo a que se refiere este último precepto, el que expresamente se encuentra reservado para el responsable del respectivo proyecto ‘en contra de la resolución que niegue lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias a una Declaración de Impacto Ambiental (...)’.<sup>26</sup>

A lo anterior, la propia Corte Suprema agregó, en relación a quienes integran el proceso participación ciudadana que “...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”.<sup>27</sup>

Sin perjuicio del criterio señalado, la Corte Suprema resolvió, meses después, pero con una lógica de legitimidad activa más amplia y a partir de un juicio de nulidad de derecho público, otro caso similar. Se trata del caso *Canalistas Canal Las Mercedes*. En dicha oportunidad, la Corte Suprema dispuso –pese a que la reglas referidas a dicho proyecto se regían por la normativa previa a la Ley N° 20.417 y a la Ley N° 20.600, al no existir Tribunales Ambientales como instancia revisora de las decisiones del Consejo Directivo de la extinta Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA)– que pueden reclamar judicialmente todos aquellos que participaron del proceso de participación ciudadana pese a que no interpusieron una reclamación administrativa ante la autoridad administrativa agotando esa instancia. Así, la Corte Suprema estableció que “...aparece con toda claridad que esta disposición no excluye por sí, y a priori, a los terceros que hayan intervenido en la tramitación del procedimiento administrativo de la reclamación judicial, en todos los casos y para cualquier evento... pues sólo en el momento en que se adopta tal determinación se puede causar agravio o perjuicio a los mismos”.<sup>28</sup>

26 Corte Suprema, Rol 23.000-2014, sentencia de fecha 22 de abril de 2015, considerando sexto.

27 *Ibíd.*, considerando séptimo.

28 Corte Suprema, Rol 26.558-2014, sentencia de fecha 10 de agosto de 2015, considerando décimo sexto.

Es decir, en este fallo la Corte Suprema deja de exigir los requisitos de *Piscicultura Calcurrupe* referidos a que la acción de reclamación judicial pueda ser ejercida por terceros que i) participaron en el proceso de participación ciudadana con sus observaciones y estas no hubiesen sido debidamente consideradas en la RCA; y, ii) hubiesen agotado previamente la vía recursiva administrativa. Con este último fallo, se fija el criterio de que haber participado del proceso de participación ciudadana permite contar con dicha legitimación, no importando si se interpuso o no una reclamación administrativa, toda vez que la indefensión solo se hace materialmente efectiva una vez que se toma una decisión final que puede causar agravio o perjuicio al interesado.

Se deja constancia, además, que esta línea jurisprudencial ha sido recientemente considerada por el 2° Tribunal Ambiental de Santiago en el caso *Prospección Paguanta*, al establecer que lo relevante “...para efectos de cumplir con el agotamiento de la vía administrativa, es que los recursos administrativos que procedan hayan sido interpuestos y se encuentren resueltos, independiente de quien los interpuso”.<sup>29</sup>

### **3.3. Competencias del Director Ejecutivo o Comité de Ministros al resolver recursos de reclamación**

A comienzos de 2014 la Corte Suprema resolvió el caso *Central Punta Alcalde*.<sup>30</sup> En dicha oportunidad, dispuso en un fallo dividido que la competencia del Comité de Ministros en conformidad al artículo 20 de la Ley N°19.300, al resolver una reclamación administrativa, interpuesta por el responsable del proyecto o por quienes participaron del proceso de participación ciudadana y sus observaciones no fueran debidamente consideradas al calificarse el proyecto o actividad “...no se halla restringida, por su propia naturaleza, a meras consideraciones de legalidad sino que puede extenderse también a otras de mérito, oportunidad o conveniencia, lo que se ha de determinar al tenor de la disposición legal respectiva”. A lo anterior, añadió que “la revisión que cabe efectuar al referido Comité de Ministros respecto de la decisión emanada de la Comisión de Evaluación no puede sino ser calificada como un acto de tutela, o de control administrativo o de supervigilancia, emanado de un vínculo distinto del jerárquico”.<sup>31</sup>

29 2° Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 54-2014, sentencia de fecha 1 de diciembre de 2015, considerando décimo quinto.

30 Dejamos constancia que en esta causa representamos judicialmente la posición del SEA.

31 Corte Suprema, Rol 6.563-2013, sentencia de fecha 17 de enero de 2014, considerando décimo noveno y vigésimo.

Tiempo después, el 2° Tribunal Ambiental de Santiago resolvió, a propósito del caso *Compañía Minera del Pacífico*,<sup>32</sup> que el Director Ejecutivo del SEA, vía recurso de reclamación, no puede cambiar el objeto de una medida en cuestión o justificarla en razón de un riesgo distinto del evaluado en la RCA –al carecer de motivación una decisión de esa naturaleza si no se hace en conformidad a los antecedentes del proceso y considerando impactos no evaluados originalmente en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental– ordenando retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental.

Dentro de los muchos elementos que se utilizan en el fallo para sustentar esta opinión, se encuentra el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>33</sup> que acogió los recursos de protección en contra del proyecto *Central Punta Alcalde*, pese a que dicha decisión, posteriormente, fue revertida por la Corte Suprema.<sup>34</sup> En tal sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago dispuso, en síntesis, que la resolución que pone término a cualquier procedimiento administrativo de reclamación debe ser concordante con los antecedentes y hechos contenidos en el Informe Consolidado de Evaluación (ICE), estando vinculados por una lógica formal ambos documentos.

No obstante, al conocer la Corte Suprema del recurso de casación interpuesto por el SEA en *Compañía Minera del Pacífico*, esta revirtió la decisión del Tribunal Ambiental y confirmó la doctrina sustentada en *Central Punta Alcalde*, reconociendo, esta vez al Director Ejecutivo del SEA, una potestad amplia en virtud del artículo 20 de la Ley N°19.300 al momento de resolver los recursos de reclamación. Para ello, dispuso que “como consecuencia de lo que se ha expuesto, cabe concluir, entonces, que siendo el recurso de reclamación previsto en el artículo 20 de la Ley N°19.300 un recurso administrativo, respecto del cual la autoridad llamada a conocerlo –ya sea el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental o bien el Comité de Ministros aludido por dicho precepto– goza de amplias facultades para revisar no sólo la legalidad de la decisión impugnada por su intermedio sino que, además, examinar aspectos de mérito de la misma, es pertinente concluir que también

32 2° Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 24-2014, sentencia de fecha 21 de noviembre de 2014.

33 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8413-2013, sentencia de fecha 1 de agosto de 2013.

34 Igualmente, el fallo del 2° Tribunal Ambiental de Santiago toma en consideración los excelentes trabajos, críticos con el fallo de *Central Punta Alcalde*, de Insunza, Ximena: “Punta Alcalde: el riesgo de extender los límites”, en Couso, Javier (ed.), Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP) 2014, pp. 393- 422; y, Alfieri, Natalia, “¿Qué puede y que no puede hacer el Comité de Ministros?”, en Montenegro, Sergio y otros (ed.), Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental: recursos naturales: ¿sustentabilidad o sobreexplotación?, (Thomson Reuters) 2014, pp. 133-162.

cuenta con atribuciones suficientes para negar lugar, rechazar o establecer condiciones o exigencias a una Declaración de Impacto Ambiental o a un Estudio de Impacto Ambiental, según fuere el caso, analizando para ello aspectos de mérito, oportunidad y conveniencia, teniendo siempre en vista el bien jurídico protegido, cual es, el medio ambiente”.<sup>35</sup> Asimismo, la Corte Suprema añadió que se aplicarían supletoriamente al recurso de reclamación las normas contenidas en la Ley N°19.880 y “...que la Administración al resolver el referido recurso especial sí podía efectuar dicha nueva calificación jurídica, pues no se encontraba vinculada por lo resuelto anteriormente por la decisión de la respectiva Comisión de Evaluación Ambiental al emitir la Resolución de Calificación Ambiental impugnada.”<sup>36</sup>

De esta forma, la Corte Suprema vuelve a reconocer una competencia amplia a los órganos de la Administración del Estado en su etapa recursiva, cumpliendo dichos órganos un rol de tutela en tal sentido respecto del proceso de evaluación ambiental, pudiendo hacer un control de legalidad, oportunidad y mérito de dicho procedimiento. En esos términos, es interesante recordar, además, que en la misma fecha en que se dictaba la sentencia de *Compañía Minera del Pacífico* por parte del 2° Tribunal Ambiental de Santiago, el ex Presidente de la Corte Suprema, don Sergio Muñoz, explicaba en una entrevista a un medio de comunicación “que si hay toda una nueva normativa en que se establece un recurso específico ante una autoridad, que en este caso es el Comité de Ministros, es para que la autoridad resuelva en un sentido o en otro. Lo que plantean algunos es que lo único que podría resolver es reponer a un estado de tramitación si es que estimara que se ha infringido alguna normativa, pero establecer todo este aparataje tan grande para que su intervención, en el mejor de los casos para quien reclama, sea reponer a un estado anterior, y no sobreponerse con otra decisión, por lo menos en mi concepto, era excesivo”.<sup>37</sup>

El argumento referido a la eficiencia del “aparataje” creado por el legislador, como lo describe el actual ministro de la Corte Suprema, debe, también, complementarse con el hecho de que los recursos de reclamación de quienes formaron parte del proceso de participación ciudadana sin que sus observaciones sean debidamente consideradas durante la evaluación ambiental del proyecto (artículo 29 de la Ley N° 19.300), también habilitaría

35 Corte Suprema, Rol 32.368-2014, sentencia de fecha 10 de agosto de 2015, considerando undécimo.

36 *Ibid.*, considerando décimo cuarto.

37 Pulso.cl: Sergio Muñoz y críticas por judicialización: “De cuántos fallos estamos hablando? Hay cierta exageración, 27 de noviembre de 2014, pp. 40-41

al órgano revisor (Director Ejecutivo del SEA o Comité de Ministros) a realizar el tipo de control que la Corte Suprema ha reconocido. Prueba de ello es lo ocurrido en el proyecto *Hidroaysén*: habiendo sido aprobado por la Comisión de Evaluación de la región de Aysén, posteriormente su RCA fue dejada sin efecto por el Comité de Ministros en función de una veintena de recursos de reclamación presentados por la ciudadanía y cuya revisión judicial se encuentra aún pendiente. Es decir, las competencias del Comité de Ministros deben ser entendidas de manera amplia, no solo para confirmar una decisión de un órgano calificador, sino, además, para revertir, eventualmente, una decisión favorable o desfavorable, en cualquiera de sus formas, de lo contrario también se vuelven inútiles las reclamaciones de la ciudadanía.

No obstante, la diferencia interpretativa respecto a las competencias de que gozaría el órgano de la Administración del Estado revisor de las reclamaciones entre el 2° Tribunal Ambiental de Santiago y la Corte Suprema, es entendible. Se trata de tribunales de justicia que tienen funciones institucionales distintas. Uno, es un tribunal especial (Tribunal Ambiental) creado para controlar decisiones administrativas respecto del SEA, la SMA y el MMA. Está compuesto por expertos y su finalidad natural es el control intenso de los actos administrativos de ciertas entidades públicas. El segundo, es un tribunal general (Corte Suprema), con ministros que han hecho una carrera en el poder judicial (no expertos) y que por razones institucionales tienen, a partir de un recurso de casación en la forma y/o en el fondo, que perseguir la uniforme y correcta aplicación de las leyes, unificando la interpretación judicial.

Esta diferencia institucional, como bien sostienen los profesores Javier Tapia y Luis Cordero, lleva a que si el organismo revisor es generalista y carece de *expertise* (Corte Suprema), “es altamente probable que tenga un incentivo a ser deferente con la Administración, al menos respecto de cuestiones de hecho y, posiblemente, también de política pública”.<sup>38</sup> Considerando lo expuesto, pareciera que la decisión que la Corte Suprema ha adoptado, al menos en materia de evaluación ambiental, después de *Central Punta Alcalde*, está dada por ser más o menos deferente con el órgano que debe resolver las reclamaciones, ello en cuanto a otorgarle una competencia amplia para decidir, considerando también lo genérico del artículo 20 de la Ley N° 19.300.

Una explicación para lo anterior es que los márgenes estrechos que el recurso de casación, en cualquiera de sus modalidades, otorga a la Corte

<sup>38</sup> Tapia, Javier y Cordero, Luis, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional”, en *Revista Estudios Públicos*, N° 139, (Centro de Estudios Públicos), 2015, p. 12.

Suprema, solo le permite resolver cuestiones de derecho y no de hecho, ni tampoco asuntos propios de política pública, al menos teóricamente. No obstante, el recurso de protección, por su amplitud en la revisión y el abuso en su uso, sí permitió, al menos en materia ambiental, que la Corte Suprema se inmiscuyera en asuntos distintos para los cuales fue creado durante al menos los últimos años, habiendo sido utilizado con una elasticidad interpretativa laxa tanto por los recurrentes como por los tribunales superiores de justicia, sobrepasando, en muchas oportunidades, los márgenes formales referidos a “restablecer el imperio del derecho” que el artículo 20 de la CPR dispone.

Por eso, la pregunta que surge a partir de este fallo en relación a las competencias del Director Ejecutivo del SEA o del Comité de Ministros, es cuán amplia debe ser esa potestad. Sus límites, sus márgenes de discreción y el ámbito de cuánto puede, en dicha instancia, resolverse. No cabe duda de que la Corte Suprema ante un estatuto legal ambiguo, ha reconocido márgenes amplios de decisión, teniendo la autoridad administrativa un campo de actuación vasto en materia recursiva en la medida que motive adecuadamente sus decisiones.

No obstante, eso no implica que no pueda haber un control judicial intenso sobre dichas decisiones. Lo relevante será, entonces, asumiendo la amplitud de las competencias reconocidas, si las decisiones en esta instancia recursiva fueron empleadas siguiendo un método correcto (método científico-técnico) y si este fue ejecutado como correspondía. Para ello, cualquier decisión en esta instancia deberá, para legitimarse ante el control judicial intenso, especialmente cuando se trata de tribunales especiales, ser consistente en el tiempo y con las situaciones que deben resolverse (trato similar ante situaciones similares); ser extremadamente motivada; neutral en cuanto a las partes y los destinatarios (Administración del Estado, titular y comunidades, por ejemplo); y rica en transparencia y confrontación de ideas u observaciones antagónicas (participativa)<sup>39</sup> que permitan ponderar adecuadamente todos los antecedentes.

### **3.4 Acreditar el interés para solicitar la invalidación de una RCA. Resolución reclamable y plazo para ejercer la potestad**

Otro de los aspectos que también ha sido discutido durante este período se refiere al interés que deberá invocarse para solicitar la invalidación de un acto administrativo de naturaleza ambiental. A ello, se suma la resolución que sería reclamable y el plazo de caducidad de dos años para ejercer la potestad

---

39 Véase Edly, Christopher, *Administrative Law. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, (Yale University Press) 1990, p. 14 y siguientes.



invalidatoria por parte de la autoridad administrativa competente ante un eventual acto administrativo contrario a derecho.

En ese sentido, las sentencias del 2° Tribunal Ambiental de Santiago referidas a *SQM*<sup>40</sup> son ilustrativas<sup>41</sup> al disponer que debió acreditarse un interés “ambiental” al momento de solicitarse que la autoridad competente, en este caso la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá, pudiera declarar admisible una solicitud de invalidación en contra de una RCA dictada por ella.

Habiéndose reclamado judicialmente las resoluciones que declararon inadmisibles dichas solicitudes, siendo rechazadas posteriormente por el 2° Tribunal Ambiental de Santiago al invocarse, por parte del solicitante, un interés comercial al solicitarse la invalidación de una RCA de un competidor, la Corte Suprema confirmó el rechazo a las reclamaciones, pero haciendo una distinción y no restringiendo el interés del solicitante al meramente ambiental. Para ello, estableció, expresamente, que no es necesario invocar este interés especial –distinción que no hace el artículo 21 de la Ley N°19.880 para efectos de determinar quiénes tienen la calidad de interesados en un procedimiento administrativo–, sino dotar de contenido el interés reclamado; justificándolo adecuadamente, lo que es distinto a tener que invocar un interés estrictamente ambiental al ser solicitada una invalidación de un acto administrativo de naturaleza ambiental. En esa dirección, el fallo establece que “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”.<sup>42</sup>

Una postura amplia en cuanto al interés para solicitar la invalidación de una RCA ha sido también recogida por el 2° Tribunal Ambiental de Santiago a propósito del proyecto inmobiliario *Costa Laguna*,<sup>43</sup> al dictar, en el mes

40 2° Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 10-2013, sentencia de fecha 19 de junio 2014; y, Rol 11-2013, sentencia de fecha 26 de junio de 2014.

41 Dejamos constancia que en esta causa representamos judicialmente la posición del SEA.

42 Corte Suprema, Rol 21.547-2014, sentencia de fecha 6 de abril de 2015, considerando vigésimo octavo.

43 2° Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 53-2015, sentencia de fecha 26 de agosto de 2015. Esta sentencia fue casada en la forma y en el fondo, y a la fecha en que este trabajo fue entregado, la Corte Suprema

de agosto de 2015, una sentencia que sigue el criterio anterior, pese a que el problema de la legitimación activa en el derecho administrativo no parece del todo resuelto.<sup>44 45</sup>

En el caso del 3° Tribunal Ambiental de Valdivia, también se han discutido asuntos referidos a la invalidación de una RCA. En particular, nos referimos al caso *Comunidades Lago Rupanco* en el que el tribunal dispuso, en cuanto al plazo de caducidad para invalidar una RCA que “el plazo indicado para el ejercicio de la potestad es un plazo de caducidad, por lo que no se suspende ni interrumpe, tal como lo ha sostenido invariablemente la doctrina y la jurisprudencia del máximo órgano administrativo de control (...) que estos sentenciadores comparten...”.<sup>46</sup> De esta forma, la postura de este tribunal es coincidente con la postura doctrinal de algunos autores nacionales<sup>47</sup> y con la invariable doctrina, en esta materia, que la Contraloría General de la República ha dispuesto.<sup>48</sup> A esto se suman los fallos recientes de *Central Achibueno*<sup>49</sup> y *Piscicultura Calcurrupe II*<sup>50</sup>, en los que se confirma el plazo de dos años de caducidad para ejercer la potestad invalidatoria, sin perjuicio del ejercicio de otras acciones judiciales que puedan interponerse.

---

no había resuelto dichos recursos.

44 Ferrada, Juan Carlos, “El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses”, en *Revista de Derecho*, Vol. 25, (Universidad Austral de Chile), 2012, pp. 103-126.

45 Por su parte, el SEA ya ha empezado a reconocer el criterio de la Corte Suprema, tal como da cuenta la Resolución N° 311/2016, de fecha 23 de marzo de 2016.

46 3° Tribunal Ambiental de Valdivia, Rol 10-2013, sentencia de fecha 21 de julio de 2015, considerando trigésimo tercero. Esta sentencia también fue casada en la forma y en el fondo, y a la fecha en que este trabajo fue entregado la Corte Suprema no había resuelto dichos recursos.

47 Véase Bermúdez, Jorge, “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 18, N° 2, 2005, pp. 83-105; Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, (Legal Publishing) 2014, p. 227; Jara, Jaime, “Apuntes de acto y procedimiento administrativo, Ley N° 19.880”, Pontificia Universidad Católica, Facultad de Derecho, Diplomado en Derecho Administrativo Económico, 2008, p. 187; Lara, José Luis y Guerrero, Gonzalo, “Aspectos Críticos de la Invalidación Administrativa en la Ley 19.880: Análisis en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República a 8 años de su vigencia”, en *Revista de Derecho Escuela de Postgrados*, N°1, (Universidad de Chile), 2011, p. 37; y Millar, Javier: *La potestad invalidatoria en el derecho chileno*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad de Chile, 2008, p. 237.

48 Véase, entre otros Contraloría General de la República, Dictámenes: N° 19.937, de 15 de abril de 2010; N° 10.449, de 11 de febrero de 2014; N° 12.771, de 2 de marzo de 2012, y N° 412, de 5 de enero de 2016, entre otros.

49 2° Tribunal Ambiental de Santiago, sentencia de fecha Rol 63-2015, 21 de abril de 2016.

50 2° Tribunal Ambiental de Santiago, sentencia de fecha Rol 87-2015, 17 de junio de 2016.

De esta forma, a través de las sentencias citadas en este ámbito, sin perjuicio que aspectos referidos al interés (amplio) y al plazo (de caducidad) para invalidar una RCA parecieran tener sentido y fundamento, todavía hay asuntos pendientes que resolver en esta materia. Nos referimos, por ejemplo, a la pregunta sobre qué resolución es finalmente reclamable judicialmente ante el Tribunal Ambiental competente si consideramos que la resolución que declara inadmisibile una solicitud de invalidación no “resuelve”, como lo ordena la ley (artículo 17 N° 8), un “procedimiento administrativo de invalidación”, sino que da cuenta de una potestad que no pretende ser ejercida, sin haberse tramitado procedimiento administrativo alguno y quedando pendiente la discusión referida a si ello genera una indefensión, considerando si dicha solicitud fue debidamente justificada.

Igual situación puede señalarse respecto a las causas que llegan a motivar el ejercicio de esta potestad y de los vicios (forma y/o fondo) esenciales que, en concreto, afectarían la validez de una RCA. En otras palabras, queda aún pendiente, al menos por parte de los Tribunales Ambientales, una determinación clara de cuándo estamos en presencia de vicios esenciales – que causen un perjuicio al interesado que hace de tal entidad aquello– que ameritan expulsar del ordenamiento jurídico ese acto administrativo. En esta área la Corte Suprema ya se ha aventurado, al menos en materia sancionatoria, a propósito del Proyecto Tres Bocas, que luego se comenta, a dar ciertos criterios.

Lo expuesto cobra relevancia, ya que no existen procedimientos administrativos de evaluación ambiental completamente puros, al margen de los errores o interpretaciones equivocadas o distintas en que pueda incurrir el SEA u otra autoridad sectorial y que ameriten, por ese solo hecho, ejercer la potestad invalidatoria. Dicho de otra forma, faltan criterios judiciales para determinar cuándo una irregularidad es invalidante, considerando que la única mención que hace la Ley N°19.300 en tal sentido está en el artículo 9° bis en relación al contenido del Informe Consolidado de Evaluación (ICE) y lo que este debe contener, en cuyo caso, de omitirse algunos de los elementos que dispone la ley, se considerará *un vicio esencial* de la evaluación ambiental, no habiendo otra mención en la ley en tal sentido en relación a este procedimiento.<sup>51</sup>

<sup>51</sup> Véase el artículo de Cordero, Luis: “Los dilemas tras los vicios de la resolución de calificación ambiental. ¿Cómo dimensionar sus efectos?”, en Ferrada, Juan Carlos (coord.), Nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno. IX Jornadas de Derecho Administrativo, (Legal Publishing) pp. 513-536.

#### **4. Criterios jurisprudenciales en materia de fiscalización y sanción (2013-2015)**

En materia sancionatoria también existen algunas sentencias que tiene sentido considerar y respecto de las cuales se han generado criterios jurisprudenciales interesantes durante este período.

##### **4.1. La forma en que deben ser entendidas las infracciones a una RCA. La calidad de interesado para efectos de un procedimiento sancionatorio. La forma en que el sujeto sancionado debe comparecer ante el tribunal ambiental competente**

El fallo *Pascua Lama*<sup>52</sup> es, tal vez, uno de las sentencias más importantes que resolvió el 2° Tribunal Ambiental de Santiago durante este período. Sin embargo, al ser conocido el fallo por la Corte Suprema en virtud de un recurso de casación en la forma y en el fondo interpuesto por la compañía, el máximo tribunal no resolvió las problemáticas que estaban en discusión, disponiendo algo accesorio: la calidad en que debe comparecer el sujeto objeto de la sanción por la SMA, una vez que terceros interesados han reclamado en contra de la resolución que impuso la sanción.<sup>53</sup>

En efecto, aspectos como determinar la forma en que las infracciones de una RCA deben ser entendidas, acumulándose todas bajo un gran incumplimiento a la RCA y el resto como agravantes, o si cada uno de los incumplimientos constituye una infracción independiente y distinta, como lo entendió el 2° Tribunal Ambiental de Santiago, era parte de lo que se esperaba que la Corte Suprema zanjara. Lo mismo puede decirse respecto de la calidad de interesado que tiene quien denuncia y cómo el lugar en que habita o desarrolla una actividad dentro del área de influencia constituye un presupuesto básico para ello. Por último, si el 2° Tribunal Ambiental de Santiago sustituyó o no el contenido discrecional del acto administrativo (resolución que impuso una sanción al proyecto), como lo prohíbe el artículo 30 de la Ley N°20.600, al ordenar a la SMA la forma en que debía determinar los incumplimientos y rehacer el procedimiento sancionatorio, tampoco fue abordado.

Por eso, en el fallo *Pascua Lama* quedan –pese a que compartimos la tesis del 2° Tribunal Ambiental de Santiago en la forma en que deben ser entendidos

---

52 2° Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 6 (acumulados 7 y 8)- 2013, sentencia de fecha 3 de marzo de 2014.

53 Corte Suprema, Rol 11.600-2014, sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014.

los incumplimientos a una RCA—<sup>54</sup> varias preguntas sin resolver. Se trata de un caso importante, un gran caso, en que la Corte Suprema, en vez de definir criterios en cuanto al derecho administrativo sancionador ambiental, razonó disponiendo que el sujeto objeto de la sanción no podía comparecer como tercero coadyuvante de la SMA, órgano de la Administración que había iniciado un procedimiento administrativo sancionador en su contra, sino bajo otra calidad (tercero independiente), y dejó sin responder todas las preguntas antes formuladas.

De esta forma, los interesantes criterios abordados por el 2° Tribunal Ambiental de Santiago quedaron pendientes de ser confirmados o revocados en otra sentencia o caso por la Corte Suprema, situación que ha permitido a la SMA y en consecuencia a los tribunales, poder consolidar momentáneamente un criterio interpretativo.

#### **4.2. Requerimiento de ingreso por parte de la SMA ante la elusión de un proyecto o actividad para ingresar al SEIA y criterios de esencialidad y perjuicio para invalidar un acto administrativo**

Si bien el 2° Tribunal Ambiental de Santiago resolvió casos de elusión en que la SMA requirió el ingreso de ciertos proyectos al SEIA, reclamándose esa decisión ante dicho tribunal por los titulares de proyectos, tal como ocurrió en *Santiago Downtown*<sup>55</sup> y en *Fundición Ventanas*,<sup>56</sup> acogiendo ambas reclamaciones por no haberse respetado un justo y racional procedimiento, la única reclamación que conoció, vía recurso de casación la Corte Suprema respecto de un asunto como este, se refiere al caso *Tres Bocas*,<sup>57</sup> de la ciudad de Valdivia.

En esa ocasión el 3° Tribunal Ambiental de Valdivia dispuso que la SMA, durante el procedimiento de fiscalización, considerando que ciertas obras se emplazaban dentro del Santuario Carlos Anwandter, debió consultar, previo al requerimiento, al MMA y al Consejo de Monumentos Nacionales, los límites del santuario. Esa consulta no se produjo, lo cual viciaba la resolución e impedía definir ciertamente la calidad que el predio tenía para efectos de determinar si se

54 Carrasco, Edesio y Herrera, Javier: “Criterios para determinar la tipicidad de una resolución de calificación ambiental”, en Arancibia, Jaime y Alarcón, Pablo (coord.), *Sanciones Administrativas*, (Legalpublishing), 2014, pp. 55 – 75.

55 2° Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 15-2013, sentencia de fecha 22 de mayo de 2014.

56 2° Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 21-2013, sentencia de fecha 28 de octubre de 2014.

57 3° Tribunal Ambiental de Valdivia, Rol 2-2014, sentencia de fecha 30 de mayo de 2014.

encontraba dentro de la categoría de la letra p) del artículo 10 de la Ley N° 19.300.

Una vez presentado el recurso de casación en el fondo por parte de la SMA, este fue acogido por la Corte Suprema, pero al margen de la disquisición referida a la necesaria concurrencia previa del MMA o del Consejo de Monumentos Nacionales a fin de determinar si el área en la que se desarrollaba el proyecto se encontraba bajo la categoría de la letra p) del artículo 10 de la Ley N° 19.300, lo acogió por infringirse el artículo 13 de la Ley N° 19.880. En un interesante fallo dispuso en relación al principio de conservación del acto administrativo que:

(...) la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido en forma reiterada que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, ella sólo será procedente si el vicio es grave y esencial. Subyacen a este principio de conservación otros principios generales del Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica. Efectivamente, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados. (CS roles 5815-2011; 57-2011; 274-2010; 3078-2013).

Décimo Séptimo: Que en la doctrina del derecho procesal, el denominado ‘principio de trascendencia’ supone en célebres palabras de Couture, 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’. Tal como apunta Alsina, la ineficacia que se sigue de la nulidad debe tener una finalidad práctica, no procediendo la nulidad por la nulidad misma”. (Gorigoitía Abbott, Felipe, “El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles”, *Rev. de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XL, Valparaíso, Chile, 2013, 1° Semestre, pág. 579).

Décimo Octavo: Que a juicio de estos sentenciadores, en el evento de configurarse este vicio de procedimiento en cuya virtud la sentencia anula el procedimiento de fiscalización llevado a cabo por la recurrente,

éste no tendría el carácter de grave y esencial, razón por la cual no acarrearían la nulidad del procedimiento y de la Resolución N°98 que puso término al mismo.

Décimo Noveno: 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.<sup>58</sup>

La importancia del fallo antes citado radica en que por primera vez, a propósito de una sentencia de uno de los Tribunales Ambientales, se hace por parte de la Corte Suprema un análisis respecto a lo esencial o grave de un vicio y del perjuicio que este debe producir para que un acto administrativo de esta naturaleza sea invalidado, confirmado una postura robusta en cuanto a la conservación del acto administrativo que requirió el ingreso del proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) por desarrollarse en un área colocada bajo protección oficial (letra p) del artículo 10 de la Ley N° 19.300.<sup>59</sup> En esos términos, la sentencia no solo fija criterios sobre un aspecto más general dentro del derecho administrativo (esencialidad y perjuicio para invalidar), sino además valida la tesis original de la SMA plasmada en *Santiago Downtown*, en orden a poder requerir el ingreso al SEIA de cualquiera en caso de que exista una elusión, sin requerir, eventualmente, un procedimiento administrativo previo para determinar aquello.

#### **4.3. *Ultra petita*, circunstancias agravantes de la responsabilidad y el contenido discrecional de un acto administrativo en la determinación de la sanción por parte de un tribunal**

En relación al fallo del 2° Tribunal Ambiental de Santiago en *Central Renca*,<sup>60</sup> que posteriormente la Corte Suprema revirtió en virtud de un recurso de casación en la forma interpuesto por el titular del proyecto, vale tener presente las siguientes consideraciones.

<sup>58</sup> Corte Suprema, Rol 16.706-2014, sentencia de fecha 10 de diciembre de 2014.

<sup>59</sup> Se deja constancia que el 2° Tribunal Ambiental de Santiago aborda también lo anterior a propósito del fallo *Central Renca*, Rol 23-2014, sentencia de fecha 12 de septiembre de 2014, considerando octavo y noveno.

<sup>60</sup> 2° Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 23-2014, sentencia de fecha 12 de septiembre de 2014.

Como resultado de un procedimiento sancionatorio, la SMA multó a la compañía titular del proyecto energético de la referencia por ciertas infracciones a la norma de ruido antigua (D.S. N°146/1996). Esto lo hizo luego de haberse presentado un programa de cumplimiento respecto del cual posteriormente la compañía desistió, a raíz de los plazos fijados por la SMA para cumplir con él, que lo hacían imposible de ejecutar.

Siguiendo en parte la tesis de *Pascua Lama*, una vez presentada la reclamación en contra de la multa impuesta por la SMA, el 2° Tribunal Ambiental de Santiago acogió parcialmente la reclamación, pero ordenando, en el resuelvo, a la SMA, que dictara una “resolución en la que motive debidamente las circunstancias del artículo 40 de la ley Orgánica de la SMA, manteniendo la tipificación y la calificación de los incumplimientos, los que deberán ser sancionados separadamente”.

Presentado el recurso de casación en la forma por parte de la compañía titular del proyecto, con fecha 4 de junio de 2015 la Corte Suprema lo acogió.<sup>61</sup> En su razonamiento, más bien formal, la Corte Suprema contrastó lo pedido en el reclamo con lo resuelto por el 2° Tribunal Ambiental y ordenó, en función del principio de congruencia procesal, fundado en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 27 de la Ley N°20.600, dejar sin efecto dicho fallo por haberse extendido a puntos no contenidos en el petitorio de la reclamación.

No obstante, lo interesante del fallo de la Corte Suprema está en los razonamientos de la sentencia de reemplazo, especialmente en cuanto a cómo entender las circunstancias agravantes de la responsabilidad y la forma en la que, finalmente, se calcula la multa.

La Corte Suprema se adentra en uno de estos elementos para la determinación de la responsabilidad, como es la intencionalidad, señalando que aquello no se discutió en el procedimiento administrativo y obviamente, “tampoco se estableció un actuar doloso de la reclamante, razón por la cual, no correspondía tomar en consideración esta circunstancia en la ponderación de la sanción”.<sup>62</sup> En relación al número de personas que se pudo haber visto afectada por la infracción, el máximo tribunal dispone que el “texto de la norma, a juicio de estos sentenciadores, no requiere probar que se haya afectado la salud de las personas, sino que debe establecerse la posibilidad

---

61 Corte Suprema, Rol 25931-2014, sentencia de fecha 4 de junio 2015.

62 *Ibid.*, considerando primero.



de la afectación, cuestión que la SMA realizó en monitoreos nocturnos en que quedó establecido la superación de los niveles establecidos en el Decreto Supremo N°146 del año 1997”.<sup>63</sup> Asimismo, en cuanto a la conducta previa del infractor, la Corte Suprema estimó, que “aunque la sanción no se haya aplicado por la SMA, lo fue por un organismo con competencia en materia ambiental por una infracción de esta naturaleza, y en cuanto a la segunda argumentación, para aplicar tanto una circunstancia agravante como una atenuante de responsabilidad relativa a la conducta anterior, no hay límite de tiempo”.<sup>64</sup>

Por último, al referirse al beneficio económico, la sentencia determina: “Del análisis de la determinación del beneficio económico no surge en forma clara la forma y los fundamentos tenidos en consideración por la SMA para arribar a la conclusión que éste asciende a 82 UTA. En razón de lo anterior, atendida la falta de fundamentación en la aplicación de esta circunstancia, no se la considerará en la aplicación de la sanción”.<sup>65</sup>

Finalmente, el fallo dispone que no corresponde aplicar la agravante relativa a la intencionalidad, así como tampoco la correspondiente a beneficio económico, y considerando la clasificación de la infracción como leve, las otras agravantes concurrentes, las atenuantes consideradas, y la capacidad económica del infractor, rebaja en 63 UTA la sanción aplicada, fijándola finalmente en 253 UTA.

La sentencia de la Corte Suprema, al redefinir las circunstancias modificatorias de la responsabilidad y alterar la multa impuesta, confirma, pese a haber acogido el recurso de casación en la forma por un problema de *ultra petita*, que la revisión no se hizo solo en función de un mero control de legalidad del procedimiento. Habría existido, siguiendo a Jorge Bermúdez, “una universalidad y efectividad de la tutela”, contrastándose todo el “bloque normativo” de la resolución y de la sentencia judicial, no abarcándose solo el control a una parte específica.<sup>66</sup>

Desde el momento en que se revisa la intencionalidad y el beneficio económico de la multa impuesta, y producto de ello se altera el *quantum* de la sanción, la Corte Suprema no solo hace un control de legalidad contrastando la

63 Corte Suprema, Rol 25.931-2014, sentencia de fecha 4 de junio 2015, considerando primero.

64 Id.

65 *Ibíd.*, considerando segundo.

66 Bermúdez, Jorge, “La legitimidad activa en el contencioso ambiental”, en Ferrada, Juan; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco (coord.) *La nueva justicia ambiental*, (Thomson Reuters), 2015, p. 160.

conformidad de la resolución y la sentencia con la normativa vigente, tal como lo dispone el artículo 30 de la Ley N°20.600, sino además determina la forma en que ciertas partes de ella debieron ser entendidas y ponderadas. En virtud de esta decisión, la Corte Suprema (tribunal general) va más lejos en el control que la propia jurisdicción ambiental, por medio de la Ley N°20.600 dispone (artículo 30). Contrario entonces a los fallos de *Ruta de la Fruta*, *Compañía Minera del Pacífico* o *Tres Bocas*, en este caso la Corte Suprema no revoca una sentencia para ordenar el régimen de acciones, definir la competencia de un órgano de la Administración del Estado o determinar la esencialidad de un vicio del procedimiento, sino que califica de una manera distinta a como lo hizo la SMA, las circunstancias agravantes de la responsabilidad en el procedimiento sancionatorio. No ordena rehacer el procedimiento, sino que modifica la decisión terminal reconfigurando los elementos que llevan a imponer una multa y como consecuencia a especificar, sin parámetro conocido alguno, un valor diferente para ella.

En contravención a la parte final del inciso segundo del artículo 30 de la Ley N°20.600, la Corte Suprema determinó el contenido de un aspecto discrecional del acto administrativo cuya nulidad fue solicitada. Habría invadido la potestad sancionadora exclusiva de la SMA. Sustituyó el análisis y el procesamiento de datos e informaciones propios del procedimiento administrativo, determinando ella misma la gravedad de la sanción. No se trató de indicarle a la SMA cómo actuar, sino de reemplazar su razonamiento y voluntad. No se ordenó corregir los vicios de procedimiento y realizar nuevas diligencias para enmendar las ilegalidades. En definitiva, no se guió a la SMA, “en la prosecución del interés general”.<sup>67</sup>

Si bien los poderes con que cuenta cualquiera de estos Tribunales Ambientales son extremadamente fuertes para ordenar modificar el acto administrativo impugnado, orientando su acción, en este caso el máximo tribunal de la república decidió ir más lejos y sustituir una decisión administrativa, cuestión que parece un contrasentido si los Tribunales Ambientales, en virtud del artículo 30 de la Ley N° 20.600, no podrían hacerlo, pese a ser tribunales especiales y expertos. En otras palabras: en este caso fue más deferente el 2° Tribunal Ambiental de Santiago que la Corte Suprema con la SMA, pese a que cumplen roles institucionales distintos, radicándose

---

67 Valdivia, José Miguel, “Contenido y efectos de las sentencias de los tribunales ambientales”, en Ferrada, Juan; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco (coord.) *La nueva justicia ambiental*, (Thomson Reuters), 2015, p. 268.

la discreción de la decisión en el máximo tribunal de la república y alterando la separación de funciones estatales que en esta materia el legislador ha fijado. Se ha contradicho la propia doctrina de la Corte Suprema en orden a que la “... apreciación de los hechos, para adoptar la decisión, esto es, si son de la entidad necesaria para llevarle a tomar la determinación respectiva, queda dentro de la esfera propia de la autoridad administrativa, y sólo ante una desproporción grave, manifiesta y evidente puede actuar el órgano jurisdiccional...”<sup>68</sup> El haber mantenido la sanción y haber modificado solo el *quantum*, denota que no había una desproporción grave, manifiesta y evidente de la SMA como para haber sustituido en parte el contenido discrecional de su decisión.

No obstante, no puede olvidarse que quien resuelve finalmente este conflicto es la Corte Suprema, y para ello procura, en último término, como lo ha reconocido Agustín Gordillo, “dar la solución que satisface su sentido de justicia en la apreciación de los hechos, más allá de si ello supone sustituirlo o reformar el acto por ella misma”.<sup>69</sup> Pareciera que por razones de justicia, de eficacia y de economía procedimental –considerando que la devolución a la SMA acarrea el riesgo inexorable de una nueva reclamación– este tipo de decisiones se toman en tal sentido. Sin embargo, si bien esta discusión parece estar todavía abierta en nuestro país, para Alejandro Nieto lo ocurrido en casos como estos no modificaría la titularidad de la potestad, sino únicamente su ejercicio, desplazándose de un órgano a otro el ejercicio de ella por la interposición de un recurso judicial, viéndose interferida así la potestad sancionadora conferida a la Administración por el juez.<sup>70</sup>

## 5. Criterios jurisprudenciales en materia de actos administrativos regulatorios (2013-2015)

La Presidencia de la República ocupa un lugar esencial en el orden institucional chileno. El Presidente de la República ejerce la jefatura superior de la administración central del Estado y como tal tiene la facultad para dictar reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes, pudiendo dictar otras órdenes en todas aquellas materias que no

<sup>68</sup> Corte Suprema, Rol 6463-2012, 3 de octubre de 2012, considerando segundo.

<sup>69</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo. El acto administrativo. Tomo III*, (Editorial Buenos Aires) 2011, p. XII-24.

<sup>70</sup> Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, (Editorial Tecnos) 2011, pp. 147-148.

sean propias del dominio máximo legal.

Si bien este no es un trabajo sobre las potestades presidenciales, en materia ambiental el Presidente de la República tiene competencias, para, entre otras cosas, dictar normas primarias y secundarias de calidad y normas de emisión. De igual manera, ante una norma que puede ser superada o que derechamente ya lo ha sido, puede decretar zonas del territorio como latentes o saturadas. Por último, también ante la declaración de dichas zonas, puede dictarse un plan de prevención o de descontaminación, respectivamente. En todos aquellos actos administrativos, para los cuales se requiere un Decreto Supremo, es necesario, además, la firma de Ministerio del Medio Ambiente y del ministerio sectorial que corresponda.

En ese contexto, es que el artículo 50 de la Ley N° 19.300 dispone que cualquiera de estos decretos será reclamable ante el Tribunal Ambiental, por cualquier persona que considere que no se ajusten a esta ley y causen perjuicio, fijando un plazo de 30 días desde su publicación en el Diario Oficial o desde la fecha de su aplicación según corresponda, para interponer dicha reclamación.

### **5.1. Control de procedimiento y motivación del acto administrativo en materia de regulación ambiental: Nuevos estándares de revisión judicial**

En relación al contexto descrito anteriormente, el Decreto Supremo N° 20, del 16 de diciembre de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, estableció la Norma de Calidad Primaria para Material Particulado Respirable MP 10 (la norma MP 10).

En síntesis, dicha norma fue el resultado de un proceso de revisión de otra que ya databa del año 1998 y en virtud de la cual se decidió mantener el límite diario de 150 ug/m<sup>3</sup>, pero se derogó el límite anual previo de 50 ug/m<sup>3</sup>. Lo anterior, considerando que paralelamente fue dictada la Norma Primaria de Calidad Ambiental para Material Particulado MP 2,5 (MP 2,5).

Dictada la norma, fueron presentadas cinco reclamaciones ante el 2° Tribunal Ambiental por parte de municipalidades y personas naturales, el que con fecha 16 de diciembre de 2014, dispuso, entre otras cosas, en cuanto al procedimiento que "...si bien formalmente el expediente registra los hitos mínimos exigidos por la ley..., el procedimiento no revela la prolijidad que debe tener el proceso de revisión de una norma tan relevante para el país como ha sido la de MP 10. El proceso tomó un tiempo extremadamente largo, cuya aplicación no se haya suficientemente fundada en el expediente. Hubo

dos prórrogas y la segunda de ellas en directa contravención al Reglamento que permitía sólo una (...) La participación de la ciudadanía, en general, fue prácticamente nula”.<sup>71</sup>

Por su parte, en relación a la fundamentación de la norma, dispuso que “... la debida fundamentación y motivación del establecimiento –o mantención– de una norma primaria de calidad ambiental, exige razones y justificaciones, las que deben estar consignadas tanto a lo largo del procedimiento de revisión como incluidas formalmente en los considerandos del decreto supremo, de manera que permitan a la población comprender los motivos y fundamentos legales y técnicos para la adopción de este tipo de decisiones” (considerando quincuagésimo).

Por último, y probablemente en uno de sus razonamientos más sustantivos respecto de la forma en que el tribunal entiende el proceso normativo, establece que luego de revisados todos los antecedentes del procedimiento, “aparece como evidente que la derogación de una norma de calidad ambiental debe someterse necesariamente a un estándar de fundamentación particularmente elevado, pues implica un cambio en el nivel de riesgo socialmente aceptado que no puede ser motivo sólo de un acuerdo político, sino el resultado de una acabada discusión, científica en su parte fundamental, pero también sociológica y jurídica; y, en particular, a menos que nos encontremos ante una situación excepcionalísima, deberá existir una estricta correlación que garantice que la derogación ha sido o será compensada con la generación o creación de otra norma, que supondrá mejores y más elevados estándares” (considerando octogésimo).

Interpuesto el recurso de casación por el Consejo de Defensa del Estado, la Corte Suprema lo rechazó y dispuso, en síntesis, en su parte más relevante, que “...tal como antes ya se asentó, todos los actos administrativos requieren ser fundamentados, pero esta exigencia de fundamentación es más intensa e implica un estándar más alto o exigente en cuanto concierne a actos administrativos que pueden significar una disminución de la protección ambiental y por lo mismo requieren de una motivación especial...Es por ello que en el caso de un acto de la Administración que suprime exigencias de índole ambiental que han estado vigentes por años se requiere que, para que ellas puedan ser dejadas sin efecto, el estándar de motivación ha de ser altísimo y en el presente caso la motivación es absolutamente insuficiente,

<sup>71</sup> 2° Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 22-2014, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2014, considerando trigésimo tercero.

particularmente porque no se explica cómo es que se haya podido dictar semejante norma en el pasado ni tampoco se da cuenta –en el acto administrativo impugnado– de datos certeros que avalen una medida de indudable efecto sobre toda la comunidad.”<sup>72</sup>

La síntesis de los razonamientos expuestos grafica la primera gran controversia regulatoria que se ha debatido ante esta nueva justicia especializada. Se trata de un conflicto que, al margen del control de legalidad de una norma, versa sobre nuevos estándares que las normas ambientales, cualquiera sea su tipo (calidad o de emisión), al momento de dictarse, deberán cumplir. Esto ha llevado a que otras normas a comienzos de este año también estén siendo objeto de una revisión judicial, por lo que es de esperar que controversias de esta naturaleza continúen.<sup>73</sup>

Por otra parte, las líneas argumentales utilizadas por el 2° Tribunal Ambiental de Santiago para ordenar la anulación del Decreto Supremo N°20/2013, radican, esencialmente, en vicios de procedimiento y en la falta de motivación del acto administrativo que llevó a la dictación de la norma de calidad y cuya nulidad fue solicitada, pudiendo encuadrarse, dichos razonamientos, bajo una lógica de revisión judicial intensa o de *hard look review*,<sup>74</sup> propia de un tribunal que ha sido creado para ello. Por lo tanto, la revisión judicial aguda de una norma ambiental, en sus aspectos normativos o de procedimiento, no debiese llamar la atención. Es natural que así sea, especialmente si se ha creado un tribunal especial para dicho control.

Otra cosa distinta es si los vicios de procedimiento señalados son o no esenciales o graves como para invalidar la dictación de una norma de esta naturaleza dictada por otro poder del Estado. Naturalmente que un proceso normativo debe ser siempre prolijo, demorar un tiempo razonable, prorrogarse las veces que el reglamento lo permita y ojalá contar con la mayor participación ciudadana posible. Y en eso, cualquiera de los Tribunales

---

72 Corte Suprema, Rol 1.119-2015, sentencia de fecha 30 de septiembre de 2015, considerando vigésimo primero.

73 Véase 3° Tribunal Ambiental de Valdivia, Rol 26-2016 y Rol 27-2016.

74 Este término en el derecho norteamericano proviene del juez Harold Leventhal, del circuito del Distrito de Columbia, acuñado en la causa *Pikes Peak Broad. Co v. FCC*, 422 F 2d. 671, 682 (D.C Cir. 1969) y que con el tiempo fue evolucionando desde una revisión intensa de los principales aspectos de la decisión administrativa a uno cuyo énfasis está en el proceso de decisión de la agencia, véase *Nat'l Lime Ass'n v. EPA*, 627 F. 2d 416, 451 n.126 (D.C. Cir.1980). En nuestro medio, recientemente Corvalán, José Luis, se ha referido a la mismo en su artículo titulado “La revisión judicial de los procedimientos *notice-and-comment*: el caso de las normas ambientales”, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 83, (Universidad de Chile) 2015, pp. 11-36.

Ambientales podrá, eventualmente, exhortar a la Administración del Estado a mejorar esos estándares de procedimiento a fin de perfeccionar el proceso normativo y contribuir al buen diseño de las regulaciones y las políticas públicas. Distinto es plantearse si aquello, por sí mismo, puede justificar declarar nula una norma, situación que en este caso, no parece ser la razón fundante esgrimida por la Corte Suprema para ello.

Diferente es el caso de la motivación. En eso, la lectura del fallo, especialmente el de la Corte Suprema, apunta no a la motivación por fundamentar con más o menos detalles una decisión o a inclinarse o preferir una u otra alternativa regulatoria, sino a la explicación racional ante la desregulación de un asunto contenida en ella. Es decir, el cuestionamiento se plantea ante la derogación del límite anual previo de 50 ug/m<sup>3</sup> que la norma impugnada dispuso. Ante eso, la Corte Suprema simplifica el argumento del 2° Tribunal Ambiental de Santiago y señala que se requiere una motivación especial o un estándar de motivación altísimo para realizar lo anterior. En otras palabras: la regresión ambiental requiere un estándar de motivación diferente.<sup>75</sup> Si bien la Corte Suprema no define cómo eso debe hacerse –lo que sí hace el 2° Tribunal Ambiental de Santiago al especificar elementos técnicos, sociológicos y jurídicos–, nos parece que el razonamiento utilizado tiene algunos riesgos.

Por una parte, se realiza una expresa mención por parte del 2° Tribunal Ambiental de Santiago en el sentido de que no se hace un control de mérito (considerando vigésimo tercero), pero entre el control de mérito y la motivación del acto la diferencia no es tan evidente, especialmente cuando se objeta una parte de la norma (la referida a la desregulación). Es evidente que ambos tribunales revisan los antecedentes y en función de eso estiman que la decisión regulatoria fue “inconveniente”, pero no debe olvidarse que siempre el análisis de los antecedentes tenidos a la vista en forma previa por la autoridad implica una opción o alternativa regulatoria basada en el mérito. Pareciera, entonces, que la sentencia razona bajo la lógica de que el mérito de una decisión debe estar igualmente motivado. En otras palabras, el descarte de uno u otro informe o estudio para la dictación de una norma debe también justificarse adecuadamente.

Por último, una pregunta pendiente de la sentencia comentada es si el mismo estándar de procedimiento y fundamentación será aplicado cuando

---

75 Véase el interesante comentario sobre este fallo en Costa, Ezio, “Mejora Regulatoria, Legitimación y Principio de No Regresión: El Fallo de la Corte Suprema en el Caso MP 10”, en *Justicia Ambiental, Revista de Derecho Ambiental*, Año VII, N° 7, (Fiscalía del Medio Ambiente-FIMA), 2015, pp. 203-223.

la exigencia de una norma aumente o se regule una nueva materia. La Corte Suprema ha sido clara al exigir un estándar de motivación “altísimo” si estamos en presencia de una desregulación ambiental, tomando una opción preferente por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N° 8). No obstante, ante la afectación de otros derechos constitucionales por medio de una nueva regulación ambiental o el aumento de las exigencias de una ya existente, no queda claro cómo la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2), la libertad ambulatoria (19 N° 7), la libertad económica (19 N° 21) o el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24), serán también resguardados. Al menos en eso, los autores norteamericanos Richard L. Revesz y Michael A. Livermore, son claros al señalar que un análisis costo-beneficio tanto de una regulación como de una desregulación debe hacerse con el mismo celo, ya que la opción por regular puede ser igual de costosa que la de desregular.<sup>76</sup> En iguales términos, y tal como el profesor Matías Guiloff lo ha señalado, no debe olvidarse que el inciso segundo del artículo 19 N° 8 de la Constitución, al disponer que solo la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de ciertos derechos o libertades, ha diseñado un modelo en que “la protección del medio ambiente, a través del establecimiento de restricciones a otros derechos queda subordinada al aseguramiento de la protección de los derechos de orden económico”, lo que no sería casual, sino que sería “perfectamente coherente con la vigorosa protección que en el propio texto constitucional reciben los derechos de este orden”.<sup>77</sup> Lo anterior, al margen de la opinión que se tenga de la disposición constitucional citada, puede llevarnos a concluir que el estándar de motivación “altísimo” exigido por la Corte Suprema, también es indispensable cuando por medio de una regulación ambiental se afectan otros derechos o garantías constitucionales.

## 6. Conclusiones

De la síntesis de casos analizados es posible constatar que tenemos una jurisdicción ambiental que ha hecho un trabajo importante estos tres primeros años. El nivel de fundamentación de las sentencias, el esfuerzo

<sup>76</sup> Revesz, Richard y Livermore, Michael, *Retaking rationality. How cost-benefit analysis can better protect the environment and our health*, (Oxford University Press) 2008, pp. 153-156.

<sup>77</sup> Guiloff, Matías, “El dilema del artículo 19 n° 8 inciso 2”, en *Revista de Derecho*, Vol. 18, N°1, (Universidad Católica del Norte), 2011, p. 166.



técnico por entrar en asuntos complejos y la consolidación de ciertos criterios en el comportamiento de los intervinientes ante estos tribunales han sido positivos. De igual manera, debe reconocerse que muchas de las problemáticas que enfrenta la Administración (SEA, SMA y MMA) y los propios tribunales, obedece, muchas veces, a insuficiencias legislativas, lo que obliga a evaluar, sancionar y regular, y luego controlar esas decisiones, en base a criterios cuyos límites no están previamente fijados. Esto obliga a tomar decisiones difíciles por medio de sentencias judiciales cuyos efectos relativos son problemáticos para el diseño general de decisiones regulatorias, ya sea al evaluar, sancionar o normar en materia ambiental.

Por otra parte, en esta primera etapa se ha avanzado en fijar los contornos de muchos aspectos cuya regulación, a veces confusa, debía definirse. Así, asuntos como el régimen de acciones de impugnación, el agotamiento previo de la vía administrativa, las competencias del órgano que conoce de los recursos de reclamación, el interés de quien presenta la invalidación, la forma de entender un conjunto de infracciones, la motivación en la dictación de una norma, etc., han permitido despejar dudas iniciales.

Queda, eso sí, como un asunto a seguir observando, cómo los Tribunales Ambientales y la Corte Suprema siguen resolviendo este tipo de casos desde su propio rol institucional, con miradas e interpretaciones, a veces coincidentes, otras diferentes, dependiendo de la materia. Cómo hacia el futuro un tribunal especial controla actos administrativos y cómo otro de carácter general, no necesariamente experto, revisa, a su vez, lo hecho por los Tribunales Ambientales, es, tal vez, el principal desafío pendiente para darle coherencia a un sistema regulatorio de control judicial diseñado sobre dos tribunales cuya función dentro del sistema político chileno es distinto. En esto, finalmente, se juega cuánta agresividad debe tener el control judicial, pudiendo afectar la legitimidad democrática de la decisión administrativa si la exagera, o cuánta deferencia administrativa debe existir, pudiendo afectarse, también en ese caso, la eficiencia y la competencia técnica, junto con la responsabilidad política en caso de concederla en demasía.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Véase Vergara, Alejandro, “Los jueces en la era del derecho democrático. Especialización, principios y activismo judicial”, en *Temas de Agenda Pública*, Año 10, N° 83, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015, quien aventura una posición intermedia entre las posturas señaladas en base a los principios jurídicos y la especialización, como un remedio al activismo y a la deferencia, postura que, sin perjuicio de ser valiosa, en concreto aún debe ser analizada por el sector o área regulada de manera específica, considerando la densidad normativa que cada una de ellas tiene a fin de probar su efectividad.

# EMPRESAS DEL ESTADO Y LA RELEVANCIA DEL GOBIERNO CORPORATIVO: ANÁLISIS A PROPÓSITO DE LA AMPLIACIÓN DEL GIRO DE ENAP

*Diego Pardow Lorenzo<sup>1</sup>*

*Pablo Torres Villalobos<sup>2</sup>*

## Resumen

En este artículo se analiza la reciente decisión legislativa de ampliar el giro de ENAP con el objeto de permitir su ingreso al mercado de la generación eléctrica. En particular, se sostiene que su implementación, de llevarse a cabo con anterioridad a la aprobación del proyecto de ley que busca reformar su gobierno corporativo, podría dar origen a conflictos de interés relevantes, toda vez que implicaría que tanto la actividad empresarial como la actividad regulatoria del Estado estarían a cargo de los mismos responsables, introduciendo importantes distorsiones en el funcionamiento del mercado. Los autores argumentan que esta superposición de funciones puede significar un riesgo no solo para el éxito de la actividad de ENAP en el mercado de la generación eléctrica, sino para la actividad empresarial del Estado en general.

**Palabras clave:** Empresas del Estado – gobierno corporativo – conflictos de interés – neutralidad competitiva – servicios públicos

## 1. Introducción

El problema de las empresas públicas consiste en que su proceso de toma de decisiones tiende a politizarse; o al menos, eso es lo que tradicionalmente ha

---

<sup>1</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Profesor del Departamento de Derecho Económico, Universidad de Chile.

<sup>2</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Profesor invitado, Universidad Adolfo Ibáñez y ayudante del Departamento de Derecho Económico, Universidad de Chile.

sostenido nuestra doctrina.<sup>3</sup> En el lenguaje de organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), muchas decisiones de negocios de las empresas públicas obedecerían a razones u objetivos no comerciales, vale decir, aquellos que se refieren a los aspectos externos a las operaciones de la empresa, como sería la disminución del desempleo o de la contaminación atmosférica.<sup>4</sup> A diferencia de lo que sucede con las empresas privadas y su denominada “responsabilidad social empresarial”, el problema de los fines no comerciales va mucho más allá de una diferencia entre enfoques de largo plazo y corto plazo, o entre maximizar utilidades y construir reputación.<sup>5</sup> En efecto, tratándose de las empresas públicas, perseguir objetivos no comerciales supone sacrificar resultados económicos, disminuyendo la riqueza de la compañía, tanto en el largo como en el corto plazo, sea en términos de activos físicos o de intangibles. De esta forma, las empresas públicas, en tanto organizaciones que velan por el bienestar de la sociedad en su conjunto, realizan actividades no comerciales aun cuando ello suponga reducir el volumen de utilidades del negocio.

Esto se agrava al considerar que las empresas públicas muchas veces operan monopolios naturales, o bien segmentos de la industria donde está reducida la presión que puedan ejercer potenciales competidores. Además, el Estado suele estar dispuesto a entregar subsidios frente a malos negocios y difícilmente estará dispuesto a vender sus derechos en una empresa pública. Ello excluye a las empresas públicas de dos mecanismos fundamentales para disciplinar su funcionamiento: el mercado por el control y el riesgo de quiebra.<sup>6</sup> Finalmente, las empresas públicas a veces gozan de privilegios regulatorios.<sup>7</sup>

3 Ver, entre otros, Larroulet, Cristián, “Reflexiones en torno al Estado Empresario en Chile”, en *Revista Estudios Públicos*, N°14, (Centro de Estudios Públicos), 1984.

4 Véase Jones, Leroy, “Performance Evaluation for Public Enterprises”, en *World Bank Discussion Papers*, N° 122, (World Bank), 1991; y OCDE, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*, (OCDE Publishing) 2011.

5 Easterbrook, Frank y Fischel, Daniel, *The Economic Structure of Corporate Law*, (Harvard University Press) 1991; y Bainbridge, Stephen, *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, (Oxford University Press), 2008.

6 Esto, a su vez, genera un problema de riesgo moral. Quienes administran las empresas públicas se ven expuestos a un castigo relativamente menos intenso que sus equivalentes privados, lo que reduce sus incentivos para dirigir la empresa de modo eficiente.

7 Estos privilegios regulatorios son abordados en la literatura en el contexto de la “neutralidad competitiva”. La neutralidad competitiva promueve la competencia eficiente por medio de la minimización de las ventajas competitivas de que gozan los negocios del Estado por sobre sus competidores del sector privado, simplemente debido a que son del Estado. Al respecto, véase Capobianco, Antonio y Christiansen, Hans, “Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options”, en *OCDE Corporate Governance Working Papers*, N°1, 2011.

Las prevenciones señaladas han servido como base para un persistente discurso que aboga por reducir la actividad empresarial del Estado a su mínima expresión. Dicho discurso fue el que motivó los procesos de privatización de empresas del Estado implementados durante las décadas de los 80 y 90, reapareciendo cada cierto tiempo para plantear la conveniencia de privatizar CODELCO, ENAP o Banco Estado.<sup>8</sup> El presente artículo busca llamar la atención respecto de los problemas asociados a las empresas públicas, pero desde una mirada diferente.

Nuestra visión es que los problemas mencionados difícilmente pueden justificar un nuevo impulso de privatizaciones, especialmente en nuestro país, donde las condiciones de un mercado perfecto están tan lejos de la realidad cotidiana. Ahora bien, eso no significa que debamos conformarnos con lo que existe. Lo importante es que las empresas públicas funcionen bien, y para ello es necesario introducir algunos cambios importantes. Este trabajo se refiere especialmente a uno de ellos: el gobierno corporativo de ENAP.

En términos generales, es importante que las reglas legales definan con claridad cuáles son los ámbitos en los que resulta adecuado que el Estado actúe por medio de una empresa pública, así como los mecanismos que permitan alcanzar sus objetivos con el debido grado de autonomía. Como suele suceder en organizaciones complejas, el desafío consiste en alcanzar un equilibrio entre control y autonomía. El control es necesario para conseguir que las empresas públicas persigan los objetivos que el Estado tenía en mente al crearlas, mientras que la autonomía es necesaria para permitir que las decisiones que se adopten al interior de esas organizaciones reflejen la experiencia y conocimiento acumulado de quienes se encargan de su administración.

Para alcanzar dicho objetivo, es necesario establecer reglas funcionales sobre gobiernos corporativos. En este sentido, las Directrices de la OCDE sobre gobierno corporativo de empresas públicas recomiendan, entre otras medidas, una debida separación entre la función de propiedad y las demás funciones del Estado, en particular respecto de la función regulatoria. La manera más evidente de materializar esta separación consiste en excluir a los ministros de Estado de los gobiernos de las empresas.<sup>9</sup>

---

8 En una entrevista del año 2005, el entonces candidato presidencial, Sebastián Piñera, se mostró a favor de la privatización de Codelco y Enap. Disponible en: <http://www.lanacion.cl/noticias/pinera-privatizar-codelco-y-enap-no-son-temas-tabues/2005-06-21/200314.html>.

9 OCDE, *Directrices*, ob.cit.

Estas ideas serán analizadas a la luz de la reciente decisión legislativa de ampliar el giro de ENAP para permitir su ingreso al mercado de la generación eléctrica.<sup>10</sup> Este corresponde a un típico caso donde quedan en evidencia las dificultades que surgen al introducir objetivos de política pública en la gestión y administración de una empresa estatal.<sup>11</sup> Si bien el ingreso de ENAP al mercado de generación puede ser positivo, en especial si se trata de proyectos sobre la base de gas natural, no existen los mecanismos institucionales que permitan prevenir los problemas que se suscitan producto de la mezcla entre los negocios y la política, toda vez que el proyecto de ley que busca reformar el gobierno corporativo de ENAP fue ingresado solo hace algunos meses al Congreso.

Así, de seguir avanzando el plan de negocios de la empresa estatal con su estructura actual de gobierno corporativo, existe un riesgo importante de que surjan conflictos de intereses significativos. Hoy en día, el presidente del Directorio de ENAP es el ministro de Energía. El problema es que es el propio ministro quien, a través de la Comisión Nacional de Energía (CNE), está a cargo de regular de la industria. Dicha situación no solo abre la puerta a la politización de la empresa, sino que puede romper la igualdad de condiciones bajo la que deben competir las empresas del Estado y las del sector privado, toda vez que ENAP estaría participando en un mercado cuyo regulador es el presidente de su Directorio.

Como sostendremos en el presente artículo, el ingreso de ENAP al mercado de la generación eléctrica sin que previamente se haya reformado su gobierno corporativo, puede traer consecuencias nocivas derivadas de una eventual judicialización del conflicto. Si bien es completamente legítimo que el Estado desarrolle tanto actividades regulatorias como empresariales, un adecuado diseño institucional indicaría que estas sean realizadas de forma separada. De lo contrario, los conflictos de intereses se vuelven evidentes y difíciles de defender. El presente artículo busca destacar los riesgos que dicha superposición de funciones puede significar no solo para el éxito de la actividad de ENAP en el mercado de la generación eléctrica, sino para el desarrollo de la actividad empresarial del Estado en general.

---

10 Se trata de la Ley N° 20.897, publicada recientemente en el Diario Oficial.

11 Como uno de los objetivos de la Agenda de Energía presentada el 2014 por el gobierno, se busca el posicionamiento de ENAP como un actor relevante en el mercado, reconociéndole un rol protagónico en los desafíos energéticos del país. En este sentido, una de las principales medidas que se han adoptado es la decisión de ampliar el giro de la estatal para su ingreso al mercado de la generación eléctrica.

Para ello, el remanente de este trabajo se divide de la manera siguiente. En una primera parte, explicaremos los principales presupuestos teóricos sobre los que se construye la actividad empresarial del Estado, a partir de una comparación con otras formas de organizar la actividad del Estado y particularmente con los servicios públicos. En una segunda parte, nos referiremos a las diferencias que existen entre las empresas públicas y privadas, con el fin de resaltar la justificación de la intervención del Estado por medio de empresas públicas. En la tercera parte se describen los intereses en conflicto en el caso de la participación de ENAP en el mercado de la generación eléctrica. En la cuarta parte nos referiremos al caso de Asociación Nacional de Prensa A.G. con Metro como una forma de ejemplificar los problemas que una mala decisión puede generar en el desarrollo de la actividad empresarial del Estado. La sección final ofrece algunas conclusiones.

## 2. El Estado empresario y los servicios públicos

En la actualidad nadie discute que resulta necesario que ciertas actividades sean realizadas por el Estado. Generalmente, se trata de actividades que involucran la provisión de servicios que responden a consideraciones de interés público, tales como educación, salud o seguridad social. Que todos tengamos acceso a educación de calidad o que podamos recibir pensiones dignas al momento de jubilar no son asuntos que puedan ser entregados a la voluntad de los particulares, o al menos no completamente. La razón es que, a diferencia del Estado, cuyo objetivo consiste en la materialización del bienestar social, los particulares solo miran el interés individual al momento de tomar sus decisiones, lo que significa que su alineación con el interés público es contingente, en el sentido que únicamente existirá en aquellos casos en que las señales del mercado lo permitan.<sup>12</sup> Esta falta de alineación del interés privado con el interés público (o la contingencia de dicha alineación), implica que hay actividades –paradigmáticamente, actividades asociadas a derechos sociales, respecto de los cuales la lógica del mercado queda excluida– que no podrían ser alcanzadas de manera satisfactoria por los particulares. En efecto, el éxito de un programa educativo, por ejemplo, difícilmente puede ser medido por el

---

12 Sobre relación entre interés privado e interés público, véase Atria, Fernando; Larraín, Guillermo; Benavente, José; Couso, Javier y Joignant, Alfredo, *El Otro Modelo: Del orden neoliberal al régimen de lo público*, (Debate) 2014, pp. 125-131.

volumen de ganancias que generen los prestadores del servicio educacional. Ese indicio revela que la lógica del mercado resulta poco apropiada para determinar cómo deben satisfacerse estas necesidades.

Aparte de estos casos, existen ciertas actividades cuya provisión a través del mercado, si bien no es problemática en el sentido recién señalado, resulta insatisfactoria. Es el caso de actividades que involucran lo que la literatura económica denomina como “bienes públicos”, es decir, aquellos respecto de los cuales no existe rivalidad en su consumo ni es posible la exclusión. Un caso típico de bien público es la defensa nacional. En efecto, defender a una persona adicional no tiene un costo significativo, por lo que defender a todo un país cuesta más o menos lo mismo que defender a un grupo reducido de ciudadanos. Así, suele señalarse que el consumo del servicio “defensa nacional” no tiene características de rivalidad. Por otra parte, el costo de impedir que algún individuo se beneficie de la defensa nacional es desproporcionadamente mayor que el beneficio asociado a ello. En otros términos, existe imposibilidad de exclusión. Así, en condiciones de mercado, es probable que ningún particular esté dispuesto a prestar un servicio de similares características, o que este se preste en muy baja cantidad, ya que no podría cobrar a todos aquellos individuos que se beneficien del servicio.<sup>13</sup> Por estos motivos, la literatura sostiene que es el Estado quien debe asumir directamente la provisión de bienes públicos.<sup>14</sup>

Todas estas ideas, sin embargo, solo responden a la pregunta acerca de cuándo debe actuar el Estado. La pregunta relevante a propósito de las empresas públicas tiene que ver más bien con la determinación de la forma en que debiese actuar el Estado en un caso determinado. En otros términos, una vez que hemos constatado que la actuación del Estado puede ser más adecuada que la de los particulares en determinados contextos, debemos determinar por qué es necesario que en dichos contextos la intervención pública se materialice a través de una empresa pública y no de un servicio público.

Para el ejercicio de sus funciones de prestación, el ordenamiento jurídico le reconoce al Estado distintas alternativas institucionales. En un extremo, el Estado puede dejar que una determinada actividad económica sea realizada íntegramente por los particulares. En estos casos, a diferencia de un mercado completamente privatizado, si bien la actividad es realizada por los

13 Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, (Fondo de Cultura Económica) 2008, pp.74-75.

14 Stiglitz, Joseph, *La economía del sector público*, (Antoni Bosh) 2000, p. 95.

particulares, el Estado se reserva sus poderes regulatorios y de supervisión. En el lado opuesto, podemos encontrar casos en los que el Estado interviene en una actividad económica sin limitarse al establecimiento de su marco regulatorio, sino que desarrollándola por sí mismo a través de una empresa. Existen importantes diferencias entre ambas categorías de organización administrativa.<sup>15</sup> Ahora bien, ¿cuándo resulta conveniente crear una empresa pública en vez de un servicio público? La frontera entre una y otra supone distinguir entre objetivos comerciales y objetivos no comerciales. Los objetivos no comerciales, tales como el fomento de una determinada actividad o la generación de empleos, pueden ser alcanzados de mejor manera a través de los servicios públicos. Por el contrario, los objetivos comerciales pueden ser mejor alcanzados a través de empresas públicas.

Dicha afirmación se explica en consideración de la estructura y mecanismos de control a los que están sujetas ambas formas de actividad administrativa. En efecto, al igual que toda empresa, el desempeño de las empresas públicas debe ser evaluado de acuerdo con sus resultados siguiendo la idea de maximizar utilidades. Si una empresa obtiene utilidades, en principio estaría haciendo las cosas bien. En caso contrario, debiese evaluarse su gestión o incluso su continuidad en el mercado. Al contrario, los objetivos no comerciales son difíciles de medir y muchas veces escapan a las lógicas de un mercado.<sup>16</sup> Evaluar el desempeño de una empresa sobre la base de objetivos no comerciales es una tarea sumamente compleja.

Mezclar objetivos comerciales y objetivos no comerciales dentro de una empresa pública presenta importantes problemas, en particular lo que se conoce como incompatibilidad de objetivos principales<sup>17</sup>. No sucede lo mismo en el caso de los servicios públicos. Ellos no persiguen objetivos comerciales ni obtención de utilidades, sino satisfacer necesidades públicas de manera regular y continua. Además, a diferencia de lo que ocurre con las empresas públicas, el cumplimiento de los fines para los que estos servicios fueron

---

15 Como sostiene Luis Cordero, respecto de las empresas públicas no concurren fines típicos o únicamente predefinidos, a diferencia de lo que ocurre con los servicios públicos (artículo 28 LBGAE). En efecto, las empresas públicas no tienen una finalidad en sí misma, de modo que es posible que sean implementadas con diversos objetivos, tales como la obtención de rentas, la gestión de una actividad de servicio público, etc. Véase Cordero, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Thomson Reuters) 2015, pp. 481-482.

16 Laffont, Jean-Jacques y Tirole, Jean, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, (MIT Press) 1993, p. 643.

17 Dixit, Avinash, "Power of Incentives in Private versus Public Organizations", en *American Economic Review*, Vol. 87, N° 2, 1997, pp. 378-382.



creados es susceptible de evaluación a través de los mecanismos de control. Es por esto que el servicio público es la forma de actuación administrativa más óptima para alcanzar objetivos no comerciales.

Como hemos visto, en el caso de ENAP, el Estado ha decidido desarrollar directamente la actividad de generación de electricidad y en un régimen de concurrencia con los particulares. ¿Qué justifica la intervención del Estado empresario en este caso? De acuerdo con el Mensaje que dio origen a la Ley N° 20.897, se buscaba el impulso por parte del Estado de nuevos proyectos de generación que no solo tuvieran en mente aspectos de índole comercial, sino también territoriales y sociales.<sup>18</sup> Para ello, se estimó necesario ampliar el giro de ENAP, de modo que pudiera participar en dicho ámbito. La participación de la estatal permitiría, adicionalmente, la materialización de uno de los objetivos de la Agenda de Energía: la llegada temprana de los proyectos a las comunidades, las que podrían ser consideradas al momento de concretar su construcción.<sup>19</sup>

Por otra parte, tal como consta en la Agenda de Energía, una de las metas del gobierno consiste en reducir en un 25% los precios de las licitaciones de suministro eléctrico de la próxima década, en comparación con los últimos ofertados en la licitación del año 2013,<sup>20</sup> para lo cual se buscaría el impulso de distintos proyectos de generación, algunos de los cuales serían desarrollados por ENAP. Dichos objetivos ya han comenzado a materializarse y se planea el desarrollo por parte de la estatal de dos proyectos de generación a base de gas natural, con el objeto de presentarse a las licitaciones de suministro. El propio gerente general de la empresa ha sostenido que el objetivo del ingreso de la compañía al mercado de la generación tiene que ver con el fomento de la competencia en dichas licitaciones.<sup>21</sup>

---

18 El Mensaje señala que “todos los proyectos en el ámbito señalado, sólo son desarrollados por el sector privado, primando esencialmente en todos los procesos decisorios de ejecución de proyectos, aspectos de índole comercial. En ese sentido, se hace imprescindible que el Estado pueda impulsar determinadas iniciativas que, sin perjuicio de cumplir con los aspectos económicos y ambientales de todo proyecto, también tengan en consideración elementos territoriales y sociales”. Historia de la Ley N° 20.897, Mensaje N° 592-362.

19 Historia de la Ley N° 20.897, Mensaje N° 592-362.

20 Además, se propone la reducción de los costos marginales de electricidad en un 30% en el Sistema Interconectado Central (SIC).

21 Al respecto sostuvo que “[e]l objetivo de desarrollar estas centrales de ciclo combinado es éste, más competencia. Los oferentes que pensaban que podían seguir tirando precios altos y adjudicarse las licitaciones igual, ahora deberían sentir que hay un nuevo actor y sentir que tienen que ofrecer precios más bajos. Y así incluso ya habríamos logrado nuestro objetivo”. Véase Diario Pulso (22 de febrero de 2016).

De acuerdo a lo que hemos venido sosteniendo, si bien es perfectamente legítimo –y deseable– que el Estado intervenga con el objetivo de fomentar la competencia en el mercado, generar una disminución en los precios de la energía o impulsar la generación de energías limpias, no parece ser la mejor alternativa llevar a cabo dicho cometido por medio de una empresa pública. Estos objetivos sociales, debiesen ser implementados a través de un servicio público. En términos concretos, si el Estado quiere que disminuyan los precios de las licitaciones de suministro, es mejor que lo haga a través de un mejor diseño de las bases por parte de la CNE que a través de la sola participación de ENAP. De esta forma, el objetivo –también legítimo– de participar a través de una empresa pública en el mercado de la generación eléctrica no sería contaminado con objetivos no comerciales cuyo éxito es difícil de controlar.

En definitiva, el Estado está mezclando objetivos comerciales (generación de electricidad) con objetivos no comerciales, como la disminución de los precios de la energía, fomento de determinados tipos de energía, participación ciudadana, etc., lo cual se traduce en una mezcla de política y negocios que deriva en una pérdida de independencia en la gestión de la empresa pública. Además, dada la estructura regulatoria del mercado de la generación y la configuración actual del gobierno corporativo de ENAP, la manera en que el Ejecutivo está llevando a cabo sus objetivos genera importantes conflictos de intereses que pueden traducirse en considerables distorsiones en el mercado. Dichos conflictos de intereses y la manera en que podrían afectar el buen desarrollo del mercado serán abordados en la sección subsiguiente.

Antes de entrar en dicho análisis, nos referiremos a la diferencia que existe entre las empresas públicas y las empresas privadas, pues mediante dicha distinción podemos entender de mejor manera por qué la intervención del Estado a través de una empresa pública está perfectamente justificada en el caso de ENAP.

### **3. Empresas públicas y privadas**

Para efectos de apreciar el desafío que subyace en la actual contingencia regulatoria de ENAP, no solamente es necesario fortalecer la distinción entre empresas públicas y servicios públicos, sino también la distinción entre empresas públicas y empresas privadas. Una manera de hacerlo consiste en aproximarnos al problema desde el punto de vista de los contratos incompletos.

Pensemos en un caso hipotético en que todos los elementos relacionados con la prestación de un servicio son fáciles de observar y regular. En este caso, debiera ser relativamente sencillo establecer el precio del servicio y regular la conducta de la empresa, haciendo relativamente irrelevante la decisión entre lo público y lo privado. Ciertamente las empresas privadas tienden a ser más efectivas en aplicar incentivos de alto poder y descentralizar las decisiones, mientras que las empresas públicas tienen la ventaja de ser una fuente de recaudación fiscal alternativa a los impuestos.<sup>22</sup> Pero la disyuntiva entre la propiedad pública y privada en casos donde un contrato completo sería posible, es más bien marginal.<sup>23</sup>

El problema real se presenta en aquellos contextos donde no es posible determinar ex ante todos los elementos de un contrato hipotético, de modo que los aspectos clave quedarán regulados de manera incompleta. En estos casos, el interés privado por maximizar utilidades lo empujará a explotar esos vacíos, sin importar las consecuencias en términos de bienestar social. El ejemplo tradicional es aquel donde existe un monopolio natural o condiciones de competencia reducida, pero la calidad del bien o servicio es difícil de observar. Debido a que la calidad es difícil de observar y el contrato hipotético quedará incompleto, una empresa racional que maximiza utilidades reducirá costos y disminuirá la calidad del servicio, hasta el punto donde dicha disminución sea tan evidente que resulte efectivamente observable. Es por eso que la literatura ha sostenido que mientras mayores sean los efectos adversos de una reducción de costos sobre la calidad del bien o servicio, mayores serán los beneficios derivados de la provisión pública.<sup>24</sup>

En otras palabras, la propiedad pública sería más apropiada en aquellos casos donde una reducción inobservable de costos tiene efectos negativos sobre la calidad del servicio. En caso contrario, la actividad puede realizarse

---

22 Stiglitz, ob.cit., p. 242.

23 Hayek defendió la primacía del mercado por sobre el Estado sosteniendo que el problema de la asignación de recursos no podría ser resuelto por medio de organizaciones centralizadas, dada su lejanía respecto de los hechos relevantes. Para dar solución a dicho problema, sostuvo que es necesario recurrir al conocimiento que está disperso entre los distintos miembros sociedad. Este argumento fue refutado por Oliver Williamson, quien sostuvo que las empresas, en tanto organizaciones jerárquicas, también pueden estar alejadas del conocimiento respecto de los hechos. En esencia, el argumento de Williamson es que la alternativa del mercado no siempre es deseable, pues en ciertos contextos puede estar asociada a importantes costos de transacción. Véase Hayek, Friedrich, "The use of knowledge in society", en *The American Economic Review*, Vol. 35, N°4, 1945, pp.519-530; y Williamson, Oliver, "Hierarchical Control and Optimum Firm Size", en *Journal of Political Economy*, Vol. 75, N°2, 1967, pp. 123-138.

24 Véase Hart, Oliver; Shleifer, Andrei y Vishny, Robert, "The proper scope of government: Theory and an application to prisons", en *The Quarterly Journal of Economics*, 1997, pp. 1127-1161.

exclusivamente por los particulares y el Estado limitarse a ejercer un rol regulador. La regulación de monopolios naturales y redes de infraestructura, tales como los servicios de agua potable, electricidad o transporte público, siguen esta lógica. Al decidir qué parte se privatiza y qué parte se mantiene dentro de la esfera de las empresas públicas, los Estados buscan un balance entre dos tipos de costos: por un lado, están los costos asociados a regular un servicio desde una posición informativamente asimétrica; por otro, están los costos de financiar la infraestructura con fondos públicos y las pérdidas en eficiencia derivadas de su administración.<sup>25</sup> En nuestro país, la mayor parte de los monopolios naturales se encuentran íntegramente privatizados, aunque empresas como Metro, EFE o las portuarias, mantienen cierta presencia pública en el ámbito de las economías de redes. Con todo, el rango relativamente amplio de opciones que uno puede encontrar en distintos países, sugiere que la manera de alcanzar dicho balance está lejos de conseguirse por medio de una receta universal.<sup>26</sup>

Otro ejemplo tradicional de contratos incompletos corresponde a aquellas actividades donde existen externalidades positivas, esto es, beneficios derivados de la venta de un bien o prestación de un servicio que no se ven directamente reflejados en el patrimonio de la empresa. Por ejemplo, los medios de comunicación social contribuyen a crear cultura en la sociedad, mientras que las industrias pueden generar innovaciones tecnológicas que alteren el ritmo de crecimiento de la economía. Atendido que los dueños de las empresas públicas somos finalmente todos los chilenos, dichas empresas están en mejores condiciones que las privadas para capturar dichas externalidades.<sup>27</sup> Típicamente, la captura de estas externalidades tiene lugar mediante esquemas de subsidios cruzados, donde las actividades más rentables son las que financian aquellas actividades que contribuyen al bienestar social, pero solamente en menor medida a los resultados de las empresas.<sup>28</sup>

La idea detrás de la configuración actual de Televisión Nacional de Chile (TVN) sigue esta lógica. En principio, esta empresa pública tiene la obligación de autofinanciarse, lo cual supone producir contenidos televisivos rentables. Por otro lado, sin embargo, la definición legal de su giro incluye un compromiso con

---

25 Newbery, David, *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities* (MIT Press), 2000.

26 Entre otros, véase, Moran, Michael, *The British Regulatory State: High Modernism and Hyper-Innovation*, (Oxford University Press) 2003, pp. 12 y ss.

27 Stiglitz, ob.cit., p. 231.

28 Newbery, ob. cit., p. 176.

la cultura, el pluralismo informativo y otros objetivos no comerciales.<sup>29</sup> De esta manera, TVN funciona como un centro de imputación financiera, un portafolio de inversiones que persigue un balance entre proyectos comercialmente rentables y proyectos culturalmente valiosos. Algo similar sucede con el Fondo de Infraestructura actualmente en discusión legislativa, donde los proyectos de infraestructura comercialmente atractivos deben servir para financiar a aquellos cuya justificación viene dada por la rentabilidad social.

Existe una última categoría de contratos incompletos que permite delimitar el ámbito de las empresas públicas. A diferencia del caso anterior, acá la justificación de la empresa pública viene dada por las externalidades negativas, especialmente en términos políticos, que supondría la existencia de propiedad privada en ese ámbito. El caso paradigmático es CODELCO. En su caso, se establece como una empresa pública no porque actúe en un mercado imperfecto o deba realizar subsidios cruzados, sino porque su tamaño y relevancia económica es tan grande para Chile, que es difícil pensar que nuestra democracia podría sobrevivir a la captura si CODELCO estuviera en manos privadas.<sup>30</sup> Una situación parecida es la de ENAP, cuya existencia como empresa pública suele justificarse no tanto en atención a su potencial rentabilidad o a la contribución social de sus actividades, sino debido a la necesidad de conservar en manos públicas un recurso estratégicamente importante.

#### 4. Intereses en conflicto

Uno de los ejes del Plan Estratégico 2014-2025 presentado por ENAP en septiembre del año pasado, consiste en la expansión de la oferta en el mercado eléctrico, para lo cual, entre otras metas, la compañía fomentará el desarrollo de proyectos de generación a gas natural. Asimismo, se propuso la construcción de la primera central geotérmica de Sudamérica. En el marco de la ejecución de dicho plan, ENAP desarrollará dos proyectos de ciclo combinado a gas natural en las regiones de Antofagasta y Valparaíso,<sup>31</sup> con el objetivo de que estos se presenten en las licitaciones de suministro de energía para clientes regulados del período 2016-2018, introduciendo mayor competencia en dicho proceso.

<sup>29</sup> Véase artículo 3 de la Ley N° 19.132 que crea la Empresa de Televisión Nacional de Chile.

<sup>30</sup> Novoa, Eduardo, *La batalla por el cobre: comentarios y documentos*, (Quimantú) 1972, pp. 11-14.

<sup>31</sup> Se trata de los proyectos Luz Minera, ubicado en Mejillones (760 MW) y Nueva ERA, ubicado en Concón (510 MW), los cuales serán realizados en conjunto con la empresa japonesa Mitsui & CO Ltd.

Para lograr los objetivos señalados, ENAP deberá competir en el procedimiento de licitación de suministro de energía para clientes regulados establecido en los artículos 131 y siguientes de la Ley General de Servicios Eléctricos, cuyo diseño y conducción está a cargo de la CNE, órgano que está relacionado directamente con el Ministerio de Energía. Si consideramos que actualmente la presidencia del Directorio de ENAP es ocupada por el Ministro de Energía, lo anterior significa que, de no reformar el gobierno corporativo de la empresa previamente, el mercado de generación eléctrica sería regulado por uno de sus actores.<sup>32</sup> El problema es que, como ocurre siempre que un actor del mercado tiene ventajas estructurales respecto de sus competidores, existen poderosos incentivos para que dichas ventajas sean utilizadas de forma abusiva. En efecto, dicha situación puede afectar la neutralidad competitiva y distorsionar el funcionamiento del mercado.

Como ya sostuvimos, las empresas públicas deben competir con las empresas del sector privado bajo condiciones de igualdad. Es precisamente con ese objetivo que les son aplicables los mismos estatutos regulatorios a los que están sometidos los particulares. En este mismo sentido, la práctica regulatoria comparada sostiene que cualquier distorsión que aparezca en el mercado producto de los privilegios de las empresas públicas debe ser morigerada mediante elementos de neutralidad competitiva.<sup>33</sup>

En el caso de las licitaciones de suministro, el problema se puede manifestar debido a que, si bien existen normas que regulan dicho procedimiento, ENAP podría sacar provecho de las ventajas informativas que posee con respecto a los demás actores del mercado (por ejemplo, mediante un traspaso de información dentro del Ministerio de Energía), lo cual le permitiría adecuar sus ofertas a los criterios a los que la autoridad dará énfasis.<sup>34</sup> En definitiva, los conflictos de interés presentes en este caso harían difícil determinar si, en caso que ENAP se adjudique las próximas licitaciones de suministro, las condiciones en que estas se llevaron a cabo fueron o no competitivas. Por otra parte, si eso fuera cierto, además podrían afectar los incentivos de la estatal

<sup>32</sup> Actualmente, el gobierno corporativo de la estatal está conformado por el Ministro de Energía (quien lo preside), el vicepresidente ejecutivo de la CORFO (vicepresidente) y seis directores, de los cuales tres son nombrados por el vicepresidente. De los otros tres restantes, uno es nombrado por la CPC, otro por la SOFOFA y otro por el Instituto de Ingenieros en Minas.

<sup>33</sup> Como ya señalamos, las empresas públicas, por su naturaleza, poseen ventajas competitivas frente a los demás actores del mercado (por ejemplo, no son disciplinadas a través del mercado por el control o de la insolvencia); lo que busca la neutralidad competitiva es morigerar los efectos negativos de dichas ventajas. Véase Capobianco y Christiansen, *ob. cit.*, p. 5.

<sup>34</sup> Capobianco y Christiansen, *ob. cit.*, p. 6.

para actuar de forma eficiente, pues no tendría que actuar mejor que sus competidores para adjudicarse un procedimiento de licitación.

Con esto no queremos decir que, de adjudicarse ENAP las próximas licitaciones, necesariamente el Ministro de Energía habrá actuado con ánimo fraudulento. El problema es que, institucionalmente, no existirían elementos adecuados para afirmar que dicho escenario era improbable.

Una forma de prevenir estos problemas –esto es, que el Estado otorgue un tratamiento preferente al competidor de su propiedad, rompiendo con las condiciones de igualdad que debe existir entre empresas públicas y privadas– consiste en separar las funciones regulatorias de las de administración de la propiedad de las empresas públicas. Dicha separación de actividades puede lograrse a través de las reglas que regulan los gobiernos corporativos de las empresas públicas.<sup>35</sup> Al modificar la composición de dichos órganos de decisión es posible actuar preventivamente sobre cualquier posible conflicto.

Como se ha sostenido en un trabajo anterior, la decisión de excluir a los ministros de Estado de los directorios de las empresas públicas, responde a la necesidad de incentivar la autonomía en la gestión y evitar que dichas empresas sean instrumentalizadas para conseguir objetivos no comerciales.<sup>36</sup> El proyecto de ley que busca establecer un nuevo gobierno corporativo para ENAP apunta en esta dirección y establece una nueva composición, de la cual se excluye al Ministro de Energía.<sup>37</sup> En su Mensaje, el proyecto señala expresamente que:

el Ejecutivo debe desarrollar una política de propiedad que defina no sólo los objetivos generales, sino también el rol del Estado en el gobierno corporativo y de qué forma este se llevará a cabo (...) Es de importancia vital que el Gobierno no se involucre en la gestión cotidiana de la empresa, dándole autonomía operativa para alcanzar sus objetivos. Lo

35 En este sentido, la OCDE ha sostenido que en aquellos casos en que el Estado desempeña el doble papel de regulador del mercado y de propietario de empresas públicas con actividades comerciales, “la plena separación administrativa de las responsabilidades de propiedad y de regulación del mercado constituye un requisito previo fundamental para la creación de condiciones iguales para las empresas públicas y para las empresas privadas y para evitar distorsiones en la competencia”. Véase OCDE, *Directrices*, ob. cit., p. 23.

36 Pardow, Diego y Vallejo, Rodrigo, “Fiscalización y transparencia en las Empresas de Estado: ¿Es más sinónimo de mejor?”, en *Revista de Derecho Público*, (Universidad de Chile) 2009, p. 239.

37 De acuerdo con el proyecto, se establece un directorio de siete miembros, designado por el Presidente de la República de la siguiente forma. Tres directores serán nombrados directamente por el Presidente de la República; uno será propuesto por los trabajadores de la empresa; y los otros tres, serán elegidos a través de procesos de selección de acuerdo con el Sistema de Alta Dirección Pública. Véase Mensaje N° 1.600-363 (Boletín N° 10545-08).

anterior debe conjugarse con permitir que el directorio de la empresa ejerza sus funciones bajo un estándar mínimo de independencia.

Sin embargo, como hemos hecho presente en este artículo, el gobierno ha impulsado el ingreso de ENAP a la generación eléctrica sin que la modificación a su gobierno corporativo se haya materializado. Por lo tanto, aun no existen los mecanismos institucionales adecuados que permitan prevenir los problemas derivados de los conflictos de interés apuntados.

Así, lo que resulta problemático de dicha intervención, no es que los objetivos de fomentar la competencia en el mercado de la generación eléctrica sean alcanzados por una empresa del Estado y no por los particulares, como han sostenido ciertos sectores,<sup>38</sup> sino que la estructura institucional que se está utilizando para llevarla a cabo puede facilitar la generación de importantes conflictos de interés, toda vez que la propiedad de la empresa estatal estaría en las mismas manos que las que regulan el mercado. En otros términos, nuestro argumento no manifiesta una valoración negativa respecto de la actividad empresarial del Estado, sino solo busca destacar la importancia de que no se otorguen ventajas a ENAP que no estén basadas en su desempeño económico o en su eficiencia, sino únicamente fundadas en una decisión gubernamental que pueda afectar la competencia en el mercado.

De no tomar conciencia de la gravedad del asunto, el gobierno facilitaría el trabajo a quienes se mantienen escépticos respecto de la actividad empresarial del Estado. En la sección siguiente ilustraremos cómo un caso indefendible puede permitir la aparición y consolidación de dichas concepciones.

## **5. Costos de un caso indefendible**

Hacia fines de la década de los 90, Metro quiso utilizar su red de transporte para distribuir, a través de un tercero, un periódico sin costo alguno para los usuarios. Para ello, la empresa estatal facilitaría las instalaciones de su red de transporte y otorgaría una licencia para utilizar su marca. En principio, dicha iniciativa no parecía problemática, pues los usuarios recibirían un periódico gratuito, mientras que Metro se quedaría con una parte de los ingresos por avisaje. Sin embargo, la mezcla de la política con los negocios abrió la puerta a las dificultades.

---

<sup>38</sup> Véase Libertad y Desarrollo, “Energía: ¿Bajarán los precios?”, en *Temas Públicos* N° 1.225-2, 2015.



Esto, por cuanto el contrato de asociación con la empresa periodística, permitía realizar un diario de carácter “neutro”, entregando a Metro la facultad de nombrar una parte relevante del consejo editorial. Aunque Metro declaró que las facultades de control editorial nunca fueron determinantes, y que solo planeaba usarlas en casos extremos, el daño ya estaba hecho: la eterna acusación de que el gobierno instrumentalizaría las empresas públicas para financiar propaganda política, de un momento a otro se había vuelto plausible.

El resto de la historia es conocida. El caso fue llevado ante los tribunales, dando lugar a la doctrina de la subsidiariedad del Estado empresario y cimentando el prestigio de uno de los sectores más conservadores del Derecho Público chileno.<sup>39</sup> Esta doctrina, a partir de una lectura antojadiza del artículo 19 N° 21 inciso segundo de la Constitución Política de la República, sostiene, por una parte, que dicha norma consagraría el *principio de subsidiariedad* según el cual se reconocería primacía a la iniciativa privada por sobre la pública en materia empresarial, limitando la competencia del legislador para autorizar la creación de empresas públicas.<sup>40</sup> Por otra parte, el giro de las empresas públicas y sus capacidades de acción estarían limitados por el principio de *especialidad del giro*.

Si bien, como se ha sostenido en un trabajo anterior, esta tesis carece de todo mérito desde un punto de vista dogmático y responde más bien a un mito que se construye sobre la base de una irreflexiva *interpretación originarista* de la Constitución,<sup>41</sup> se ha asentado como una doctrina válida en nuestra práctica constitucional y política. Así, la sentencia en contra de Metro es un ejemplo de un típico caso en que el tribunal se ve obligado a utilizar una doctrina sin sentido para hacerse cargo de un caso indefendible.

Ahora bien, los casos de alto impacto como este siempre terminan funcionando como precedente. En efecto, la tentación de los gerentes de Metro por controlar el contenido del periódico terminó siendo pagada por Correos de Chile cuando se le impidió realizar servicios de encomiendas, por CODELCO al limitarse su capacidad para aprovechar las sinergias del negocio minero,

39 Véase Soto, Eduardo “Legitimidad de la distribución gratuita, por un tercero, de un periódico de la red de transporte de Metro S.A. el uso de la marca Metro”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, N°2, 2000, pp. 225-250.

40 Vallejo, Rodrigo y Pardow, Diego, “Derribando mitos sobre el Estado empresario”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 35 N°1, 2008, p. 136. Tal como sostienen dichos autores, “[E]l mito de la subsidiariedad pretende que las empresas públicas solo puedan abordar aquellos rubros de la economía que por su escasa rentabilidad no interesan a los particulares, obligando al Estado a comprar solamente los malos negocios”.

41 Vallejo y Pardow, ob. cit., pp. 135-156.

o por Transantiago en la restricción de sus mecanismos de financiamiento. De hecho, la doctrina de la subsidiariedad del Estado empresario se ha hecho presente nuevamente en el debate público a propósito de las denominadas “farmacias populares”.

La situación de ENAP amenaza con llevarnos por el mismo camino. Pues, si bien desde una perspectiva comercial ENAP tiene ventajas comparativas evidentes para entrar al mercado de generación eléctrica, especialmente con proyectos que utilicen gas natural, hacerlo bajo la vigencia de su actual ley orgánica podría implicar que dicha actividad no pueda llevarse a cabo. Esto, por cuanto el conflicto podría judicializarse y terminar siendo discutido en el marco de la tramitación de un recurso de amparo económico bajo los términos de la doctrina del Estado subsidiario. Dadas las características de nuestro sistema constitucional, la práctica de imponer judicialmente ciertas convicciones políticas es algo generalizado en nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma los prejuicios ideológicos contra el Estado empresario podrían seguir consolidándose.

En este contexto, es importante que las autoridades tomen conciencia de lo que eso significa. Un caso de esas características no solo resulta difícil de defender en tribunales, sino que los efectos de una sentencia adversa pueden extenderse mucho más allá del lugar donde se produce el error puntual. Específicamente, podría dar lugar a ideas que sostienen que los problemas de competencia en el sistema de licitaciones no deben ser solucionados por medio del ingreso de ENAP como competidor, sino por medio de la eliminación de “trabas administrativas” a los proyectos energéticos de iniciativa privada.<sup>42</sup> Incluso, puede dar crédito a las persistentes ideas que han motivado los constantes intentos por privatizar ENAP.

## 6. Conclusiones

El ingreso de ENAP a la industria de la generación eléctrica ciertamente puede generar efectos positivos. Sin embargo, dada su estructura actual de gobierno corporativo, dichos beneficios podrían quedar completamente neutralizados, toda vez que existe un riesgo importante de que las decisiones de negocios de ENAP sean mezcladas con decisiones acerca de la política energética. Dicho

---

<sup>42</sup> Libertad y Desarrollo. “ENAP: ¿Retorno a la empresa eléctrica estatal?”, 2015.

riesgo aumenta si consideramos las reglas que regulan el mercado de la generación eléctrica, pues la tarea de organizar e implementar las licitaciones de suministro debe ser desempeñada por un órgano que depende de alguien que hoy es el presidente del directorio de la empresa pública. Esta situación puede abrir la puerta a cuestionamientos en contra de la actividad de ENAP en el mercado eléctrico.

Si queremos materializar los beneficios asociados a la actividad empresarial del Estado, es fundamental modernizar las normas sobre gobierno corporativo. Un nivel adecuado de autonomía permite que los objetivos de dichas empresas puedan ser alcanzados de manera eficiente, y sin mezclarse con los objetivos políticos que legítimamente pueden perseguir otros sectores del Estado. Para esto, un paso fundamental consiste en la exclusión de los ministros del directorio de las empresas, pues de esa forma es posible separar la actividad empresarial y la actividad regulatoria, evitando conflictos de intereses que no solamente disminuyen la eficiencia productiva de las empresas públicas, sino también la eficiencia asignativa con que definimos los límites entre Estado y mercado.

Si bien el proyecto de ley que establece un nuevo gobierno corporativo para ENAP contiene modificaciones relevantes en este sentido, la participación de esta empresa pública en las licitaciones de suministro eléctrico debería producirse solamente que el nuevo estatuto orgánico sea aprobado por el Congreso. De lo contrario, podría verse enfrentado a cuestionamientos completamente legítimos que, además de impedir el desarrollo de ENAP en el mercado de la generación eléctrica, podrían terminar por hipotecar el desarrollo futuro de la actividad empresarial del Estado.

# RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALTAS DE SERVICIO DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES: COMENTARIO A *ESPINOZA MARFULL CON FISCO*

*José Miguel Valdivia*<sup>1</sup>

## Resumen

En la nota se comenta una sentencia de la Corte Suprema que somete la responsabilidad extracontractual del Estado, en razón de daños ocasionados por el funcionamiento de los tribunales de justicia, a un régimen similar al que impera respecto de los servicios públicos.

**Palabras claves:** Responsabilidad del Estado - Poder Judicial - Falta de servicio - funcionamiento anormal de la administración de justicia

## 1. Introducción

Son relativamente infrecuentes los casos de responsabilidad del Estado que tienen por protagonistas a los tribunales de justicia en tanto agentes generadores de daño. Es seguro que, a diferencia de lo que puede ocurrir en la gestión de un servicio público, en el ambiente solemne de las audiencias y los juicios hay menos ocasión de que surjan eventos dañosos. También es cierto que en la materia no hay reglas claras, y eso puede haber disuadido a las víctimas de perseguir la responsabilidad pública en caso de que tales daños aparezcan. Sin embargo, en el último tiempo han llegado a conocimiento de los tribunales superiores algunos de estos casos poco comunes, propiciando el establecimiento de soluciones seguras por parte de la jurisprudencia.

---

<sup>1</sup> Doctor en derecho por la Université Paris II, Panthéon-Assas, abogado y licenciado en ciencias jurídicas por la Universidad de Chile; profesor de derecho administrativo en la Universidad Adolfo Ibáñez. El autor agradece la colaboración del ayudante de investigación Tomás Mendoza V.

Hasta ahora, la clase de problemas que ha dado pie a litigios se vincula con aspectos muy concretos de la gestión interna de un tribunal, la que normalmente recae en el personal de su secretaría. La índole de estos casos se asemeja mucho a la de aquellos que surgen del funcionamiento ordinario de la Administración pública. Aunque los tribunales no son servicios públicos, las soluciones han tendido a asimilarse. Ese es el sentido de la jurisprudencia *Espinoza Marfull*, que extiende a estos casos un régimen de responsabilidad por falta de servicio análogo al que impera en el derecho administrativo.<sup>2</sup>

Sin embargo, no es seguro que la regla de responsabilidad que la Corte Suprema se ha esforzado por construir se adapte bien a todas las particularidades de la función jurisdiccional. La seductora generalización de la falta de servicio que este fallo contribuye a asentar puede mostrarse problemática en algunos ámbitos. No obstante el avance que representa, la sentencia analizada deja un par de preguntas abiertas.

### **1. El caso *Espinoza Marfull***

En el fallo que se comenta, la Corte Suprema define con carácter general el modo en que debe abordarse la responsabilidad extracontractual del Estado cuando el daño ha sido causado por el funcionamiento de los tribunales de justicia. No es la primera vez en que la Corte debe pronunciarse sobre este tipo de cuestiones, y la solución retenida, que corresponde a un régimen de falta de servicio, tampoco es inédita. Pero el fallo presenta la particularidad de revestirse de las formas de un razonamiento de principio, que se inserta dentro de los criterios ampliamente consolidados de responsabilidad pública imperantes en el derecho positivo, y por eso merece destacarse.

#### **A. Las circunstancias del caso**

Los hechos del caso son relativamente sencillos. En circunstancias que el demandante, Jorge Espinoza, se aprestaba a viajar al extranjero junto a su cónyuge, es detenido por agentes de policía internacional en el aeropuerto de Santiago, quienes entendían actuar en cumplimiento de una orden de detención librada en una causa penal. Sin embargo, el juicio penal que en algún momento se dirigió contra Espinoza había concluido quince años atrás por sobreseimiento definitivo. La orden de detención, oportuna en su minuto, pero sin objeto desde la terminación del juicio, nunca fue alzada. La víctima

---

<sup>2</sup> Corte Suprema, Rol 4390-2015, sentencia de fecha 2 de junio de 2015, caso *Espinoza Marfull con Fisco*.

estuvo dos días detenida antes de que su situación procesal se esclareciera. Es a raíz de estos hechos que los demandantes persiguen la responsabilidad del Estado, pretendiendo la indemnización de los perjuicios morales sufridos.

La demanda, rechazada en primera instancia, fue acogida por la Corte de Apelaciones de Concepción,<sup>3</sup> cuyo razonamiento es ratificado íntegramente por la Corte Suprema en la sentencia que se analiza.

## **B. El marco normativo aplicable**

La principal dificultad que plantea el caso es la ausencia de previsiones normativas textuales que aborden la materia.

Es verdad que subsisten en el Código Orgánico de Tribunales diversas disposiciones que consagran la responsabilidad civil ministerial de los jueces que integran el Poder Judicial. Pero esas reglas siguen un enfoque anticuado, que asume que cada agente estatal enfrenta individualmente con su patrimonio las consecuencias pecuniarias de su desempeño funcionario.<sup>4</sup> En caso alguno esas reglas prevén que el patrimonio del Estado se vea alcanzado por esas responsabilidades eventuales (en realidad, muy rara vez reconocidas).

Sin duda ese enfoque contrasta con el que caracteriza al derecho administrativo contemporáneo, que desde la década de 1980 en Chile radica principalmente en el patrimonio estatal el peso de las condenas originadas en el funcionamiento deficiente de los servicios públicos. La responsabilidad pública ha tenido un desarrollo explosivo a partir de esa década, principalmente por impulso de la Ley orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. El régimen de responsabilidad por falta de servicio, contemplado –entre otros– por esa ley (artículo 42, en el texto refundido vigente) es objeto de aplicación cotidiana por los jueces. Ahora bien, el entendimiento tradicional del principio constitucional de división de poderes implica que el Poder Judicial es un complejo orgánico separado de la Administración, lo que justifica que ambos se rijan por reglas diferenciadas; por eso, es natural que las soluciones previstas en aquella ley no sean extensibles al funcionamiento de los tribunales.

---

3 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 1248-2014, sentencia de fecha 19 de enero de 2015.

4 “Una responsabilidad civil individual propia del juez profesional del medioevo” dice Bordalí, Andrés, “Independencia y responsabilidad de los jueces”, en *Revista de Derecho*, Vol. 14, (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile), 2003, p.159 y p.164.

La única regla que explícitamente aborda un aspecto del funcionamiento de los órganos jurisdiccionales es la conocida norma constitucional relativa a la indemnización por error judicial en materia penal (artículo 19, N°7, letra i). Sin embargo, la disposición está construida en términos en extremo acotados, que impiden una interpretación que rebase su tenor literal; la jurisprudencia ha sido, en forma consistente, rigurosamente restrictiva en su aplicación.<sup>5</sup> Por cierto, a partir de la Ley N°19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público han quedado cubiertos algunos otros supuestos de irregularidades vinculadas a los juicios penales, cuando las víctimas consiguen demostrar que sus daños provienen de un disfuncionamiento grave de la persecución penal. Ahora bien, exceptuado ese ámbito preciso de la actividad procesal, la responsabilidad extracontractual del Estado por funcionamiento del aparato judicial en su conjunto no está regulada por disposición alguna.<sup>6</sup>

La decisión del caso requería, pues, precisar correctamente el régimen legal aplicable a esta clase de disputas.

### C. El razonamiento de la Corte Suprema

Ninguno de los argumentos de la sentencia es realmente novedoso. Con anterioridad varios casos similares se habían resuelto con criterios análogos. El mérito del fallo está en identificar las razones que, a partir de los materiales normativos disponibles, parecen más atendibles para enfrentar en el futuro este tipo de problemas.

#### 1. Los fundamentos del fallo

Son principalmente dos las cuestiones sobre las que se pronuncia la Corte: si por el funcionamiento de los tribunales debe responder el Estado y, en seguida, con arreglo a qué régimen debería hacerlo.

La defensa fiscal planteaba una excusa anticuada, construida desde los fragmentarios textos vigentes o, mejor, sobre la base de su silencio: la falta

5 Como se muestra en la decisión de sustraer la justicia de policía local (que es fundamentalmente punitiva) del ámbito de aplicación de la regla constitucional sobre error judicial: Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de junio de 1983, *Rodríguez Riveros con Fisco*, Revista Derecho y Jurisprudencia, Vol.80, 1983, II parte, sección 5ª, p. III.

6 En el pasado hubo algunas reglas de responsabilidad extracontractual referentes a aspectos parciales de la actividad judicial. Por ejemplo, la Ley N°12.927, sobre Seguridad del Estado, establecía que si un tribunal dispusiere la suspensión de la actividad de un medio de prensa en razón de cometerse algún delito contra la seguridad del Estado, y con posterioridad “el afectado fuere absuelto, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco” (artículo 16). Este precepto fue derogado en 2001 a raíz de modificaciones legislativas al régimen de la prensa y el periodismo (Ley N°19.733, artículo 46).

de previsión textual sobre esta responsabilidad ¿no significa denegación? El planteamiento implicaba la irresponsabilidad del Estado, idea que desde los años ochenta, aun antes que la legislación, la doctrina se ha esforzado por sepultar. La Corte de Concepción había expresado “que la responsabilidad del Estado es de carácter genérica, pues emana de la naturaleza misma de esa actividad estatal en cuanto organización jurídica y política de la comunidad, en las variadas acciones que debe desarrollar en el ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo para el cumplimiento de tales funciones y deberes reconocidos en el artículo 1º de la Carta Fundamental, y para la cual debe hacer uso de todas las potestades y medios jurídicos y materiales que ella le otorga” (considerando 4). La Corte Suprema transcribe ese razonamiento sin más; sin hacerlo suyo, pero sin criticarlo tampoco (considerando 3). En verdad, la Corte de Apelaciones estaba citando las palabras de la misma Corte Suprema,<sup>7</sup> en una línea de razonamiento que provenía de un pronunciamiento recaído en otro ámbito de la responsabilidad estatal no cubierto por los textos: el del funcionamiento de la Administración en un período previo a la vigencia de la Constitución de 1980 y, *a fortiori*, de la Ley N°18.575 (el fallo *Domic Bezic*, recaído en uno de los episodios del caso de la Caravana de la Muerte<sup>8</sup>). Puede asumirse que este razonamiento continúa siendo aceptable para la jurisprudencia.

La segunda cuestión concernía al régimen de responsabilidad. En 2009 la Corte ya había tenido ocasión de determinar el régimen de responsabilidad aplicable a instituciones administrativas no cubiertas por el sistema de la falta de servicio (en concreto, las Fuerzas Armadas). En el conocido fallo *Seguel Cares*, la Corte había construido, desde el derecho civil, un sistema de responsabilidad pública que emulaba al de la falta de servicio, con lo cual los vacíos normativos quedaban colmados en forma bastante convincente para el lenguaje de los jueces.<sup>9</sup> El fallo de apelación en *Espinoza Marfull* es

---

7 La idea es más antigua (v. n. siguiente), pero la expresión literal está tomada de una serie de tres fallos de 2005 y 2006: Corte Suprema, 26 de enero de 2005, *Bustos Riquelme con Fisco*, 297 *Gaceta Jurídica* (2005), p. 58, con comentario de Valdivia, José Miguel, “Nuevas fronteras de la falta de servicio”, *Gaceta Jurídica*, N°301, 2005, p. 7. Corte Suprema, 19 de octubre de 2005, *Caro Silva con Fisco*, *Gaceta Jurídica*, N° 304, 2005, p. 70 y Corte Suprema, 20 de marzo de 2006, *Vargas Grandón con García Hernández*, *Gaceta Jurídica*, N°309, 2006, p. 59, con comentario de Valdivia, José Miguel, “Culpa penal y responsabilidad pública. A propósito del fallo *Vargas Grandón*”, *Gaceta Jurídica*, N°323, 2007, p. 31 s.

8 Corte Suprema, Rol 4753-2001, sentencia de fecha 15 de mayo de 2002, caso *Domic Bezic y otros con Fisco*.

9 Corte Suprema, Rol 371-2008, sentencia de fecha 30 de julio de 2009, caso *Seguel Cares con Fisco*. Con comentarios de Valdivia, José Miguel y Román, Cristián, “Comentarios críticos” en *Revista Derecho Público*, Vol.71, 2009, p. 305 s. y 310 s., respectivamente; Soto, Eduardo, “¿Es la « falta del servicio »



enteramente consistente con esa línea jurisprudencial. Por eso, la Corte Suprema valida plenamente este entendimiento, reproduciendo en gran parte los razonamientos de ese fallo.

Subentendiendo la aplicación transversal del Código Civil a todo ámbito del derecho no regulado por normas especiales, la Corte entiende que el título XXXV del libro IV, que contiene la responsabilidad civil extracontractual, se aplica a toda persona natural o jurídica, incluida, residualmente, la persona jurídica del Estado. De aquí se sigue que el Estado también es pasible de una responsabilidad por culpa, tanto por hecho propio como por hecho ajeno, conforme a los textos básicos de esa disciplina. En este ámbito rige, pues, el “derecho común en materia de responsabilidad extracontractual, esto es, los artículos 2314 y siguientes del Código Civil. En otras palabras, en ausencia de norma legal especial, le asiste al Estado el deber de reparar los daños ilícitos causados por sus órganos sobre la base de la normativa de responsabilidad extracontractual del Código Civil, lo que incluye a los jueces cuando se ha verificado un ‘funcionamiento anormal’ de la Administración de Justicia, desde que éstos actúan en ejercicio de una función pública” (considerando 4). A diferencia de lo resuelto en *Seguel Cares*, la Corte no explica en qué consistiría la culpa del Estado. Sin embargo, entiende que la culpa individual de los funcionarios se corresponde con el concepto administrativo de *falta personal*,<sup>10</sup> la que conforme a una jurisprudencia ya asentada puede desencadenar la responsabilidad del Estado si no aparece desprovista de todo vínculo con el servicio.<sup>11</sup> De aquí que en retrospectiva quepa entender que la culpa propia del Estado, derivada del incumplimiento de los deberes que corresponden a los organismos y funcionarios que participan de la función judicial, es idéntica a

---

el régimen francés de la responsabilidad del Estado Administración? (A propósito de *Seguel Cares, Fernández Rodríguez y Delorenzo Galilea*)” y Huepe, Fabián, “¿Es procedente fundar la responsabilidad del Estado en el art. 2314 del Código Civil respecto de las instituciones excluidas de la falta de servicio? Análisis crítico”, en *Ius Publicum*, N°28, 2012, p. 103 s. y 121 s., respectivamente; v., últimamente, Valdivia, José Miguel, “Derecho administrativo”, en *Revista de Derecho*, N°4, (Universidad Adolfo Ibáñez), 2016, p. 587 s.

10 En el considerando 4, el fallo expresa (para concluir que el Estado no está exento de responsabilidad por las actuaciones de los miembros del Poder Judicial): “Si ha existido falta personal se compromete igualmente la responsabilidad del Estado cuando aquella se comete con ocasión del servicio, esto es, de conformidad al artículo 2320 del Código Civil por el hecho ajeno de aquellos por quienes el Estado debe responder”.

11 Para la afirmación del principio, Corte Suprema, Rol 7919-2008, sentencia de fecha 14 de enero de 2011, *Morales Gamboa c/ Fisco*. Este fallo incorpora al derecho chileno el criterio de la jurisprudencia *Mimeur*, del derecho francés (Conseil d’Etat, 18 noviembre 1949, Recueil Lebon, p. 492, también incluido en Long, Marceau et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, (Daloz), 12ª ed., 1999, p. 426.

la que el derecho administrativo designa como *falta de servicio*. En el caso, tal como resolvió la Corte de Concepción, la demanda debía acogerse en razón del “incumplimiento del ex Cuarto Juzgado del Crimen de Concepción, al no haber dejado sin efecto y enviado la contraorden a la orden de detención que había despachado, una vez sobreseída definitivamente la causa” (considerando 10), lo que configura la falta de servicio alegada.

Así las cosas, el caso podría resolverse con criterios de derecho público (un régimen idéntico del sistema de la falta de servicio entendido conforme a su modelo francés de origen), no obstante sustentarse textualmente en normas de derecho privado.

El fallo proclama, como no se había visto antes con tanta claridad, que en el ámbito de la actividad de los tribunales también impera un régimen de falta de servicio que parece no presentar particularidades respecto del que rige con carácter general en derecho administrativo.

## 2. La continuidad de una línea jurisprudencial

Como se ha visto, la sentencia se estructura sobre la base de razonamientos que ya han sido probados por la jurisprudencia (especialmente *Domic y Seguel*). Sin embargo, interesa destacar que esa argumentación es funcional al mantenimiento de soluciones que ya eran conocidas. En la decisión han pesado indudablemente algunos pronunciamientos anteriores recaídos sobre la misma materia.

En lo inmediato, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción parece calcada de dos pronunciamientos previos de ese mismo tribunal. Se trata de los casos *Vallejo Sánchez*<sup>12</sup> y *Moreno Castillo*<sup>13</sup>, cuyas circunstancias son prácticamente idénticas: ejecución de una orden de aprehensión despachada por el juez penal contra una persona distinta del imputado, quien se ve envuelta en el juicio por errores atribuibles a la autoridad policial (es decir, administrativa), en razón de un alcance de nombre.

---

<sup>12</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 1383-2005, sentencia de fecha 13 de junio de 2006, caso *Vallejo Sánchez con Fisco*. En la base de datos del Poder Judicial no consta que este fallo haya sido recurrido de casación.

<sup>13</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 516-2009, sentencia de fecha 24 de noviembre de 2009, caso *Moreno Castillo con Fisco*. En la base de datos del Poder Judicial no consta que este fallo haya sido recurrido de casación.

Debe advertirse aquí, incidentalmente, que la víctima de una negligencia en la identificación de imputados penales (como en los casos de alcance de nombre o de suplantación de personas) es el ejemplo más característico de una víctima inocente, que en la sensibilidad de los jueces casi instintivamente merece reparación. De un tiempo a esta parte, la jurisprudencia repara sin grandes dificultades a estas víctimas, con total prescindencia de la complejidad del régimen de responsabilidad aplicable, ya sea en el terreno del error judicial<sup>14</sup> o del desempeño del Ministerio Público.<sup>15</sup> Es un caso típico de responsabilidad que, a la luz de estos resultados –que no ponen en duda la *ratio* de la regla de responsabilidad respectiva–, pueden explicarse en función de una presunción de culpa (grave).

Tanto en los casos *Vallejo* como *Moreno* había un disfuncionamiento de la justicia, pero la Corte de Concepción consiguió escamotearlo hábilmente mostrándolo como fruto de un error de la Administración pública, en concreto, de la Policía de Investigaciones. Si estos fallos toman tantas precauciones para establecer un régimen de falta de servicio se debe a que el órgano administrativo en cuestión (Investigaciones) está excluido de la aplicación directa del régimen de falta de servicio; pero el caso estaría hoy cubierto de modo trivial por la jurisprudencia *Seguel*. En *Espinoza Marfull* no hay modo de ocultar el desaguisado del tribunal, es decir, de “echarle la culpa” a Investigaciones; por lo mismo, es un fallo más transparente.

En *Rojas Neumann*, en 1999, el Tercer Juzgado de Letras de Antofagasta tuvo que pronunciarse sobre un caso sustancialmente idéntico al que aquí se comenta: descoordinación judicial en el alzamiento de una orden de aprehensión librada en una causa penal sobreseída, que conduce a la detención injustificada de una persona.<sup>16</sup> Entonces, invocando el artículo 38 de la Constitución y el artículo 4 de la Ley N°18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (es decir, reglas aplicables a la Administración pública), la sentencia sostuvo que debía “darse por establecida la responsabilidad que asiste al Estado que debe indemnizar los daños que causen sus agentes encargados de la función pública, sea por mal o inadecuado funcionamiento de

14 Corte Suprema, Rol 5411-2010, sentencia de 11 de agosto de 2011, caso *Yáñez Pavez con Fisco*. Declaración de error judicial indemnizable en razón de la insuficiente verificación de la identidad de una imputada que se había hecho pasar por otra; adviértase, con todo, un voto disidente del Ministro Rodríguez Espoz.

15 Corte Suprema, Rol 2146-2006, sentencia de 28 de mayo de 2007, caso *Núñez Mánquez con Fisco*. También es un caso de suplantación de personas.

16 Tercer Juzgado de Letras de Antofagasta, Rol 33485, sentencia de 9 de agosto de 1999, caso *Rojas Neumann con Fisco*, confirmada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 12750-1998, sentencia de fecha 6 de marzo de 2000; Corte Suprema, 1157-2000, sentencia de fecha 16 de agosto de 2000.

los servicios públicos...” (considerando 7). La Corte de Apelaciones de Antofagasta confirmó sin declaración el fallo y la Corte Suprema dejó pasar la ocasión que le ofrecía el recurso de casación deducido en su contra, sin formular precisión alguna sobre el estatuto de responsabilidad aplicable al caso ni sobre las normas de referencia invocadas en su sustento.

La Corte fue apenas un poco más explícita en *Grimberg Letelier*.<sup>17</sup> El caso era delicado porque ponía en juego el régimen disciplinario del propio Poder Judicial, aunque no recayese sobre la función jurisdiccional en sentido estricto (sino “indudablemente” –afirma la Corte en una materia *per se* discutible– sobre “una actuación *administrativa* del Poder Judicial, en un procedimiento disciplinario seguido contra una jueza”, considerando 12). La Corte se limitó a dar cuenta de su sensibilidad en la materia: “el avance del derecho público ha consagrado como principio básico que cuando el Estado, por su actuación u omisión, ha causado un daño ilegítimo o ilegal a un particular, debe repararlo”; este principio no solo alcanza a la Administración del Estado, sino “también al Poder Legislativo y al Poder Judicial en toda su actividad que no sea propiamente legislativa o jurisdiccional” (considerando 11). Sin duda el pronunciamiento es relevante, porque daba cuenta del espíritu con que se abordarían otros casos similares. Con todo, la invocación de tal principio no pasaba de ser un *obiter dictum* sin referencias normativas ni especificación de las particularidades del régimen de esa responsabilidad, porque las circunstancias impedían dar satisfacción a la demandante.

A la vista de estos antecedentes, *Espinoza Marfull* marca un hito de indudable relevancia en la jurisprudencia. De hecho, ha surtido efectos inmediatos en otro caso sobre actuaciones “administrativas” del Poder Judicial: *Verme Ríos*, sobre error de un tribunal en el pago de una indemnización expropiatoria, que fue a parar a manos de un tercero en vez del propietario expropiado.<sup>18</sup>

## II. Las preguntas que plantea esta sentencia

Al margen de su incidencia inmediata en el caso, el pronunciamiento de la Corte suscita algunas interrogantes. No es para nada seguro que el seductor

<sup>17</sup> Corte Suprema, Rol 5145-2013, sentencia de fecha 30 de enero de 2014, caso *Grimberg Letelier con Fisco*.

<sup>18</sup> Corte Suprema, Rol 5760-2015, sentencia de fecha 5 de enero de 2016, caso *Verme Ríos con Fisco*. El fallo invoca explícitamente el precedente de *Espinoza Marfull* (considerando 5) y puede entenderse así que permite dar por superadas las soluciones anteriores, más artificiales, que se habían dado a problemas similares, como la consistente en poner de cargo del deudor (Fisco) los riesgos del pago por consignación mientras el acreedor no lo cobra efectivamente: Corte Suprema, Rol 5145-2013, sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013, caso *Ramírez Astudillo con Fisco*.

razonamiento del fallo envuelva un principio de responsabilidad aplicable en general al Poder Judicial o, al menos, a sus más reconocidas particularidades. Además, el sistema que parece aprobar, por razones prácticas (orgánicas) no resulta fácilmente aplicable.

### A. Sobre el fundamento de la responsabilidad del Estado

Es más que seguro que la solución entregada por la Corte suscitara discusión: por razonable que sea la decisión del caso, es cuestionable que se la sustente en el derecho privado de la responsabilidad civil. Las mejores páginas de la historia de la responsabilidad del Estado se han escrito al margen del Código Civil;<sup>19</sup> es más que paradójico que se lo invoque ahora como fuente normativa.

En verdad, la referencia al Código es un pretexto para decidir conforme a la analogía. Es claro que en la materia la ley calla, y toda la complejidad del caso consiste en analizar ese silencio: si como aceptación o rechazo a la responsabilidad pública. Como había ocurrido en *Seguel Cares*, aquí la Corte identifica un tipo de casos que debería resolverse con criterio idéntico al que rige en la mayor parte de los casos de responsabilidad pública. La referencia al artículo 2314 del Código se muestra entonces como el vehículo que introduce el régimen general de responsabilidad pública en este campo. En aras de la unidad de ese régimen, la solución debería saludarse.<sup>20</sup>

La Corte (o en todo caso, la Corte de Concepción, no censurada por la Suprema) cree que esta solución tiene respaldo en el sistema de responsabilidad pública. Por eso tiene que ocuparse de afirmar que la responsabilidad del Estado es “genérica” o que derivaría de la naturaleza compleja del Estado. Las respuestas más conocidas del derecho administrativo (es decir, la falta de servicio) formarían parte de un sistema cuyo ámbito de aplicación subjetivo sería más amplio y cubriría no solo a la Administración sino también al Poder Judicial.

19 Así, por de pronto, en el hito usualmente tenido por inaugural de la responsabilidad pública en derecho francés, el conocido *arrêt Blanco* (Tribunal des Conflits, 8 de febrero de 1873, Recueil Lebon, 1<sup>er</sup> suplemento, p. 61, con las conclusiones de David; también incluido en Long et al., ob.cit., p. 1 s.). En ese fallo se sostuvo que “la responsabilidad que puede incumbir al Estado por daños causados a particulares por el hecho de las personas que emplea en los servicios públicos no puede quedar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares”, pues tal responsabilidad “tiene sus reglas especiales, que varían según los requerimientos del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”. Por cierto, la autonomía del derecho público de la responsabilidad no condujo necesariamente al establecimiento de soluciones muy distintas de las del derecho privado, como se advirtiera tempranamente en la doctrina más crítica con esa formulación jurisprudencial: Luchet, Just, *L'Arrêt Blanco. La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'État*, París, Les Presses modernes, 1935.

20 Para el enfoque laudatorio, Valdivia, *Comentarios*, ob. cit.

Esta asunción es problemática, al menos en su dimensión textual. De hecho, ningún precepto de derecho público es mencionado en apoyo de la sentencia, y es más que dudoso que hubiera servido de algo hacerlo. ¿La Constitución zanja la cuestión? El aspecto fragmentario de la regulación constitucional de la responsabilidad por funcionamiento de la justicia impide atribuir al constituyente el propósito de abordar de modo sistemático la materia. ¿El derecho administrativo escrito zanja la cuestión? Desde una perspectiva funcional tal vez no haya buenas razones para distinguir entre la operación ordinaria de la Administración y las actuaciones del tribunal que originan el daño en *Espinoza Marfull*, pero (quizá por lo mismo que es prácticamente imposible definir la “función administrativa”)<sup>21</sup> el criterio predominante en derecho administrativo es orgánico, y por definición los tribunales no son órganos administrativos. Es una obviedad que el derecho administrativo no se aplica *de lege lata* a los tribunales de justicia.

Como se advierte, la apelación al carácter genérico de la responsabilidad del Estado tiene nulo apoyo textual. Por supuesto, esta “laguna” es incómoda, porque puede ser fuente de incertidumbre. Lo que hoy parece más o menos firme en la jurisprudencia de la Corte Suprema puede olvidarse pronto, incluso por razones prosaicas como un cambio de integración de las salas de la Corte. Las buenas intuiciones de la Corte deberían encontrar un fundamento aceptable.

Una explicación del principio de responsabilidad que concita algún grado de adhesión en la doctrina atiende al principio de igualdad ante las cargas públicas.<sup>22</sup> Aunque ese principio tiene por vocación determinar los contornos del régimen tributario (ese es el contexto en el que se inserta), suele verse en él una idea que reflejaría la posición de los ciudadanos entre sí frente a los gravámenes que exige la vida en sociedad. ¿Es justo que uno solo soporte un sacrificio establecido para el bien de todos? La pregunta rara vez se plantea en abstracto.<sup>23</sup> Los “sacrificios” que impone el Estado a sus ciudadanos se

---

21 Por todos, Garrido, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, (Instituto de Estudios Políticos), 5ª ed., 1970, p. 30.

22 Esta es la “doctrina” dominante entre los autores franceses provenientes de la jurisdicción administrativa: Rougevin-Baville, Michel; Denoix de Saint Marc, Renaud y Labetoulle, Daniel, *Leçons de droit administratif*, Hachette, 1989, p. 328.

23 Por lo mismo, la jurisprudencia actual es extremadamente reticente en aceptar la indemnización de perjuicios provocados por el Estado en condiciones regulares, esto es, al margen de cualquier falta de servicio. El estado actual del derecho se ha afirmado en la jurisprudencia a partir de Corte Suprema, Rol 381-2004, sentencia de fecha 30 de diciembre de 2004, caso *Sociedad Agrícola Lolco Ltda. con Fisco*, considerando 51. Reiterada últimamente, entre otras, por Corte Suprema, Rol 4630-2014, sentencia de fecha 5 de junio de 2014, caso *Álvarez Cepeda y Compañía Limitada con Mun. Talca*.

justifican por lo general en reglas jurídicas, de modo que el análisis de lo que cada uno debe soportar depende de la observancia del derecho positivo y, por extensión, de otros estándares razonables de actuación que varían según las circunstancias. El régimen público de la responsabilidad por culpa no se sustenta, por consiguiente, como en el paradigma del Código Civil, en la posición teóricamente igualitaria de la víctima y el victimario (que la justicia correctiva aconseja recomponer mediante compensaciones en caso de romperse); se justifica más bien en la justicia distributiva, cuya apreciación en concreto exige prestar atención al funcionamiento regular de las instituciones del Estado. Que la idea encierre un principio aplicable a toda manifestación del poder público no excluye modelaciones particulares, como parece precisamente ser el caso de aquellas funciones estatales que por definición suponen determinar la condición jurídica de los ciudadanos, como la ley o la sentencia.<sup>24</sup>

Ahora bien, tampoco es claro que la restauración de la justicia distributiva deba hacerse mediante compensaciones en dinero. La idea quizás no despierta dudas en el derecho privado, por el papel del dinero que es por excelencia la mercancía intermediaria de los cambios. Sin embargo, su extrapolación al derecho público no es tan evidente, por la diversidad de mecanismos que la institucionalidad del Estado pone a disposición de los ciudadanos para aliviar su sufrimiento (al menos, la red de servicios públicos que es herencia del Estado de Bienestar en materias de seguridad social o salud pública, etc.). No puede ignorarse que específicamente en el terreno de la jurisdicción, los regímenes procesales vigentes conllevan una serie de recursos y remedios que posibilitan la rectificación de errores y propenden así a evitar los daños asociados a un juicio injusto.

En suma, si puede aceptarse que “el avance del derecho público” (*Grimberg Letelier*) o la conciencia jurídica de este tiempo conduzca al reconocimiento de un principio transversal de responsabilidad del Estado, este no puede sustentarse en la igualdad de la víctima y el victimario frente a las posibilidades de causar o sufrir daño, como en el derecho civil, sino que debe atender a las particularidades del funcionamiento de cada institución estatal.

---

24 Así se explica el *obiter dictum* del considerando II del fallo antes citado *Grimberg Letelier*.

## B. Las particularidades de la función judicial

Algunos regímenes comparados distinguen en la materia entre el ejercicio de la función estrictamente jurisdiccional y las restantes actuaciones de los órganos que participan de esa función.<sup>25</sup> El acto jurisdiccional, es decir, aquel que supone precisamente la participación institucional del juez (típicamente la sentencia, pero también otras resoluciones judiciales que intervengan en la conducción del procedimiento), gozaría de un estatus particular frente a la responsabilidad. En contraste, respecto de las demás materias, que en derecho español se reconducen a la noción de “funcionamiento anormal de la administración de justicia”, no habría razones significativas para impedir la aplicación de soluciones comunes al derecho público, como las que imperan en el derecho administrativo. Así resulta, en derecho francés, de la acción conjugada del legislador<sup>26</sup> y la jurisprudencia;<sup>27</sup> en derecho español esta distinción está reconocida a nivel constitucional<sup>28</sup> y legal.<sup>29</sup>

Diversas razones se invocan en sustento del tratamiento singular del acto jurisdiccional en sentido estricto,<sup>30</sup> aunque ninguna de ellas parezca infalible. Si se admite que un principio de responsabilidad extracontractual es transversal a toda manifestación de las funciones estatales, en verdad no debería haber razones que excluyan *per se* a las decisiones judiciales de la posibilidad

25 Para un análisis de diversos regímenes europeos, Deguergue, Maryse (dir.), *Justice et responsabilité de l'Etat*, París, (PUF), 2003.

26 Una ley de 5 de julio de 1972 introdujo al Code de l'organisation judiciaire (Código de organización judicial, aplicable a la justicia ordinaria), una disposición en cuya virtud: “El Estado está obligado a reparar el daño causado por el funcionamiento defectuoso del servicio de la justicia./ Sin perjuicio de reglas particulares, esta responsabilidad sólo se ve comprometida por una culpa grave o por denegación de justicia” (artículo L-141-1 del texto vigente).

27 Conseil d'Etat (Assemblée), 29 de diciembre de 1978, *Darmont*, Recueil Lebon, pág. 542. Según este pronunciamiento: “si, en virtud de los principios generales que rigen la responsabilidad del Estado, una culpa grave cometida en ejercicio de la función jurisdiccional por una jurisdicción administrativa es susceptible de conferir derecho a indemnización, la autoridad que se asigna a la cosa juzgada se opone al surgimiento de esa responsabilidad, en caso en que la culpa grave alegada resulte del contenido mismo de la decisión jurisdiccional y ella hubiere quedado firme”.

28 El artículo 121 de la Constitución española dispone: “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.

29 El artículo 292-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, preceptúa: “Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado...”. Respecto del error judicial (esto es, tratándose de daños cuyo origen se encuentra en decisiones judiciales), la misma ley prevé que la indemnización está supeditada a “una decisión judicial que expresamente lo reconozca”, por ejemplo, la que va envuelta en un recurso de revisión (artículo 293-1).

30 Cf. Deguergue, Maryse, “Les dysfonctionnements du service public de la justice”, *Revue Française d'Administration Publique*, N°125, 2008, p. 151 s. (p. 156 s.).



hipotética de ser consideradas como actos dañosos susceptibles de comprometer esa responsabilidad. Desde que la responsabilidad corre a cargo del patrimonio fiscal, cuya defensa en juicio está radicada en procuradores especiales, no afecta la “libertad interior” de los jueces (como se decía en otro tiempo), no supone injerencia indebida en la independencia judicial, ni arruina el prestigio de la jurisdicción. La cosa juzgada, en el extremo más radical de las sentencias firmes que no admiten corrección mediante recursos, tampoco sufre por el hecho de admitirse tal responsabilidad; entendida en sentido técnico, la cosa juzgada no impide que en un juicio posterior, entre distintas partes, sobre la base de una causa de pedir y un objeto pedido diferentes, se discuta si un pronunciamiento judicial es un hecho susceptible de abrir derecho a indemnización.<sup>31</sup>

Por cierto, el valor institucional de la cosa juzgada, que es un atributo distintivo de la función jurisdiccional, puede verse debilitado si se admite en forma amplia la responsabilidad civil en este supuesto. La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada radica de modo definitivo los efectos del pleito en los justiciables. Sería por completo anómalo que las cargas que resultan para una de las partes en virtud de un juicio (incluso mal resuelto) sean neutralizadas mediante una indemnización a cargo del Estado.<sup>32</sup> Por lo demás, la vigencia del principio del debido proceso confiere a los justiciables garantías que la ley estima suficientes para la defensa de sus intereses, posibilitando incluso la rectificación de errores, y los perjuicios consiguientes, mediante el ejercicio de los recursos procesales que correspondan. Por eso hay buenas razones para someter la función jurisdiccional a un régimen diferenciado de responsabilidad, que en diversos ordenamientos reposa en un estándar equivalente a la culpa grave. La culpa grave permitiría identificar una auténtica aberración judicial, por cierto no imputable a las partes en litigio, que haga plausible fuera de toda duda que el Estado asuma la reparación de las consecuencias dañosas del ejercicio de la función jurisdiccional. Es justamente este el criterio que rige en derecho chileno en la única regla que aborda la materia

31 Varias de esas razones han sido desestimadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el resonante fallo *Köbler contra República de Austria*, Rol C-224-2001, sentencia de fecha 30 de septiembre de 2003. Consultado en <http://curia.europa.eu/>.

32 En una reciente monografía sobre la cuestión, un reconocido especialista concluye, desde una perspectiva vinculada al análisis económico de la responsabilidad pública, que carece de sentido la reparación de los errores judiciales cometidos en materias civiles (*i.e.*, no penales), por las consecuencias indeseables que podría generar en la reducción de costos sociales por parte de quienes pierdan –indebidamente– algún juicio. Doménech, Gabriel, “El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial”, *Revista de Administración Pública*, N°199, 2016, p. 171 s.

(a propósito del error judicial en materias penales), y que ha sido entendida, conceptual y prácticamente, como una regla de culpa grave.<sup>33</sup>

¿Hacía falta precisar el derecho aplicable a este aspecto de la materia? Aunque por el momento la experiencia litigiosa sea prácticamente nula, el derecho internacional podría acelerar los cambios y requerir una toma de posición frente a esta materia precisa.<sup>34</sup>

En cualquier caso, en contraste con lo que deba ocurrir respecto del ejercicio de la función jurisdiccional, la responsabilidad sería susceptible de verse comprometida en condiciones mucho más sencillas en todos los demás casos vinculados al funcionamiento del Poder Judicial. Las hipótesis son de muy diversa índole: desde actuaciones accesorias al desarrollo de los procesos, hasta las que rodean la ejecución de las resoluciones judiciales, además del ejercicio de funciones no jurisdiccionales por parte de los tribunales o el desempeño de organismos radicados en la esfera del Poder Judicial que no cumplen labores jurisdiccionales (Academia Judicial, Corporación Administrativa del Poder Judicial). También podrían comprenderse en esta categoría algunos aspectos de la conducción de los procesos, al menos en su dimensión material, como se advierte del tratamiento comparado de la duración excesiva de los juicios, en infracción de la exigencia de resolverlos en un plazo razonable.<sup>35</sup>

33 En este sentido, Barros, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, (Editorial Jurídica), 2006, p. 524; cf., más ampliamente, Valdivia, José Miguel, *Le droit de la responsabilité de la puissance publique au Chili à la lumière du droit français. Étude comparée*, París, U. París II, 2010, p. 876 s.

34 En lo inmediato, Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas contra Chile*, 24 de febrero de 2012. Consultado en <http://www.corteidh.or.cr/>, que ordena al Estado de Chile pagar a las demandantes ciertas cantidades por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, costas y gastos, en razón de la violación de diversos derechos reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de los tribunales intervinientes en un proceso de tuición de menores.

35 La jurisprudencia europea ha reconocido la responsabilidad pública en este supuesto sobre la base de la interpretación conjunta de dos preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativos al derecho de toda persona a que su causa en relación a sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal “sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente” (artículo 6.1) y al derecho a “un recurso efectivo ante una instancia nacional” frente a las violaciones a los derechos reconocidos por el Convenio (artículo 13). El paradigma en tal sentido es Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Kudla contra Polonia*, 26 de octubre de 2000, Consultado en <http://hudoc.echr.coe.int/>. Por influjo de esa jurisprudencia, en derecho francés se admitió la responsabilidad del Estado en caso de violación al deber de resolver un juicio dentro de un plazo razonable por parte de la jurisdicción administrativa en Conseil d’Etat (Assemblée), 28 de junio de 2002, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Magiera*, Recueil Lebon p. 248, Actualité Juridique – Droit Administratif 2002, p. 596, crónica Donnat, Francis y Casas, Didier, Revue Française de Droit Administratif 2002 p. 756, conclusiones Lamy, Francis e incluido en Bonichot, Jean-Claude et al., *Les grands arrêts du contentieux administratif*, París, Dalloz, 3ª ed., 2011, p. 107, nota Cassia, Paul. Aunque según la opinión mayoritaria el fallo *Magiera* consagra un régimen de falta de servicio simple (i.e., culpa leve), Deguerque, *Les dysfonctionnements*, ob.cit., estima que la sentencia corre un “velo púdico” sobre la culpa, evitando reconocerla, sugiriendo así una tendencia hacia la objetivización de la responsabilidad en este terreno.

Este es precisamente el tipo de casos a que pertenece *Espinoza Marfull* y los demás asuntos sobre los que han recaído los pronunciamientos antes transcritos: cumplimiento material de resoluciones de un tribunal mediante su comunicación a oficinas públicas, custodia de dineros a disposición de un tribunal, ejercicio de las potestades disciplinarias del Poder Judicial, etc.

La aplicación extensiva del régimen de la falta de servicio a estos casos (o de otras soluciones que integraren el “derecho común” de la responsabilidad pública) se explica en razón de la analogía sustancial existente entre el funcionamiento extra-jurisdiccional de la administración de justicia y la operación ordinaria de la Administración pública.

Como se advierte, desde una perspectiva sistemática no es seguro que la invocación de las reglas generales de responsabilidad civil dé cuenta suficiente de los matices con que debiera abordarse la materia. Aunque el concepto civil de negligencia posee una elasticidad cierta (que lo hace susceptible de regir en las más distintas actuaciones de la vida civil), en aras de la unificación de la interpretación y aplicación del derecho, tanto por jueces como por justiciables, hubiera sido deseable que la Corte Suprema entregase señales más completas respecto de aquellos matices. Es de esperar que la jurisprudencia *Espinoza Marfull* no suscite en potenciales víctimas de errores judiciales la confianza (infundada) de que la responsabilidad pública podría perseguirse en condiciones sencillas respecto del ejercicio de la función jurisdiccional. En cualquier caso, habrá que seguir esperando algún pronunciamiento futuro para ver configurados en forma más precisa los contornos de la responsabilidad del Estado juez.

### C. Excurso: ¿Son los tribunales “servicios públicos”?

Alguna doctrina nacional ha pretendido justificar la extensión de las categorías del derecho administrativo de la responsabilidad a los organismos jurisdiccionales en su carácter de servicios públicos.<sup>36</sup> Tal pretensión obedece, sin duda, a orientaciones comparadas que identifican “un servicio público de la justicia”.<sup>37</sup>

36 Así, Rondini, Patricio, *Responsabilidad patrimonial del Estado juez en Chile*, Santiago, (Lexis Nexis), 2008, p. 134, quien postula que “el Poder Judicial tiene un aspecto orgánico, tiene una estructura, y en ese sentido, es un servicio público”. Recuérdese, por otra parte, que en *Rojas Neumann* (cit., n. 16, considerando 7) el tribunal fundó la responsabilidad del Estado juez en la idea de un “mal o inadecuado funcionamiento de los servicios públicos”.

37 La distinción entre el ejercicio de la función jurisdiccional y la “organización misma del servicio público de la justicia” fue reconocida en derecho francés con el fin de atraer a la jurisdicción administrativa el conocimiento de ciertos litigios relativos a la organización de la jurisdicción ordinaria. El principio fue establecido por el fallo del Tribunal des Conflits, 27 de noviembre de 1952, *Préfet de la Guyane*, Recueil Lebon, p. 642, incluido en Long et al., ob.cit., p. 482 s.

No obstante estos antecedentes, es problemático afirmar que el Poder Judicial en conjunto o cada tribunal separadamente sean servicios públicos.

Ante todo, porque en sentido orgánico, la noción de servicio público identifica convencionalmente en derecho chileno un tipo de organismo integrante de la Administración pública (Ley orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, artículo 28).<sup>38</sup>

Antecedentes históricos muestran, en seguida, que los tribunales mantienen una estructura organizacional peculiar, edificada sobre la base del antiguo concepto de *oficio* (que supone esencialmente una competencia confiada a título personal a un agente), que es funcional a la independencia de cada juez. Por eso, explica un autor, sigue habiendo “tanta distancia entre un juzgado y una oficina administrativa, entre un juez y un jefe de oficina o entre los ministros de una Corte de Justicia y los miembros del consejo directivo de una institución administrativa, y, en general, entre la judicatura como un todo y cualquier servicio administrativo”.<sup>39</sup> De aquí que lo que usualmente se designa como Poder Judicial tenga un aspecto difuso tan acentuado, que dificulte compararlo en términos organizacionales con la Administración. El Poder Judicial chileno parece ser una denominación cómoda que recubre a cada juez que ejerce jurisdicción.<sup>40</sup> Sin duda los tribunales se estructuran en condiciones materiales similares a los de una institución burocrática, pero esa similitud podría establecerse, probablemente, con cualquier organización más o menos compleja.

Evidentemente, cada juez o tribunal desempeña una función pública:<sup>41</sup> la aplicación coactiva del derecho a un caso en disputa se efectúa en razón del

---

38 Los desarrollos de Pantoja, Rolando, *La organización administrativa del Estado*, Santiago, (Editorial Jurídica), 1998, p. 315 s., son suficientes para descartar la existencia de servicios públicos creados para el cumplimiento de funciones públicas distintas de las administrativas, como los servicios públicos legislativos o jurisdiccionales (idea que pudo ser promovida tempranamente por la escuela de Duguit). Según Pantoja, en derecho chileno “no existen antecedentes políticos o sociológicos que permitan sostener un concepto de servicio público que abarque los campos legislativo y jurisdiccional y sirvan de base, entonces, a una sistematización administrativa de estas entidades” (p. 319).

39 Bravo, Bernardino, “Judicatura e institucionalidad en Chile (1776-1876): del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario”, *Revista Estudios Histórico-Jurídicos*, -Nº1, 1976, p. 61 s. (p. 71). Para el concepto de oficio, del mismo autor “Oficio y oficina, dos etapas en la historia del Estado Indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Vol. 8, (1981), p. 73 s.

40 Bordalí, Andrés, “La independencia de los jueces en la aplicación de la ley dentro de la organización judicial chilena”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40, (2013), p. 609 s.

41 Esta idea exige matizar la aseveración de Bordalí (ibídem, p. 614 s.), inspirada en las consideraciones orgánicas que acaban de reseñarse, para quien en razón de su carácter profesional “el juez es el menos estatal de los funcionarios públicos”, añadiendo, sobre la base de un entendimiento anticuado de la responsabilidad, que “los jueces responden, como todo profesional, por los ilícitos civiles y penales en que incurran con ocasión de sus funciones jurisdiccionales. Se trata de una responsabilidad individual y no institucional”.

carácter público del oficio de juzgar, y por eso en última instancia ha de imputarse al Estado. Ese criterio es más firme que cualquier identificación orgánica del Poder Judicial: la vinculación del juez con el Estado no pasa por su adscripción a una estructura análoga a la de la Administración pública. Por eso, conviene guardar cautela al momento de calificar al Poder Judicial o a cada tribunal como un servicio público.

Por lo demás, desde que la noción de servicio público se asocia tan fuertemente a las estructuras administrativas, aunque tal calificación pudiera servir para resolver puntualmente el problema de la responsabilidad, también podría conllevar consecuencias inesperadas, o abiertamente no queridas, en el plano de la gestión del personal, la contratación, la transparencia o acceso a la información pública o, aún más radicalmente, los procedimientos. Evitando asimilaciones apresuradas (como las que tal vez estuvo tentada a formular la Corte de Concepción), en *Espinoza Marfull* la Corte Suprema afina un poco más el criterio y justifica la extensión del régimen de responsabilidad por falta de servicio al desempeño de los “jueces cuando se ha verificado un ‘funcionamiento anormal’ de la Administración de Justicia, [en] que éstos actúan en ejercicio de una *función pública*” (considerando 4, énfasis agregado).

Por último, tampoco es seguro que la calificación de los tribunales como servicios públicos resuelva mecánicamente la aplicación del régimen de la falta de servicio. Lo propio de la falta *de servicio* (o incluso, falta *del servicio público*) no consiste en su radicación en un organismo administrativo investido de funciones de servicio público, sino en que representa un modelo de imputación de conductas culpables de un agente público (conocido o no) a la persona jurídica pública a la que pertenece, entendida como un complejo institucional.<sup>42</sup>

En buenas cuentas, la aplicación extensiva de la falta de servicio al funcionamiento extra-jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales se justifica en consideración al carácter público de las funciones en que intervienen, más que en su calidad orgánica.

#### D. Algunas dificultades procesales

En ausencia de previsiones normativas especiales, los litigios sobre responsabilidad del Estado originados en daños provenientes del funcionamiento de

42 Conforme a su origen en el fallo *Pelletier* (Tribunal des Conflits, 30 de julio de 1873, Recueil Lebon, p. 117, concl. David y reproducido en Long et al, ob.cit., p. 8 s.), las nociones de falta de servicio y falta personal cumplen esencialmente el papel de identificar el patrimonio –estatal o individual del funcionario– al cual debe ser imputable una culpa; cf. Valdivia, José Miguel, “Orígenes de la noción de falta de servicio” en Letelier, Raúl (coord.), *La falta de servicio*, Santiago, (Thomson Reuters), 2012, p. 29.

los tribunales de justicia están siendo abordados como los demás asuntos de responsabilidad pública, es decir, como juicios sujetos al procedimiento civil ordinario (seguramente con las adiciones inherentes a los juicios de hacienda), de competencia de jueces de letras en lo civil en primera instancia. Sin pronunciamiento expreso, el fallo *Espinoza Marfull* confirma esta práctica.

Cuantitativamente, la experiencia es muy limitada como para efectuar un análisis exhaustivo de las consecuencias de este modelo de litigación. Sin embargo, algunos de los casos de que se ha tenido noticia han dado origen a algunas anomalías, principalmente en la forma de evitar un juicio de censura a los tribunales o a sus miembros (como en *Grimberg Letelier*, en que la demanda se rechaza no obstante detectarse una potencial “desprolijidad” en la incautación de unas fichas médicas) y dirigir los reproches, en cuanto fuese posible, a las autoridades o funcionarios administrativos (como en los antes mencionados *Vallejo Sánchez* y *Moreno Castillo*). En algún grado, sea por espíritu de defensa corporativa, por deferencia hacia algunos miembros de la jurisdicción, sobre todo en relación a quienes ocupan cargos más elevados en la jerarquía judicial, o simplemente por sesgos derivados del oficio de juzgar, es probable que este problema se reedite y la responsabilidad pública no sea analizada con la serenidad que merece. Si el régimen de responsabilidad reposa en la falta de servicio, equivalente administrativo de la noción civil de culpa o negligencia, es inevitable que el conocimiento de este tipo de asuntos conduzca a la estigmatización del funcionamiento de algún tribunal. En el extremo, desde que en *Espinoza Marfull* la Corte Suprema ha extendido a los jueces y agentes judiciales un régimen de “falta personal”, similar al imperante respecto de los agentes del orden administrativo, tal estigmatización podría alcanzar incluso a los magistrados. ¿Es razonable entregar indiferenciadamente a jueces de letras el conocimiento de esta clase de asuntos?

El modelo constitucional de la responsabilidad por error judicial confía en la Corte Suprema, en razón del papel preeminente que le corresponde respecto del Poder Judicial (superintendencia directiva, correccional y económica), el establecimiento de la principal variable del régimen de responsabilidad, esto es, la calificación de haber sido una resolución judicial “injustificadamente errónea o arbitraria”. Una solución orgánica, de esta naturaleza u otra (como la instauración de un organismo o de una jurisdicción especializada), quizá permitiría aliviar las complicaciones asociadas al juzgamiento de estos asuntos. Desde luego, tal construcción exigiría innovaciones legislativas, en el marco de las cuales podría configurarse adecuadamente el régimen de fondo,

conforme a las orientaciones que se han reseñado y que parecen consistentes con el estado actual de evolución del derecho positivo.

### 3. Conclusiones

Sin duda *Espinoza Marfull* es una buena sentencia, que resuelve adecuadamente un problema para el cual los textos no brindan respuestas. En el panorama general de la responsabilidad del Estado por hechos de la jurisdicción, es un razonable punto de partida para revisar las condiciones de esa responsabilidad (y, eventualmente, ajustar las soluciones arcaicas que conserva el Código Orgánico de Tribunales). Con todo, desde una perspectiva dogmática, y del mismo modo que su raíz inmediata (la jurisprudencia *Seguel Cares*), el valor de la sentencia es esencialmente didáctico, porque muestra a los jueces un criterio sencillo, de fácil reconocimiento y aplicación, que armoniza con las orientaciones más generales del derecho público de la responsabilidad pecuniaria.<sup>43</sup> Por supuesto, también merece la crítica: si la solución está en el derecho público, ¿para qué molestarse en ir a buscarla al derecho privado?

---

<sup>43</sup> Valdivia, *Comentarios*, ob. cit.

# REGULACIÓN DESCENTRALIZADA COMO RESPUESTA A LAS BARRERAS DE ENTRADA DE ERNC: LOS OTROS CREADORES DE REGLAS DEL JUEGO

*Catalina Medel<sup>1</sup>*

## Resumen

El presente artículo busca mostrar cómo ciertas barreras de entrada para la inserción de energías renovables no convencionales han sido enfrentadas con instrumentos de regulación no tradicional, o descentralizados. El propósito es estudiar el modo en que espacios de co-regulación o de auto-regulación pueden ser eficientes, dinámicos y solucionar problemas aún en mercados altamente regulados. Para ello, en primer lugar se hace un breve recuento de las barreras de entrada comunes identificadas por agentes del mercado, académicos y autoridades. Luego se analiza qué debemos entender por regulación, y por qué es beneficioso que las reglas del juego también sean creadas e implementadas por actores no estatales. Por último se estudian tres casos en los cuales agentes regulatorios no tradicionales han ofrecido respuestas a algunos problemas de inserción de las energías renovables no convencionales: otorgando la posibilidad de precios estables en licitaciones de suministro de distribuidoras; coordinando y estableciendo soluciones de transmisión; e incorporando nuevos estándares para dar contenido al principio de acceso abierto.

**Palabras clave:** Regulación – auto-regulación – co-regulación – energías renovables no convencionales.

---

<sup>1</sup> Abogada, MSc Regulation London School of Economics and Political Science, profesora invitada del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile y en el diplomado en Regulación de la Universidad Adolfo Ibáñez. Agradezco los comentarios de Mariana Tupper, Deninson Fuentes y Rodrigo Barbagelata y la colaboración de Gabriela Alcázar.



## 1. Introducción

Chile es un *Estado Regulador*, en el sentido clásico planteado por Majone, es decir, aquel que cumple la función de asegurar que los proveedores de bienes y servicios se comporten de acuerdo a las “reglas del juego”. Esto a diferencia de aquellos casos en que los Estados *son* los proveedores de bienes y servicios<sup>2</sup>; el Estado Regulador viene a representar la respuesta a la privatización de empresas estatales proveedoras de servicios. Aunque al principio se pensó que el movimiento privatizador traería de la mano un espacio desregulado (como sucedió en primera instancia con ciertas industrias),<sup>3</sup> el tiempo mostró, más bien, el inicio del movimiento regulador, acompañado de la creación de nuevos agentes reguladores estatales y del término de cierta inmunidad que tenían las empresas del Estado hasta ese momento.<sup>4</sup> Se iniciaba una nueva etapa: el nacimiento del Estado Regulador, y con este comienzo, el concepto de regulación quedó asociado al control y el poder que ejerce el Estado sobre ciertos mercados, estableciendo un nuevo modo de actividad gubernamental. Es decir, lo que hoy entendemos como regulación tradicional.<sup>5</sup>

Sin embargo, durante la última década ha existido un desplazamiento del poder de regulación desde el Estado hacia otros agentes. Aquellos que, encontrándose fuera de la esfera estatal, igualmente han creado reglas del juego y han presentado soluciones aun en mercados con alta regulación convencional, ya sea, por ejemplo, por razones de dispersión de conocimiento o porque los problemas ya no son estrictamente de cada Estado, sino que corresponden a temas globales que sobrepasan a iniciativas locales.<sup>6</sup>

2 Majone, Giandomenico, “The rise of the regulatory state in Europe”, en *West European Politics*, Vol. 17, N°3, (Routledge), 1994. Para ver algunos estudios en relación al Estado Regulador: Rose-Ackerman, Susan, “The Regulatory State”, en Rosenfeld, Michel y Sajo, Andras (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (Oxford, Oxford University Press), 2012; Dubash, Navroz y Morgan Bronwen, “Understanding the rise of the regulatory state of the South”, en Dubash, Navroz y Morgan, Bronwen (ed.), *The Rise of the Regulatory State of the South, Infrastructure and Development in Emerging Economies*, (Oxford, Oxford University Press), 2012; Majone, Giandomenico, “The regulatory state and its legitimacy problems”, en *West European Politics*, Vol. 22, N°1, (Routledge), 1999.

3 Solo hay que ver la evolución de la regulación del mercado eléctrico.

4 Majone, Giandomenico, “Paradoxes of privatization and deregulation”, en *Journal of European Public Policy*, (Routledge), 1994.

5 Baldwin, Robert; Cave, Martin y Lodge, Martin, *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice*, (Oxford University Press) 2012, pp.2-3.

6 A modo de ejemplo, en abril de 2016 se modificaron las políticas de inmunización de la vacuna contra la polio a nivel mundial y se ejecutó de manera conjunta, a través de reguladores estatales y no estatales. Ver la noticia en BBC, *Cómo y porqué se está cambiando la vacuna contra la polio en más de 150 países del mundo*, 20 de abril de 2016. Disponible en: [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160420\\_salud\\_polio\\_vacuna\\_cambio\\_paises\\_ac](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160420_salud_polio_vacuna_cambio_paises_ac).

Algo parecido ha sucedido en el mercado eléctrico chileno. Agentes descentralizados como los Centros de Despacho Económico de Carga (CDEC),<sup>7</sup> han pasado a tener un rol preponderante en la creación de procedimientos y regulación técnica para el funcionamiento del sistema eléctrico. Asimismo, el Panel de Expertos Eléctrico (Panel de Expertos)<sup>8</sup> a pesar de ser un agente de resolución de conflictos ha tomado decisiones que han impactado a todo el mercado, diseñando nuevas esferas de regulación. En este nuevo espacio regulatorio, las decisiones de agentes no estatales toman importancia para cumplir con las políticas de Estado, por ejemplo para obtener una mayor inserción de energías renovables no convencionales (ERNC).<sup>9</sup>

Hace nueve años ingresaba un proyecto de incentivo a las ERNC al Congreso Nacional, el cual establecía que las empresas eléctricas que efectuaban retiros de energía del sistema para abastecer contratos, debían acreditar que un 5% de tales retiros proviniesen de una fuente renovable no convencional. A partir de ese momento, se iniciaría una fuerte campaña para incentivar la construcción de centrales de ERNC. Pero a pesar de este fin tan claro de política pública, las limitaciones a las ERNC para entrar al mercado permanecieron en el tiempo. Todo indicaba que, en vista de las problemáticas que se enfrentaban, era necesaria una nueva legislación y normativa técnica dictada por los agentes del Estado que se hiciera cargo de la situación.<sup>10</sup> En efecto se dictó una nueva legislación –ampliando obligaciones de acreditación, adaptando normas técnicas a las nuevas realidades de las ERNC<sup>11</sup> e incentivando generación

---

7 Los CDEC son organismos privados previstos en la Ley General de Servicios Eléctricos encargados de determinar la operación de un conjunto de instalaciones de un sistema eléctrico. Para ver la naturaleza de las decisiones del CDEC: Ferrada, Juan Carlos y Tapia, Javier, “Potestades públicas y ámbito privado en el sector eléctrico chileno: el caso de los CDEC como organismos autorreguladores”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 42, N°1, 2015. Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372015000100006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372015000100006&script=sci_arttext).

8 El Panel de Expertos es un organismo de resolución de conflictos contemplado en la Ley General de Servicios Eléctricos, que no es un tribunal de justicia. Ver oficio 40-2016 de la Corte Suprema enviado a la Comisión de Minería y Energía del Senado con fecha 5 de abril de 2016. Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>.

9 De acuerdo a al artículo 225 de la Ley General de Servicios Eléctricos, se consideran ERNC aquellas fuentes de energía (i) eólica (ii) biomasa (iii) biogás (iv) solar (v) mareomotriz (vi) hidroeléctrica de hasta 20 MW.

10 Ver Silva, Carlos y Villenas, Sergio, “Desarrollo de la ERNC en Chile: Desafíos técnicos, regulatorios e institucionales”, (Espacio Público), 2014. Disponible en: <http://espaciopublico.cl/media/publicaciones/archivos/43.pdf>.

11 Durante los últimos años se han dictado diversas modificaciones y normas para regular a las ERNC. A modo de ejemplo se realizaron modificaciones a la regulación de los pequeños medios de generación (Decreto Supremo 244), se promulgó un reglamento que fija el procedimiento para la determinación de otros medios de generación renovables no convencionales (Decreto Supremo 20 de 8 de marzo

distribuida–, pero también hubo instrumentos de regulación descentralizada que ayudaron o que están actualmente contribuyendo a bajar dichas barreras.

Este artículo tiene por propósito mostrar cómo –aun en mercados altamente regulados como el eléctrico– existen espacios para que reguladores no estatales y los mismos privados enfrenten desafíos desde ámbitos de regulación descentralizada,<sup>12</sup> pasando a ser los *otros* creadores de reglas del juego. A través del análisis de determinados instrumentos utilizados para mitigar barreras de inserción de las ERNC, se demostrará la importancia de comprender el concepto de *regulación* en un sentido amplio, contemplando la actuación de agentes no estatales y recogiendo la cooperación que puede haber entre distintos agentes de un mercado (estatales, no estatales, privados), permitiendo un mayor dinamismo y eficiencia en el desarrollo de las regulaciones.

Algunas prevenciones: este artículo no pretende hacerse cargo del impacto real que ha tenido cada uno de estos instrumentos de regulación descentralizada, por una parte, debido a que en algunos casos es muy pronto para ver el real efecto y, por otra, porque es complejo aislar cada una de las variables y mirarlas individualmente sin el contexto en el cual nacieron. No hay que olvidar que las regulaciones se insertan dentro de políticas de estado, que definen cuáles son los objetivos que el país quiere alcanzar. El artículo tampoco pretende analizar cada iniciativa de regulación descentralizada que ha sido desarrollada en el país en materia de ERNC. Como se señaló en el párrafo anterior, el propósito es mostrar cómo la regulación ha desbordado los límites del Estado y que desde nuevas esferas de regulación pueden nacer nuevas reglas del juego, las cuales, en un ambiente de cooperación público-privado, tienen la capacidad de ayudar a mitigar limitaciones y levantar barreras.

Este artículo está estructurado de la siguiente manera: primero se realiza un mapeo de las barreras de entrada de ERNC comunes identificadas por agentes del mercado, académicos y autoridades.<sup>13</sup> En las siguientes secciones

---

de 2015), y también se modificó la Norma Técnica de Seguridad y Calidad de Servicio que cambió los requerimientos técnicos para centrales solares y eólicas (Resolución Exenta de la Comisión Nacional de Energía N° 37 de 29 de enero de 2016).

12 Black, Julia, “Decentering Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a ‘Post-Regulatory’ World”, en *Current Legal Problems*, Vol. 54, N°1, 2001. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/219186.pdf>.

13 Entre ellos, Natoriv, Shahriyar; Silva, Carlos y Agostini, Claudio, “Assessment of Barriers and Opportunities for Renewable Energy Development in Chile” 2015. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2761240/>; Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Identificación y análisis de barreras en el desarrollo de Proyectos ERNC. Informe Final, noviembre

se analiza el clásico concepto de regulación, sus limitaciones, la idea de regulación descentralizada y las razones por las cuales debe considerarse su aplicación. En la sección cuatro se analizará el modo en que instrumentos regulatorios no descentralizados –como lo son la licitación de bloques horarios, acuerdos coordinados por un ente no estatal, recomendaciones y guías técnicas, y los dictámenes de un ente de resolución de conflictos– introdujeron soluciones para dichas barreras. Se destaca además que aun en mercados altamente regulados, instrumentos no tradicionales pueden ser más dinámicos y eficientes y que la cooperación y el reconocimiento es esencial para la evolución regulatoria.

## 2. Mapeando barreras de entrada de las ERNC

De acuerdo al reporte mensual del sector energético de la Comisión Nacional de Energía (CNE) del mes de marzo de 2016,<sup>14</sup> un 42% de los proyectos en construcción en el Sistema Interconectado Central (SIC) y un 38% de los proyectos en el Sistema Interconectado del Norte Grande (SING) son fotovoltaicos. Por otro lado, durante febrero de 2016, un 12% de la generación producida en el SIC provino de alguna fuente de ERNC. Al día 5 de abril de 2016, el Centro de Despacho de Carga del Sistema Interconectado Central (CDEC SIC) catastraba 45 nuevos proyectos eólicos y fotovoltaicos en el SIC.<sup>15</sup> Se proyecta que a diciembre de 2016 solo en el SIC se encontrarán 1087.9 MW de capacidad instalada de tecnología solar y 936.4 MW de eólica, sumando solo

---

de 2014. Disponible en <http://www.4echile.cl/asset/documents/340>; Rudnick, Hugh “Desafíos y oportunidades de inserción ERNC en Chile”, 2014. Disponible en: [http://www.systep.cl/documents/Rudnick\\_CIGRE\\_29052014\\_v2.pdf](http://www.systep.cl/documents/Rudnick_CIGRE_29052014_v2.pdf); Comité Consultivo de Energía 2050, *Hoja de Ruta 2050, Hacia una Energía Sustentable e Inclusiva para Chile*, Septiembre de 2015, Gobierno de Chile, Santiago; Prado, José Carlos, “Los factores que complican el boom de la industria de ERNC en Chile”. Disponible en: <http://www.systep.cl/?p=2514>; Silva y Villenas, ob. cit.; Sauma, Enzo, “Políticas de fomento a las energías renovables no convencionales (ERNC) en Chile”, Centro de Políticas Públicas UC, 2015. Disponible en <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/descargar-politicas-de-fomento-a-las-energias-renovables-no-convencionales.pdf>; y Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), *Las Energías Renovables no Convencionales en el Mercado Eléctrico Chileno*, Documento Complementario, 2012 Disponible en: [http://antiguo.minenergia.cl/minwww/opencms/16\\_energias\\_limpias/documentos\\_complementarios.html](http://antiguo.minenergia.cl/minwww/opencms/16_energias_limpias/documentos_complementarios.html).

14 Comisión Nacional de Energía, Reporte Mensual Sector Energético. Disponible en: [http://www.cne.cl/wp-content/uploads/2015/06/RMensual\\_2016Marzo.pdf](http://www.cne.cl/wp-content/uploads/2015/06/RMensual_2016Marzo.pdf), 20 de abril de 2016.

15 CDEC SIC, Catastro de Nuevos Proyectos. Disponible en: <http://www.cdec-sic.cl/informes-y-documentos/fichas/catastro-de-nuevos-proyectos/>, 20 de abril de 2016.

entre estos dos tipos de ERNC 2024,3 MW de capacidad instalada.<sup>16</sup> Para dar un contexto, cuando se dictó la Ley N° 20.257, el propósito de dicha normativa era que al 2020 existiese un 10% de retiros asociados a ENRC, proyectándose 1400 MW de capacidad instalada de dicha fuente de energía, incluyendo no solo tecnología solar y eólica, sino pequeñas hidroeléctricas, biomasa y en general toda fuente ERNC.<sup>17</sup>

La Ley N°20.257 mostró claramente los fines de política pública en relación a la generación de energía eléctrica proveniente de fuentes no convencionales; sin embargo, ya en la ley Corta I y en la ley Corta II se inicia la regulación de las ERNC y de sus incentivos en el sistema eléctrico chileno.<sup>18</sup> La Ley N°20.257 por primera vez establecía una cuota de mercado para las ERNC relacionada con los retiros para clientes y un espacio para la transacción de certificados, ya que se consideraba “necesario emprender nuevas acciones para acelerar el ingreso de energías renovables no convencionales a nuestra matriz energética y consolidarlas en el mercado eléctrico [...]”.<sup>19</sup>

Sin embargo, existían –y aún existen– ciertas limitaciones técnicas y normativas que definirían la real entrada de las ERNC al mercado eléctrico. De acuerdo a lo señalado por Nasirov, Silva y Agostini en un estudio realizado para analizar la importancia de las limitaciones al ingreso de las ERNC, la gran barrera de entrada se refiere a temas regulatorios e institucionales.<sup>20</sup> Sin embargo, este artículo no tratará de forma individual a las barreras regulatorias, porque, finalmente, todas las barreras de entrada pueden terminar siendo dirigidas a la regulación. Para efectos de este estudio, se han agrupado las limitaciones en aquellas que tienen relación con el financiamiento, las que tienen que ver con transmisión y aquellas vinculadas a las relaciones en la comunidad:

---

16 Información disponible en CDEC SIC, Gráficos y Estadísticas, <http://www.cdcesic.cl/informes-y-documentos/graficos-y-estadisticas/>, 20 de abril de 2016.

17 Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N°20.257 que introduce modificaciones a la Ley General de Servicios Eléctricos respecto de la generación de energía eléctrica con fuentes de energías renovables no convencionales, p. 108. Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/lista-de-resultado-de-busqueda/20257/>, 20 de abril de 2016.

18 Ver Ley N°19.940 y Ley N°20.018, ambas disponibles en [www.leychile.cl](http://www.leychile.cl). En la primera se estableció el concepto de energías renovables no convencionales y se establecieron exenciones de peajes de transmisión a pequeños generadores.

19 Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N°20.257 que introduce modificaciones a la Ley General de Servicios Eléctricos respecto de la generación de energía eléctrica con fuentes de energías renovables no convencionales, p.5. Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/lista-de-resultado-de-busqueda/20257/>, 20 de abril de 2016.

20 Nasoriv, Silva y Agostini, ob. cit. p. 11. Deutsche Gesellschaft für Internayonale Zusammenarbeit hace un análisis parecido en este sentido, ver GIZ, ob. cit 2014, p. 17.

## A. Financiamiento: Fuentes intermitentes con necesidad de precios estables

Durante un par de años los costos marginales en el SIC<sup>21</sup> hacían prever que los altos precios bajo los cuales se transaba energía en el mercado spot podrían incentivar sin problema la inserción de ERNC (y facilitar el financiamiento).<sup>22</sup> Sin embargo esto no ocurrió: no solo por la volatilidad misma del costo marginal,<sup>23</sup> y lo que implica estar expuesto de esta manera al mercado spot, sino porque si querían ingresar al mercado de contratos igualmente estarían expuestos a dicho costo durante un período del día. Esto se debe a que, sin perjuicio de excepciones, las ERNC de más alta introducción –como son la fotovoltaica y la eólica– son por naturaleza energías intermitentes,<sup>24</sup> es decir, en el mejor de los casos producen constantemente durante algunas horas en el día, y pueden producir más o menos energía dependiendo de cómo se comporten sus fuentes primarias en un día en particular. En el gráfico siguiente se puede ver la diferencia de generación por tecnología entre el 21 de abril de 2016 y el 24 de abril de 2016:

---

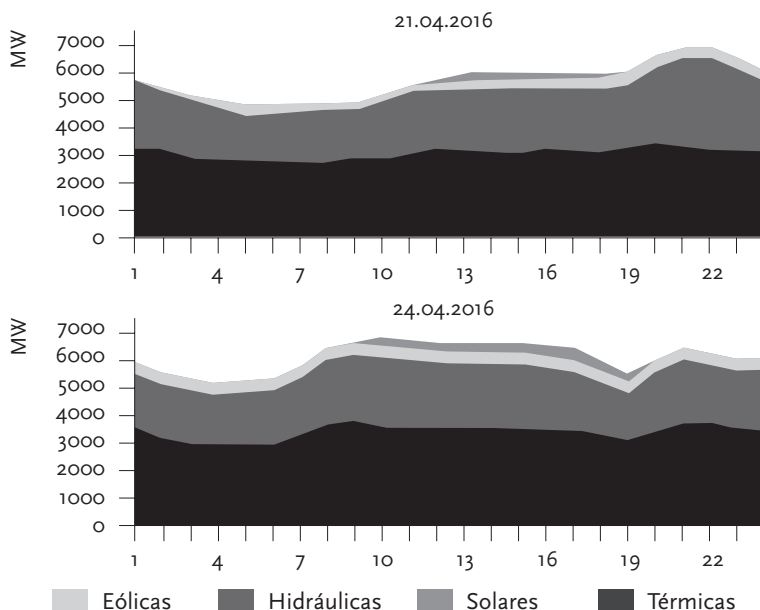
21 En “Energía Abierta” (iniciativa de la CNE) se puede encontrar la evolución de los Costos Marginales, en particular ver Comisión Nacional de Energía, Serie Evolución Precios de Mercado y Costo Marginal SIC. Disponible en: <http://datos.energiaabierta.cne.cl/dataviews/91871/serie-evolucion-precios-medio-de-mercado-y-costo-marginal-sic/>, 21 de abril de 2016.

22 Solo a modo de ejemplo, en julio de 2014 el costo marginal llegaba a los US\$ 237 MW/h.

23 Sin embargo, hoy hay barras en las cuales el costo marginal es igual a 0, como sucede en el norte chico. Al día de hoy en la barra Diego de Almagro, hay ciertas horas del día en el cual el costo marginal es igual a US\$ 0 MW/h. Ver informes diarios del CDEC SIC. Disponible en: <http://www.cdec-sic.cl/informes-y-documentos/fichas/informe-de-novedades-cdc/>.

24 Las fuentes intermitentes (como eólica y solar) presentan una generación que varía significativamente en diferentes escalas de tiempo (mensual, diaria, horaria) según la intensidad de su recurso energético (el viento y el sol). Ver Olmedo, Juan Carlos y Clerc, Jacques, “Costos de integración de ERNC intermitentes y estacionales: convergiendo costos privados con costos sociales”. Disponible en: [http://www.acenor.cl/archivos/46\\_Costos\\_de\\_integraci\\_n\\_de\\_ERNC\\_intermitentes\\_y\\_estacionales.pdf](http://www.acenor.cl/archivos/46_Costos_de_integraci_n_de_ERNC_intermitentes_y_estacionales.pdf).

Figura 1. Generación horaria bruta por tecnología (MW/h)



Fuente: CDEC SIC. Disponible en: <http://www.cdec-sic.cl/informes-y-documentos/fichas/informe-de-novedades-cdc/>

Como se puede apreciar, la cantidad de energía producida y el momento en el cual se produjo dicha energía varía considerablemente entre dos días de una misma tecnología. Este hecho limita las posibilidades de contratar directamente en el mercado de clientes libres a un riesgo controlado, especialmente en sistemas como el SIC en el cual la hidrología tiene una fuerte influencia en los costos marginales.<sup>25</sup> La posibilidad de no poder contratar únicamente su producción –o al menos aquella producción esperada en ciertos períodos de tiempo– limitaba la inversión de energías renovables no convencionales, puesto que restringía su acceso a un financiamiento,<sup>26</sup> en cuanto “[...] la banca

25 Solo para efectos de ilustración, la generadora Campanario terminó quebrando por su exposición al mercado spot. En efecto a pesar de tratarse de una planta térmica, al estar por su costo dentro de los últimos órdenes de programación, su despacho fue muy esporádico, lo cual significó que debía comprar en el mercado spot la energía que retiraba para clientes regulados (distribuidoras).

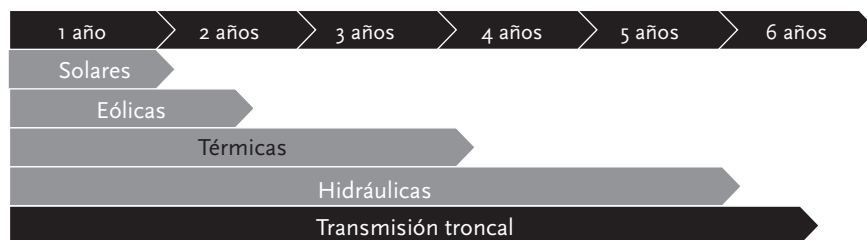
26 En el informe realizado por la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit se señala que : “[l]a volatilidad de los precios de la energía causada por la lógica del costo marginal constituye un riesgo que limita el acceso al financiamiento por parte de las generadoras de ERNC, provocando que las entidades financieras se resguarden solicitando mayores garantías con lo que permiten la entrada al mercado de compañías generadoras grandes o bien, de varias compañías asociadas en un modelo complejo de constituir [énfasis agregado].” GIZ, ob. cit. 2014, p. 25.

local tiende a condicionar el financiamiento a la existencia de estos contratos PPA [contratos de compraventa de energía y potencia]”.<sup>27</sup>

## B. Acceso abierto, restricciones de transmisión, coordinación de proyectos

Otro de los grandes aspectos que aparece como barrera a la inserción de las ERNC, es el sistema de transmisión, puesto que los largos tiempos que toma la construcción de soluciones de transmisión pueden retrasar a los nuevos proyectos. Como se observa en la figura dos, la construcción de una línea de transmisión puede llegar a demorarse entre tres y cinco veces lo que toma la construcción de una central ERNC.

Figura 2.



Fuente: CDEC SIC

Asimismo, se encuentran dificultades para hallar respuestas conjuntas al problema de la transmisión. Debido a la envergadura de estas inversiones, es muy difícil la coordinación entre los generadores de fuentes no convencionales para hacer un frente común a sus necesidades de transmisión. La imposibilidad de asegurar una conexión genera “altos niveles de incertidumbre para los posibles inversionistas de proyectos ERNC”.<sup>28</sup> Por otro lado, también se encuentran obstáculos en relación a las restricciones de inyección de ERNC en ciertos sistemas que ya enfrentan limitaciones (como ocurre en la zona del norte chico del país),<sup>29</sup> generando incertezas respecto de la inyección real que

<sup>27</sup> Silva y Villena, ob. cit, p. 16.

<sup>28</sup> GIZ, ob. cit, p. 17.

<sup>29</sup> La prensa ha recogido este problema desde el 2014, ver por ejemplo artículo publicado en *El Mercurio*, ERNC del Norte Chico enfrentan problemas financieros por exceso de proyectos y baja rentabilidad, 4 de diciembre de 2014. Disponible: en <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=129693>, *Revista Electricidad*; y sigue hasta el presente año Pulso, Costo marginal cero en el norte del SIC pone en riesgo a una decena de empresas de ERNC, 9 de febrero de 2016. Disponible en <http://www.pulso.cl/noticia/empresa---mercado/empresa/2016/02/11-79169-9-costo-marginal-cero-en-el-norte-del-sic-pone-en-riesgo-a-una-decena-de-empresas.shtml>.



tendrá cada central al interconectarse con el sistema y también sobre el precio al cual podrán vender dicha energía.

También se observan problemas en relación al acceso abierto de las líneas de transmisión. Si bien las líneas de transmisión troncal y las de subtransmisión son siempre de acceso abierto, las líneas del sistema adicional son solo de acceso abierto cuando se cumplen ciertos requisitos, y de acuerdo a lo señalado por Silva y Villena, la integración vertical entre el generador y el dueño de la línea adicional puede generar “[...] incentivos a bloquear la entrada de nuevos participantes al mercado”.<sup>30</sup>

### **C. Problemas de concesiones, servidumbre y terrenos, relaciones con la comunidad y cuestiones en general de localización**

“Salvemos Mar Brava” se denomina la campaña que hace ya un par de años se está llevando a cabo para que no se emplace un parque eólico en una playa de Chiloé.<sup>31</sup> Este tipo de oposición es probablemente una de las barreras más nuevas para las ERNC: ¿Por qué una comunidad debiese negarse a fuentes de energía no convencional? Las relaciones con las comunidades pueden presentar una barrera muy alta para la entrada de ERNC, quienes tienen que acomodarse a este nuevo escenario, en que no importa cuán grande o pequeña sea la iniciativa, ni si son fuentes convencionales o no convencionales; lo importante para un sector de la ciudadanía es que no lo hagan “en mi patio trasero”. La cuestión es que, en general, la comunidad “[...] no tiene mayor conocimiento sobre las externalidades negativas que poseen las distintas tecnologías de generación”.<sup>32</sup>

El problema es que esta conflictiva relación con la comunidad puede traducirse en una alta especulación respecto del precio de los terrenos, en dificultades en relación a las concesiones mineras y servidumbres, (y en general a la *permisología*). Lo anterior desemboca en que las ERNC se encuentren con limitaciones similares a las de los proyectos de fuentes convencionales.

<sup>30</sup> Silva y Villena, ob. cit, p.19.

<sup>31</sup> A pesar de la resolución de calificación otorgada, la comunidad sigue en una campaña en contra del parque eólico de Chiloé.

<sup>32</sup> Silva y Villena, ob.cit, p.24.

### 3. Regulación más allá de las fronteras del Estado

#### 3.1. ¿Por qué alejarnos del sentido tradicional de regulación? Sus limitaciones y la necesidad de mirar más allá del Estado

El que Chile sea un Estado Regulador impone el desafío de entender cuáles son las reglas del juego, quién las decreta, cómo los actores se comportan en torno a ellas y, en general, determinar qué entendemos por regulación. Sin embargo, generar límites a lo que se entiende por regulación, o entregarle un contenido exacto, puede ser elusivo,<sup>33</sup> más aún si nos concentramos en un concepto amplio de regulación.

No es indiferente restringir las reglas del juego al concepto clásico de regulación como aquel planteado por Philip Selznick, o abrirnos a un concepto amplio y “descentrado” como el planteado por Julia Black. De acuerdo a Selznick, cuando ligamos la palabra regulación a “políticas públicas y administración” –tal como se está haciendo en este artículo al definir que la inserción de ERNC es una política pública–<sup>34</sup> deberíamos entender por regulación el “control constante y centrado, ejercido por una agencia pública sobre actividades que son valoradas por la comunidad”.<sup>35</sup> Selznick nos plantea entonces que lo que deberíamos entender por regulación son aquellas reglas del juego de *control* establecidas por una agencia estatal. Tal como señalan Coglianese y Mendelson “la visión tradicional de regulación –como la que ha seguido Chile–<sup>36</sup> enfatiza dos condiciones opuestas: libertad y control”.<sup>37</sup>

Sin embargo, esta dicotomía entre libertad y control está lejos de reflejar lo que sucede en el mundo actual, o lo que debemos esperar del Estado Regulador. No solo porque la globalización ha llevado ciertas reglas del juego a lugares en las cuales no estaban contempladas o no hay una exigencia para cumplirlas, sino porque la sociedad cambia y evoluciona más rápido de lo que lo hace el Estado, estableciendo reglas del juego –limitaciones, control– que el Estado no

33 Selznick, Philip, “Focusing Organizational Research on Regulation”, en *Regulatory Policy and the Social Sciences*, (University of California Press) 1985, p.363.

34 Solo basta ver la Hoja de Ruta 2050, Hacia una Energía Sustentable e Inclusiva para Chile, del Comité Consultivo de Energía 2050, ob.cit.

35 Traducción libre, original “ [...] sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by a community” Selznick, ob. cit, p.363.

36 Ver OCDE, *Regulatory Policy in Chile: Government Capacity to Ensure High-Quality Regulation*, OECD Reviews of Regulatory Reform, (OECD Publishing) 2016, p.138.

37 Traducción libre, original “ [t]he conventional view of regulation emphasizes two opposing conditions: freedom and control” Coglianese, Cary y Mendelson, Evan, “Meta-Regulation and Self-Regulation”, en *the Oxford Handbook of Regulation*, (Oxford University Press), 2012, p.146.

podría crear y/o aplicar. Además, la dicotomía no responde a aquellas situaciones en que la regulación, más que una carga,<sup>38</sup> puede generar incentivos para cumplir con ciertas políticas públicas –como por ejemplo, incentivos a utilizar el transporte público– y tampoco responde a aquellas situaciones en que nace para hacer frente a fallas de mercado,<sup>39</sup> como sucede en el caso de desequilibrios de información, o en el más clásico de todos, en el monopolio.

Quedarnos en dicha dicotomía omite que la regulación ha sufrido un cambio, una evolución que ha llevado a desdibujar los límites mismos de lo que entendemos o deberíamos entender por reglas del juego en un Estado Regulador. Es entonces esta visión constreñida, la que pareciera debiéramos cambiar por una descentralizada. De acuerdo a Black, debemos dejar de lado aquella que considera una relación jerárquica entre el Estado y sociedad, y deberíamos movernos hacia aquella que considera una relación horizontal, en la cual sociedad y Estado establecen las reglas del juego de manera cooperativa. Es decir, es preciso salir de la noción del Estado como dueño, creador y ejecutor de las reglas y mirar hacia nuevas estructuras dentro de la sociedad, que responden a (i) nuevas relaciones –o sistemas- complejas dentro de la sociedad y los problemas que de ellas nacen; (ii) a una nueva construcción del conocimiento, de cómo este se difunde (solo hay que pensar en toda la información que se encuentra en internet), y (iii) al hecho de que el Estado dejó de tener el monopolio del poder y control.<sup>40</sup>

Salir de este contenido tradicional también puede ayudar a hacer frente a la crisis de legitimidad que vive el Estado en cuanto a su rol de regulador. La sociedad ya no acepta como legítimas *per se* aquellas decisiones tomadas por los reguladores estatales –recordemos el caso Barrancones–<sup>41</sup> y, por lo tanto, las reglas del juego también se pueden volver menos legítimas. Más aún, sobrepasar la mirada convencional puede ayudar a hacer frente a las críticas por los altos costos y la ineficiencia a la cual puede llegar la regulación tradicional de dirección y control.<sup>42</sup>

38 Lodge, Martin y Wegrich, Kai, *Managing Regulation, Regulatory Analysis, Politics and Policy*, (Palgrave Macmillan) 2012, p. 12.

39 Coglianesi y Mendelson, ob. cit, p.146.

40 Black, ob. cit., pp.107 y 108.

41 El caso Barrancones hace referencia a una campaña en contra de la construcción de una central que fue aprobada por la autoridad ambiental. Sin embargo, y en vista de la oposición social, el gobierno pidió relocalizar la central.

42 Sinclair, Darren, Self-Regulation Versus Command and Control? Beyond False Dichotomies, *Law and Policy*, (Blackwell Publishers), Vol.19, N°4,1997, p. 530.

Esta mirada descentralizada de la regulación, nos hace admitir alternativas a la noción tradicional de Selznick, encontrándonos con casos en que la misma industria se regula (auto-regulación) y otros en que la industria y el Estado regulan de manera conjunta (co-regulación) y que no dejan de ser estrategias válidas para establecer reglas del juego por nacer fuera del ámbito exclusivo del Estado.<sup>43</sup> Más aún, no solo son válidas, sino que presentan características que las hacen elegibles en determinadas industrias. Esto no significa en modo alguno que la regulación estatal haya muerto, porque sigue siendo necesaria, por ejemplo, cuando no existe coincidencia alguna entre privados y Estado.<sup>44</sup> Sin embargo actualmente existen alternativas que pueden reconfigurar el Estado Regulador a través de la cooperación y pueden superar las limitaciones propias de la regulación estatal.

### 3.2. Alternativas a la regulación estatal: co-regulación y auto-regulación

La auto-regulación y la co-regulación pueden ser entendidas como parte del continuo que va entre la no regulación y la regulación.<sup>45</sup> Y como tal, sus definiciones y significado pueden ser imprecisos.<sup>46</sup> La auto-regulación (en sentido estricto) supone que las reglas del juego son creadas e implementadas por el mismo órgano al cual se aplican<sup>47</sup> y la co-regulación supone una cooperación entre el Estado y los regulados para la creación y/o implementación de las reglas del juego.<sup>48</sup> Pero ¿por qué elegir alternativas a la regulación tradicional? La respuesta está justificada en que esos nuevos instrumentos descentralizados pueden:

- Ser más eficientes, dinámicos y flexibles,<sup>49</sup> porque requieren menos intervención estatal y tienen más sensibilidad a lo que está sucediendo en los mercados;<sup>50</sup>

43 Ver en este sentido Coglianesi y Mendelson, ob. cit., pp.151- 153.

44 Gobierno Australiano, *Smarter Policy: choosing policy instruments and working with others to influence behaviour*, 2009. Disponible en: [http://www.apsc.gov.au/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0015/7440/smarterpolicy.pdf](http://www.apsc.gov.au/__data/assets/pdf_file/0015/7440/smarterpolicy.pdf), p.6.

45 Bartle, Ian y Vass, Peter, *Self -Regulation and the Regulatory State, a survey of Policy and Practice*, 2005. Disponible en: [http://www.bath.ac.uk/management/cri/pubpdf/Research\\_Reports/17\\_Bartle\\_Vass.pdf](http://www.bath.ac.uk/management/cri/pubpdf/Research_Reports/17_Bartle_Vass.pdf), pp.19 y ss.

46 Coglianesi y Mendelson, ob. cit., p. 148.

47 Un ejemplo de la auto-regulación tiene que ver con las asociaciones profesionales, por ejemplo, el Colegio de Abogados.

48 Bartle y Vass, ob. cit., p. 19.

49 Sinclair, ob. cit, p. 539.

50 Gobierno Australiano, ob. cit, p.7.

- requerir menos recursos estatales: se traspasa la carga en relación a los recursos a los propios regulados;<sup>51</sup>

- recoger el conocimiento técnico que puede estar en los regulados: encontrándonos dentro de una sociedad con conocimiento disperso, y necesitando regulaciones específicas, la propia industria puede ayudar a entregar respuestas técnicas, y pueden reducir las asimetrías de información que existen en procesos industriales complejos;<sup>52</sup>

- permitir un mejor cumplimiento de la norma (en cuanto a que el conocimiento de la norma y de su fundamento y el entendimiento de las razones de su existencia permite mejorar su cumplimiento);<sup>53</sup>

- mejorar la percepción del público sobre las decisiones regulatorias<sup>54</sup> y, en general,

- mejorar las respuestas de la industria a exigencias gubernamentales.<sup>55</sup>

Ninguna de estas alternativas a la regulación tradicional trae de la mano soluciones perfectas a las necesidades regulatorias de la sociedad. De hecho existen riesgos asociados a ellas, como puede ser la captura de la regulación por ciertas industrias (especialmente cuando hay asimetrías de información), problemas de competencia, de intereses sociales versus intereses de la industria, de tiempo. Sin embargo, en mercados de evolución rápida y en los cuales una parte importante del nuevo conocimiento se encuentra en la industria, darle cabida a este tipo de instrumentos puede ayudar a diseñar una mejor regulación y que esta cumpla con las expectativas de la sociedad.

## **4. Haciendo frente a las barreras de entrada por medios regulatorios no convencionales**

### **4.1. Las licitaciones de distribuidoras: acceso a precio estable (*nuevas reglas del juego a través de bases de licitación*)**

Desde el inicio de las licitaciones de suministro de distribuidoras, en el año 2006, la premisa de adjudicación suponía que la energía contratada debía

51 Ver OCDE, Regulatory Alternatives, OECD Reviews of Regulatory Reform: Regulatory policies in OECD Countries, 2002, disponible en <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35260489.pdf>, pp.137 y ss.

52 Black, ob. cit. y Sinclair, ob. cit., p. 545.

53 OCDE, ob. cit., p. 137.

54 Id.

55 Id.

entregarse durante todas las horas del día (es decir 24 horas de cada día de los siete días a la semana durante la vigencia del contrato). El problema, tal como se señaló anteriormente, es que las dos principales fuentes de energías renovables no convencionales en funcionamiento en el país (sol y viento) son de naturaleza intermitente.

Las empresas distribuidoras en conjunto con la CNE dieron la opción a energías renovables no convencionales de optar al mercado de contratos, es decir, salir de la inestabilidad del precio spot y entrar a un precio estable a través de una licitación de suministro para clientes regulados. Esto significaba que las ERNC tendrían acceso a precios estables fuera del mercado spot, lo cual les permitiría acceder a financiamiento y tener una fuente de ingresos estables.<sup>56</sup> Las bases de licitación por primera vez incluían bloques horarios que reconocían la intermitencia de las ERNC. En efecto, de los cuatro bloques horarios, dos fueron separados en tres sub-bloques, que incorporaban bloques en los cuales, en general, las centrales solares y eólicas podían adaptarse mejor a su producción:

Tabla 1.

Bloque	Horario	Período a suministrar	Energía a suministrar
1-A	00:00-07:59 horas y 23:00-23:59 horas	01.01.2016-31.12.2030	250 GWh
1-B	08:00 -17:59 horas	01.01.2016-31.12.2030	500 GWh
1-C	18:00 - 22:59 horas	01.01.2016-31.12.2030	250 GWh
2-A	00:00-07:59 horas y 23:00-23:59 horas	01.01.2017-31.12.2030	250 GWh
2-B	08:00 -17:59 horas	01.01.2017-31.12.2030	500 GWh
2-C	18:00 - 22:59 horas	01.01.2017-31.12.2030	250 GWh

Fuente: Elaboración propia en base a la información en las bases de licitación, disponibles en <http://www.cdec-sic.cl/wp-content/uploads/2014/10/RE-2014-432-Aprueba-Bases-Licitación-SIC-2013-03-2do-Llamado.pdf>.

<sup>56</sup> Tal como señaló el Director Ejecutivo de las Asociación Chilena de Energías Renovables (ACERA), Carlos Finat: “El segmento de distribución, desde la perspectiva de las ERNC, es un sector muy atractivo, principalmente por ofrecer contratos de largo plazo y por la buena calificación de riesgo de las distribuidoras como clientes”. Disponible en: <http://www.revistaei.cl/wp-content/uploads/sites/5/2016/04/ELEC-193.pdf>.

A diferencia de lo que sucedió con el acceso a precio estable establecido en la ley Corta II,<sup>57</sup> en la cual también se buscaba asegurar la inversión en materia de generación,<sup>58</sup> en el caso de las ERNC un objetivo parecido se consiguió a través de un instrumento descentralizado de regulación: la modificación no se hizo en el reglamento de licitaciones, ni en una ley de incentivo, sino a través de un instrumento de cooperación público privada, como eran las bases de licitación de las distribuidoras.<sup>59</sup> Estas nuevas reglas del juego se tradujeron en contratos que introdujeron certeza respecto de las posibilidades de ingresos de las ERNC. Esto entregó estabilidad a inversiones de largo plazo, fuertes en inversión, como son en general aquellas de industrias en red.

Un sistema similar de bloques horarios se utilizó en la licitación del año 2015, en la cual, por una modificación normativa, la CNE pasó a ser la responsable de las licitaciones de distribuidoras. Lo interesante es que una regla del juego nacida en un espacio de co-regulación, fue nuevamente utilizada por un agente regulador tradicional.

#### **4.2. Coordinación desde la industria: Guías técnicas, soluciones conjuntas de conexión y automatismos en el norte chico (*nuevas reglas del juego a través de guías y contratos*)**

##### **(i) Informe de Puntos de Conexión y Guías Técnicas**

Una de las barreras antes señaladas se refiere al problema de transmisión, el cual se ha vuelto particularmente crítico en el último tiempo. Por otro lado, en el año 2014 las conexiones al sistema troncal sufrieron dos importantes modificaciones, ya que para acceder a ese sistema: (i) las conexiones tendrían que realizarse en la mayoría de los casos a través de subestaciones, y (ii) dichas conexiones solo podrían hacerse en los puntos óptimos de conexión.<sup>60</sup> Sin embargo, la norma técnica solo entregó los principios a partir de los

<sup>57</sup> Uno de los grandes problemas que existían era la necesidad de inversión en materia de generación.

<sup>58</sup> Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N°20.018 que modifica el marco normativo del sector eléctrico, p.6. Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/lista-de-resultado-de-busqueda/20018/>, 20 de abril de 2016.

<sup>59</sup> Antes de la Ley N°20.805 que modificó la forma de realizar licitaciones de suministro de distribuidoras, eran estas las encargadas de realizar la licitación, de acuerdo a los incisos segundo y siguientes del artículo 131 de la Ley General de Servicios Eléctricos, los cuales fueron eliminados por la Ley N°20.805. Las bases eran elaboradas por las distribuidoras y debían ser aprobadas por la CNE.

<sup>60</sup> Ver artículos 2-7 e), 3-24 y 10-18 de la Norma Técnica de Calidad y Seguridad de Servicio. Disponible en: <http://www.cne.cl/normativas/electrica/normas-tecnicas/>.

cuales deberían identificarse –y entregarse– los puntos óptimos de conexión: eficiencia técnica y económica.

Esto significó que los CDEC debían definir ubicaciones específicas para la conexión de transmisión, mediante criterios que a su vez establecerían nuevas reglas de juego, es decir estaba dotando de contenido a esos principios. En particular, el CDEC SIC emitió un informe de sectores óptimos de conexión y creó guías que le entregaron certeza a los nuevos desarrolladores respecto de los requerimientos para conectarse a la línea. Definió nuevas reglas del juego a conexiones al sistema troncal, que permitieron conocer aquellos sectores del sistema de transmisión en los cuales es óptimo conectarse, de tal forma que los desarrolladores de proyectos conozcan con antelación cuáles son los lugares en los que se pueden conectar y además poder preparar técnicamente sus propuestas de conexión. Con este tipo de certezas se consigue maximizar la integración, y los desarrolladores tienen la posibilidad de analizar *ex ante* los problemas.

### **(ii) Contratos como respuesta a la necesidad de coordinación entre fuentes convencionales y no convencionales**

La exigencia de inversiones en equipos especializados para disminuir las restricciones a las inyecciones de fuentes no convencionales<sup>61</sup> parecía ser un problema sin resolver en cuanto había que determinar quién pagaba, cuánto se pagaba y cómo se pagaba, ya que no habían sido considerados como un servicio complementario en el reglamento específico (que habría permitido contestar estas preguntas porque una regulación tradicional así lo habría establecido). Sin embargo, y ante la necesidad de aumentar las transferencias de energía desde la zona norte del SIC, se coordinó la celebración de un contrato entre una empresa con fuente de energía convencional y veinte empresas con fuente no convencional,<sup>62</sup> que permitió responder estas preguntas, estableciendo entre ciertos regulados nuevas reglas del juego de transferencias y permitió optimizar la operación y cumplir con el fin de política pública: mayor inserción de ERNC.

---

61 Rudnick, ob. cit, p.19.

62 Ver *Revista Electricidad*, Eléctricas del SIC Norte firman acuerdo para mejorar transmisión, 11 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.revistaei.cl/2016/02/11/electricas-del-sic-norte-firman-acuerdo-para-mejorar-transmision/>.



### 4.3. Acceso abierto a través de dictámenes del Panel de Expertos y de Guías Técnicas (*nuevas reglas del juego a través de dictámenes y guías*)

Si bien las líneas de transmisión troncal y de subtransmisión se rigen por una regla de acceso abierto total, las líneas que corresponden a sistemas adicionales son de acceso abierto solo en caso que concurren las siguientes condiciones de manera copulativa: que usen servidumbres eléctricas o utilicen en su trazado bienes nacionales de uso público y que tengan capacidad técnica disponible para nuevas conexiones. Si bien la Superintendencia de Electricidad y Combustibles zanjó en el 2015 lo que entendía por *usar un bien nacional de acceso público*, hay ciertas cuestiones del principio de acceso abierto esenciales para las ERNC que quedaron sin resolver y que han sido solucionadas por el Panel de Expertos o a través de guías técnicas.

#### **(i) Panel de Expertos: los dictámenes de la central Conejo y de la central Chaka**

El Panel de Expertos ha resuelto dos conflictos relevantes en materia de acceso abierto. Si bien podría discutirse si los dictámenes tienen la naturaleza de regulación estatal, el modo de establecer reglas difiere de dicha regulación, puesto que (i) debe elegir entre las soluciones propuestas por las partes que llevaron su conflicto ante el Panel y (ii) a pesar de que es una resolución de conflictos (y que por regla general su efecto sería entre aquellos que concurren al Panel), sus efectos pueden alcanzar a todo el mercado eléctrico.

- Central Solar Conejo:<sup>63</sup> El 30 de septiembre de 2013 Pattern Chile Development Holding S. presentó una discrepancia en contra del CDEC SIC por la capacidad técnica de la línea de transmisión adicional de la línea Papos-Diego de Almagro 2 x 220 KV, argumentando que la determinación de la capacidad técnica había infringido la normativa vigente. El CDEC SIC había establecido que la capacidad técnica era nula (sin perjuicio de la posibilidad de aumentar por automatismos), lo cual significaba que no se cumplía con uno de los requisitos para dar acceso abierto, conclusión con la que el Panel de Expertos estuvo de acuerdo. Sin perjuicio de lo anterior, el Panel estableció que siempre que fuera operacionalmente factible y que los estudios lo permitieran, los automatismos podrían aumentar la capacidad de la línea. El Panel

<sup>63</sup> Panel de Expertos, Dictamen 20-2013, Discrepancia de Pattern Chile Development Holding SpA en contra de la Dirección de Peajes del CDEC-SIC, en relación con el régimen de acceso abierto en sistemas de transmisión adicional. Disponible en: <http://www.panelexpertos.cl/sitio/discrepanciastramitadas.php?year=2013>.

de Expertos estableció una nueva regla del juego: la capacidad técnica de una línea puede aumentar por automatismos.

- Central Solar Chaka:<sup>64</sup> Por su lado, la empresa Central Solar Desierto I SpA, presentó una discrepancia en contra de la Minera Franke, por “la negativa injustificada de llegar a acuerdo” en relación al acceso a su línea. Básicamente Solar Desierto alegaba que Minera Franke no solo se estaba negando a negociar las condiciones de acceso, sino que estaba realizando una reserva de derecho de capacidad de transmisión a favor de otra empresa cuyos proyectos aparecieron con posterioridad a la solicitud de Solar Desierto, con lo cual la capacidad técnica de la línea bajaría a cero, quedando fuera la Central Solar Chaka. En su dictamen el Panel estableció que “[l]a determinación de la capacidad disponible de un sistema adicional considerando a tal efecto el uso previsible que hará una planta declarada en construcción, no implica otorgamiento de titularidad al propietario de dicha planta [...pero] conlleva como resultado al establecimiento de una prelación para el acceso abierto a favor del propietario del proyecto declarado en construcción, que le otorga preferencia ante otros terceros interesados”.<sup>65</sup> Nueva regla del juego: el orden de llegada de proyectos declarados en construcción entrega prioridad para acceder a una línea de transmisión.

### **(ii) La conexión al sistema troncal tiene que considerar espacios para nuevos proyectos: guía de diseño de subestaciones<sup>66</sup>**

Si bien la norma técnica de la CNE introdujo ciertas certezas al ordenamiento territorial a través del establecimiento de la obligación de establecer puntos óptimos de conexión, también podría generar bloqueos a nuevos entrantes, puesto que las subestaciones serían construidas por aquel entrante que se adjudicó el punto de conexión y construyó la subestación.<sup>67</sup> Por ello, el CDEC SIC creó la guía de diseño de subestaciones, la cual establece los criterios con los que tienen que contar las nuevas subestaciones, realizando un trabajo cooperativo entre los nuevos entrantes y el CDEC y dejando las puertas abiertas para otras ERNC, ya que “[l]a superficie del terreno donde

<sup>64</sup> Panel de Expertos, Dictamen 4-2015, Discrepancia de Central Solar Desierto I contra Sociedad Contractual Minera Franke respecto de acceso abierto a instalaciones de transmisión adicional. Disponible en: <http://www.panelexpertos.cl/sitio/discrepanciastramitadas.php?year=2015>.

<sup>65</sup> Dictamen 4-2015, p. 32.

<sup>66</sup> Guía disponible en <http://www.cdec-sic.cl/informes-y-documentos/proyectos-y-conexiones/>.

<sup>67</sup> Silva y Villena, ob. Cit., p. 16.

se emplazará la nueva subestación debe permitir el crecimiento futuro de las nuevas instalaciones”.<sup>68</sup> Nueva regla del juego: el acceso abierto significa que ciertas subestaciones tienen que contemplar espacios para otros proyectos.

## 5. Conclusiones

Los mercados pueden avanzar, evolucionar y cambiar más rápido que la respuesta regulatoria del Estado. Si bien el Estado es un actor muy relevante dentro del espacio regulatorio, no es menos cierto que hoy es necesaria una cooperación entre Estado y sociedad que permita regulaciones eficientes, técnicas, dinámicas y efectivas. La regulación descentralizada no es la solución a nuestros problemas regulatorios, pero sí hay ocasiones, como las que se revisaron en este artículo, en que agentes no estatales pueden tener –y es deseable que tengan– un rol regulatorio. El que se permita que exista una cooperación en la creación y la implementación de las reglas del juego puede ayudar a la legitimidad de las soluciones regulatorias y a repartir la carga. Lo anterior no significa que toda decisión regulatoria pueda o deba pasar por agentes no estatales ya que, cuando los intereses públicos difieren de los intereses de estos agentes no estatales, parece razonable reservar la potestad regulatoria al Estado.

La regulación descentralizada es una alternativa de estrategia regulatoria. Los *otros* creadores de reglas del juego son tan necesarios como el Estado. Pueden internalizar y legitimar regulaciones complejas, y permitir una implementación y ejecución menos impuesta y más propuesta. La pregunta es entonces: ¿cómo el Estado Regulador debería evolucionar en relación a estas instancias de cooperación?

---

68 CDEC SIC, Guía de Criterios de Acceso Abierto para las Nuevas Subestaciones Eléctricas Que Seccionan el Sistema de Transmisión Troncal. Disponible en: <http://www.cdec-sic.cl/informes-y-documentos/proyectos-y-conexiones/>, p.3.

# DETERMINACIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS: DISUASIÓN ÓPTIMA Y CONFINAMIENTO DE LA DISCRECIONALIDAD DEL REGULADOR AMBIENTAL

*Pablo Soto Delgado*<sup>1</sup>

## Resumen

El artículo analiza las “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales”, aprobadas por la Superintendencia del Medio Ambiente a través de la Resolución Exenta N° 1.002, de 29 de octubre de 2015. En razón de la Ley N° 20.417, esa agencia se encuentra dotada de una amplia discrecionalidad para cuantificar las multas que han de imponerse a quienes infringen la regulación ambiental. Con la incorporación del nuevo instrumento, se ha confinado la determinación de la sanción a una función matemática que amenaza con transformar la imposición de medidas pecuniarias en una tarifa. La Superintendencia del Medio Ambiente atribuye una finalidad disuasiva a la sanción administrativa, basándose en la teoría de las sanciones óptimas, alejándose correctamente –aunque no sin ambigüedades– de la idea de *ius puniendi* para definir las. El texto revisa críticamente algunos aspectos del modelo adoptado por el regulador, sugiriendo una estrategia de cumplimiento responsiva.

## 1. Introducción

Como es usual en la configuración institucional de los órganos reguladores de actividades económicas o de interés común, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, SMA) es una agencia que se encuentra dotada, de

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Correo electrónico: pablo.soto@mail.udp.cl. El autor agradece a las ayudantes de investigación del Núcleo de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (NDA-UDP) Carolina Durán Nicomán y Javiera Matus León, quienes participaron en la preparación de este texto.

acuerdo a su Ley Orgánica (Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental, y la Superintendencia de Medioambiente, en adelante, LOSMA), de una potestad administrativa sancionatoria cuyo ejercicio corresponde al Superintendente de Medio Ambiente.

Una de las operaciones que la aplicación de sanciones administrativas requiere es la determinación o cuantificación del monto preciso cuyo pago se impone al infractor como consecuencia de haber incumplido la regulación. La LOSMA solo contempla, al efecto, en su artículo 40, un conjunto de circunstancias relativas a las características o consecuencias del hecho que da lugar a la infracción, o bien, asociadas a la conducta del infractor, sin definir cada uno de esos elementos, ni ordenar de qué modo deben ser evaluados por la SMA. Esto significa que al regulador ambiental el legislador le ha garantizado amplia discrecionalidad para la cuantificación de la sanción pecuniaria, lo cual le permite, como se explicará luego, interpretar y definir las circunstancias para determinar la sanción específica, así como optar –dentro de los límites legales– entre aplicar multas y sanciones no pecuniarias, y recorrer desde la base hasta el tope de la multa por cada tipo de infracción calificada según su gravedad.

En este contexto discrecional, la SMA decidió confiar la cuantificación de la sanción administrativa a un modelo que, a través del uso de funciones matemáticas, le permite obtener un resultado numérico. Ese esquema metodológico fue adoptado mediante la Resolución Exenta N° 1.002 de 29 de octubre 2015,<sup>2</sup> que aprobó las “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales” (en adelante, BMDSA). Como su título lo indica, dicho documento propone un método para precisar cuál será el monto de la multa que corresponde aplicar a un infractor, desde una perspectiva disuasiva basada en la idea de sanciones óptimas. Las BMDSA se refieren, también, a la procedencia de emplear alguna de las medidas que no tienen carácter pecuniario, dispuestas en la LOSMA.

Es difícil exagerar la relevancia de la introducción de las BMDSA, tomando en cuenta, por ejemplo, la gran cantidad de resoluciones de calificación ambiental,<sup>3</sup> cuyas condiciones, exigencias o medidas pueden ser incumplidas,

2 Resolución Exenta N° 1.002 que aprueba las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, Superintendencia del Medio Ambiente, 29 de octubre de 2015, publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de noviembre de 2015.

3 A la fecha de la consulta (junio de 2016), el Registro Público de Resoluciones de Calificación Ambiental arroja un total de 15.593 de estos instrumentos. Disponible en: <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Instrumento>.

quedando las infracciones –de detectarse– en condición de ser cuantificadas según el nuevo modelo de la SMA. Para tener una referencia de magnitud económica, conforme a la información públicamente disponible, entre el año 2013<sup>4</sup> y el 2015, las multas impuestas por la SMA ascienden a 55.323 UTA, esto es, \$29.844.545.580. Lo anterior, considerando la iniciación de 326 procedimientos sancionatorios, 141 de los cuales se encuentran concluidos.<sup>5</sup>

El interés público envuelto en la protección del medio ambiente exige ocuparse de los instrumentos de la Administración del Estado que se refieren a la eficacia de la regulación ambiental. De ahí que este texto intente analizar algunos aspectos en torno al nuevo esquema metodológico, especialmente en lo concerniente a la disuasión y optimización de las sanciones, así como sus puntos críticos, entendiendo que las BMDSA son una manera de confinar la discrecionalidad de la SMA, cuyo alcance es necesario explicar en lo que respecta a las sanciones administrativas en materia ambiental. El trabajo sostiene que una estrategia sancionatoria disuasiva, como la que afirma haber adoptado la SMA, reduce la posibilidad de conducirse de acuerdo a una perspectiva responsiva, que permite adaptarse a las motivaciones que el regulado tiene para cumplir o no con la regulación.

El artículo se estructura de la siguiente manera: en la primera parte, reconstruye la discrecionalidad de la SMA en el ámbito de las sanciones administrativas de su competencia (1). La segunda parte detalla el contenido de las BMDSA (2). Quien esté familiarizado con ese documento, puede omitir la lectura de esta sección. Finalmente, se analiza el confinamiento de la discrecionalidad de la SMA y la perspectiva funcional asumida por las BMDSA respecto a la sanción administrativa, alejándola del *ius puniendi* unitario y la terminología penal. Aquí se revisa, también, la finalidad específicamente disuasiva que las BMDSA establecen para las sanciones, cuya cuantificación, según la SMA, debe ser socialmente optimizada, y se sugiere la adopción de una estrategia regulatoria responsiva (3).

4 Debe recordarse que la fecha de entrada en vigencia de las potestades de fiscalización y sanción de la SMA inician el 28 de diciembre de 2012, momento en que comenzó su funcionamiento el 2° Tribunal Ambiental.

5 Información producida por la SMA. Disponible en: <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Estadisticas>. El desglose de estas cifras –que tienden al incremento– es el siguiente:

Año	2013	2014	2015	Total
Casos iniciados	71	111	144	326
Casos terminados	16	56	69	141
Multas (UTA)	1.962	17.847	35.514	55.323

## 2. La discrecionalidad de la SMA para optar entre sanciones y cuantificarlas

### 2.1. Operaciones para determinar responsabilidad administrativa sancionatoria

De acuerdo al artículo 35 de la LOSMA, el legislador ha conferido a la SMA el monopolio sancionatorio respecto a las infracciones administrativas de su competencia. Con claridad, esa disposición establece que “[c]orresponderá *exclusivamente* a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones [...]”.<sup>6</sup>

La actualización del poder para sancionar a un regulado se efectúa en varios pasos, que se llevan a cabo en el contexto de un procedimiento administrativo que culmina –de ameritarlo– con un acto administrativo sancionatorio en el cual se declara la responsabilidad del infractor,<sup>7</sup> cuya dictación exige realizar previamente las siguientes operaciones:<sup>8</sup>

- i) recopilar información acerca de un posible incumplimiento;
- ii) identificar la disposición infraccional aplicable al caso;
- iii) subsumir los hechos constatados en la investigación en la infracción;
- iv) encasillar esa infracción en la clasificación que el legislador ha dispuesto en relación con su gravedad (gravísimas, graves y leves);
- v) tomar en consideración ciertas circunstancias relativas a las consecuencias del hecho o al infractor; y
- vi) determinar la específica sanción que corresponda aplicar al infractor conforme a rangos mínimos y máximos.

En torno a los dos últimos puntos del listado, la SMA se encuentra dotada, con arreglo a la ley, de ámbitos en los que esa agencia puede actuar de modo

6 La Contraloría General de la República ha resuelto problemas de competencia entre la Superintendencia de Servicios Sanitarios y la Superintendencia de Medio Ambiente, señalando al efecto “que corresponde a la autoridad de salud fiscalizar el funcionamiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado en el ámbito rural. No obstante, compete a la Superintendencia del Medio Ambiente sancionar el incumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental que rijan dicha actividad”. Véanse los dictámenes N° 16.157 del 4 de marzo de 2014 y N° 35.736 del 16 de mayo de 2016.

7 Párrafo 3° del Título III de la LOSMA.

8 Para aproximarse a este asunto, la literatura ha empleado las denominaciones: “regla de subsunción de la infracción” y “regla de ponderación de la sanción”. Véase: Bermúdez, Jorge, “Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental”, en Arancibia, Jaime y Alarcón, Pablo (coord.), *Sanciones administrativas*, (Legal Publishing) 2014, pp. 614-616.

discrecional. Ahora bien, la determinación específica de la sanción presupone haberse ocupado del *propósito* de la sanción administrativa, así como del establecimiento de una política general de aplicación de esa clase de medidas. Para todo esto, dispone la SMA de espacios de habilitación discrecional. Es lo que se revisa en los apartados siguientes.

## 2.2. Discrecionalidad de opción entre los tipos de sanciones

El análisis de lo dispuesto por el artículo 39 de la LOSMA permite entender la existencia de una autorización legislativa para que la SMA opte por el tipo de sanción que impondrá. Establece esa norma:

Artículo 39.- La sanción que corresponda aplicar a cada infracción se determinará, según su gravedad, dentro de los siguientes rangos:

- a) Las infracciones gravísimas *podrán* ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de *hasta* diez mil unidades tributarias anuales.
- b) Las infracciones graves *podrán* ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de *hasta* cinco mil unidades tributarias anuales.
- c) Las infracciones leves *podrán* ser objeto de amonestación por escrito o multa de una *hasta* mil unidades tributarias anuales.<sup>9</sup>

Una lectura dogmática –esto es, apegada al derecho vigente– de la regla transcrita permite entender que el legislador ha puesto a disposición de la SMA distintas vías de actuación en el ejercicio de su potestad administrativa sancionatoria; la utilización de las expresiones “podrán”,<sup>10</sup> “o” y “hasta” dan cuenta inequívoca de que, una vez que ese órgano ha subsumido los hechos investigados en alguna de las categorías de gravedad que la ley establece (leves, graves o gravísimas) para las infracciones, se generan varios espacios decisorios entregados a la Administración.

9 El original sin cursivas.

10 Expresión que ya venía utilizada por la LOSMA en su artículo 38 al estatuir las sanciones que podría aplicar la SMA frente a las infracciones de su competencia:  
“Artículo 38.- Las infracciones cuyo conocimiento compete a la Superintendencia, *podrán* ser objeto de las siguientes sanciones:  
a) Amonestación por escrito.  
b) Multa de una a diez mil unidades tributarias anuales.  
c) Clausura temporal o definitiva.  
d) Revocación de la Resolución de Calificación Ambiental.”



En efecto, como primera cuestión, las medidas que el regulador puede aplicar por cada rango pueden ser de carácter no pecuniario y pecuniario. Entre ambos tipos de sanciones puede optar la SMA. En segundo lugar, respecto a las medidas pecuniarias, aquella está en condiciones de recorrer desde el mínimo hasta el tope establecido en los literales a), b) y c) del artículo 39. Pero hay más. Porque, en tercer término, en lo concerniente a medidas no pecuniarias, el regulador se halla habilitado para optar, tratándose de infracciones graves y gravísimas, entre clausura y revocación<sup>11</sup> de la resolución de calificación ambiental.

### 2.3. Discrecionalidad para analizar las circunstancias de determinación específica de la sanción

Siendo clara la discrecionalidad de la SMA para optar por el tipo de sanciones a aplicar, el legislador ha establecido que el regulador *se encuentra obligado* a tomar en cuenta las circunstancias para la determinación específica de aquellas. Así lo establece el artículo 40 de la LOSMA:

Artículo 40.- Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, *se considerarán* las siguientes circunstancias:

- a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.
- b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.
- c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.
- d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.
- e) La conducta anterior del infractor.
- f) La capacidad económica del infractor.
- g) El cumplimiento del programa [de cumplimiento de la normativa ambiental] señalado en la letra r) del artículo 3°.
- h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.
- i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Conforme al artículo 57 de la LOSMA, las sanciones de clausura y revocación de la Resolución de Calificación Ambiental requieren consulta previa al Tribunal Ambiental.

<sup>12</sup> El original sin cursivas.

Lo que la LOSMA no señala, sin embargo, es de qué manera “se considerarán” estas circunstancias para la determinación específica de la sanción. Es decir, prescribe un deber para la SMA, pero no se establece cuál será la manera en que el órgano habrá de analizar las circunstancias al sancionar a un regulado. Esto es especialmente relevante, puesto que, para unos mismos hechos subsumidos en una hipótesis infraccional, es posible que todas las circunstancias deban ser tomadas en cuenta, y sin criterios de ordenación el examen puede tornarse problemático. También es factible que, en un mismo procedimiento administrativo sancionatorio se constaten varias infracciones, respecto a cada una de las cuales el regulador habrá de dar aplicación a las circunstancias para la determinación específica de las correspondientes sanciones.

La falta de una orientación por parte del legislador para aplicar las circunstancias implica un supuesto de habilitación discrecional hacia la Administración, permitiéndole a esta que decida el método para implementar su potestad. Lo es, asimismo, la indeterminación del lenguaje utilizado por la LOSMA en la disposición *en comento*. Por ejemplo: ¿cómo debe entenderse el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción o su capacidad económica? Es la SMA aquella que, teniendo competencia sobre el asunto, está en condiciones de definirlo. Finalmente, el literal i) del artículo 40 dispone que entre las circunstancias que deben considerarse se halla “todo otro criterio” considerado relevante de manera fundada por el regulador medio ambiental. Es este, también, un caso pacífico de discrecionalidad.<sup>13</sup>

Como ocurre con la necesidad de un método para analizar las circunstancias y la interpretación del significado de los términos utilizados por el legislador, no queda otra opción que asumir la discrecionalidad, de lo contrario, las reglas no pueden hacerse operativas.<sup>14</sup> En lo que se refiere al literal i) del artículo 40, explícitamente la ley ha otorgado esos espacios decisorios a la SMA.

#### **2.4. Discrecionalidad para determinar la finalidad de la sanción administrativa y la política general para su aplicación**

Como se señaló, conforme al artículo 35 de la LOSMA la SMA detenta el monopolio de la sanción administrativa en materia ambiental, ejercicio que, en cada caso, es concretado por el Superintendente del Medio Ambiente. El legislador,

---

<sup>13</sup> Bermúdez, Jorge, ob. cit., p. 623.

<sup>14</sup> Como lo indica Hawkins, Keith, “The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science”, en Hawkins, Keith, *The Uses of Discretion*, (Oxford University Press) 2001, p. 11: “La discrecionalidad puede estar formalmente establecida, o puede suponerse”.

sin embargo, no ha definido cuál será el propósito específico de la sanción en el esquema regulatorio ambiental. Esto significa, nuevamente, un supuesto de potestad discrecional cuyo esclarecimiento queda entregado a la Administración. Al respecto, es necesario señalar que existen varias posibilidades para esa fijación, puesto que, en teoría, la sanción administrativa puede servir para varios propósitos, entre los que se incluyen la *disuasión* y *retribución*.<sup>15</sup> Como se verá, las BMDSA afirman adoptar un enfoque específicamente disuasivo y, conforme a ello, formulan una política general de cuantificación de sanciones, para lo cual la SMA también se encuentra facultada –con arreglo a lo dispuesto por el artículo 3° literal s) de la LOSMA– para dictar normas e instrucciones de carácter general en el ejercicio de las atribuciones que le confiere esa ley.<sup>16</sup>

### 3. Fundamentos y contenido de las BMDSA<sup>17</sup>

#### 3.1. Sanciones óptimas y directrices internacionales

Las bases metodológicas se fundamentan principalmente en elementos de la teoría de las sanciones óptimas. Afirma la SMA que en la literatura que se ha ocupado de esta materia, desde el punto de vista de la eficacia de una política sancionatoria, deben considerarse complementariamente dos enfoques:<sup>18</sup>

- i) teórico compensatorio: la sanción óptima permite compensar el costo social de la infracción; y
- ii) teórico disuasivo: la sanción óptima permite que el respeto por las obligaciones legales reporte al potencial infractor un mayor beneficio neto esperado que su incumplimiento.

15 Minzner, Max, “Why Agencies Punish”, en *William & Mary Law Review*, Vol. 53, N° 3, (William & Mary Law School), pp. 859-860.

16 Es lo que establece el artículo 3° literal s) de la LOSMA: “Artículo 3°.- La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones: [...] s) Dictar normas e instrucciones de carácter general en el ejercicio de las atribuciones que le confiere esta ley”. Debe señalarse, con todo, que en la resolución que aprobó las BMDSA existe solo una referencia genérica a la LOSMA, sin señalar una disposición habilitante específica para dictarlas.

17 Ciertamente, esta sección es solo una síntesis. El texto de las BMDSA es suficientemente autoexplicativo y está disponible para su acceso en línea en [http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/publicacion/doc\\_download/380-guia-sanciones](http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/publicacion/doc_download/380-guia-sanciones).

18 Resolución Exenta N° 1.002, ob. cit., pp. 17-18. Siguiendo, afirma la SMA, los lineamientos de la OECD y a la Red Internacional de Fiscalización y Cumplimiento Ambiental (INECE), además de autores clásicos sobre el tema: Becker, Polinsky y Shavell, y Cohen.

La SMA sigue la tendencia de agencias ambientales de distintas legislaciones que han dictado metodologías para determinar las sanciones que pueden aplicar, mediante funciones matemáticas que les permiten obtener un resultado numérico base, lo cual, a juicio del regulador, genera “criterios de coherencia, consistencia, disuasión y proporcionalidad”.<sup>19</sup> Las referencias internacionales se refuerzan en las BMDSA con los cuatro principios básicos que la OECD ha desarrollado para la determinación de la sanción, que es eficaz desde un punto de vista disuasivo si:<sup>20</sup>

- a) Evita futuros incumplimientos, pues la principal función de la sanción es la disuasión del incumplimiento de la normativa, debiendo persuadir al infractor de tomar las precauciones necesarias para cumplir con la normativa e impedir la comisión de infracciones futuras (disuasión específica), o bien disuadir a otros potenciales infractores (disuasión general).
- b) Elimina cualquier beneficio económico asociado al incumplimiento, debiendo la sanción dejar al infractor en una situación desmejorada respecto de los demás actores económicos que cumplieron la normativa y en comparación con la posición que hubiese tenido al cumplir sus obligaciones.
- c) Es proporcional a la naturaleza del infractor, incorporando en la sanción un monto adicional al beneficio económico obtenido, que se conforma con dos componentes: uno que corresponda al monto del beneficio económico obtenido producto de la infracción y otro que refleje, de forma proporcional, la seriedad de la infracción y sus efectos.
- d) Es flexible, consistente y considera las circunstancias que concurran en el caso concreto, debiendo asegurar un trato justo y equitativo a los regulados. La flexibilidad permite incorporar distintos factores a ponderar para la determinación de la sanción en el caso concreto, los que tienen relación con las características del infractor y su conducta: el grado de intencionalidad en la comisión de la infracción, la conducta anterior del infractor, la capacidad económica, el grado de cooperación en el procedimiento, y otros factores específicos que concurran en el caso concreto

---

19 Resolución Exenta N° 1.002, ob. cit., p. 18.

20 *Ibid.*, pp. 18-19.

### 3.2. La determinación de las sanciones pecuniarias

#### 3.2.1. El significado de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA

Como se señaló, las circunstancias para la determinación específica de la sanción contenidas en el artículo 40 de la LOSMA no han sido definidas por el legislador. Esto permite que en las BMDSA la SMA pueda definir las o, mejor dicho, interpretarlas para dotarlas de significado. La siguiente tabla intenta resumir la interpretación por cada circunstancia.<sup>21</sup>

Circunstancia	Significado según BMDSA
Importancia del daño causado o del peligro ocasionado	<p>i) “importancia”: rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos de la infracción; determina la intensidad de la sanción.</p> <p>ii) “daño causado”: menoscabo al medioambiente o a uno o más de sus componentes; es diferente del “daño ambiental”. Aplica en todos los casos en que se constaten elementos o circunstancias de hecho de tipo negativo.</p> <p>iii) “peligro”: siguiendo al SEA, es “la capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”. El “riesgo” a su turno, lo define como “la probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor”. Cuando se identifique peligro, corresponde ponderar el riesgo que se ha creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en un resultado dañoso.</p>
Número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción	Afectación o riesgo de afectación de la salud de la población, en relación con el número de personas actual o potencialmente expuestas. Cubre afectaciones actuales o generación de condiciones de riesgo, significativas o no.
Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción	<p>Combinación de dos aspectos:</p> <p>i) beneficio asociado a costos retrasados o bien evitados. Con costos retrasados se alude a la dilación en la realización de inversiones en activo fijo o costos de tipo no recurrentes y no depreciables necesarios para el cumplimiento de las exigencias legales; con costos evitados se hace referencia a la no internalización, durante el período de incumplimiento, de los costos de operación y mantenimiento de las inversiones necesarias para el cumplimiento, evadiéndoselos completamente. Comprende inversiones en activo fijo y costos no recurrentes y no depreciables, cuando no se ha incurrido ni podrá incurriarse en ellos para dar cumplimiento a la normativa.</p> <p>ii) beneficio asociado a ganancias ilícitas anticipadas o bien adicionales: el infractor aumenta sus ganancias en un determinado período de tiempo, lo cual no hubiese tenido lugar en ningún momento sin la infracción, o habría tenido lugar con posterioridad.</p>

<sup>21</sup> *Ibíd.*, pp. 23-29.

<p>Intencionalidad en la comisión de la infracción, grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma</p>	<p>La SMA afirma que la intencionalidad no es un elemento necesario para la configuración de la infracción, sino un criterio para determinar la sanción específica que corresponda aplicar en cada caso.</p> <p>i) intencionalidad es el conocimiento de la obligación contenida en la norma, así como de la conducta realizada y sus alcances jurídicos. Hay intencionalidad si puede imputarse al sujeto conocimiento preciso de sus obligaciones, la conducta que realiza en contravención a ellas, y la antijuridicidad asociada a la contravención. Como entre los regulados por la legislación ambiental existen “sujetos calificados” (con amplia experiencia en su giro, conocimiento de las exigencias de cumplimiento medioambientales, que disponen de una organización sofisticada), es posible atribuirles mayor conocimiento de las obligaciones a las que están sometidos, en comparación con aquellos que no. Se considera intencional si un regulado no realizó alguna acción para impedir que la infracción ocurriese, estando en posición real de hacerlo, pues se entiende que acepta el suceso y las consecuencias jurídicas de su conducta antijurídica.</p> <p>ii) el grado de participación se refiere a determinar si el infractor actuó por sí solo o en participación con otros, y en qué nivel.</p>
<p>Conducta anterior del infractor</p>	<p>Comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el infractor ha mantenido en el pasado, considerándose la conducta asociada a la o las unidades fiscalizables objeto del procedimiento administrativo sancionatorio. Se revisan los procedimientos de fiscalización y sanción pasados. Comprende:</p> <p>i) conducta anterior negativa (reincidencia, similitud con otras infracciones pasadas, proximidad entre infracciones, número de infracciones cometidas, gravedad de infracciones previas); e</p> <p>ii) irreprochable conducta anterior: la o las unidades fiscalizables no han sido sancionadas en el pasado por la SMA u otras sedes administrativas, siempre que hayan sido objeto con anterioridad de una o más inspecciones ambientales por parte de la agencia.</p>
<p>Capacidad económica del infractor</p>	<p>Posibilidad real, suficiencia de un sujeto para hacer frente a la exigencia de una obligación concreta por parte de la Administración. Atiende a la proporcionalidad del monto de una multa en relación a la capacidad económica concreta del infractor. Considera dos aspectos:</p> <p>i) tamaño económico: nivel de ingresos operacionales anuales del infractor, aspecto normalmente conocido por la SMA. Este aspecto permite diferenciar entre las distintas capacidades económicas de las entidades, porque las de mayor tamaño pueden hacer frente a la totalidad de una sanción impuesta por la SMA dentro de los rangos definidos por la LOSMA, mientras que las de menor tamaño tienen una capacidad económica reducida, frente a una sanción similar.</p> <p>ii) capacidad de pago: situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación de las sanciones, información normalmente no conocida por la SMA antes de la determinación de sanciones. Este aspecto es considerado de forma eventual y a solicitud expresa del infractor.</p>
<p>Cumplimiento del programa [de cumplimiento de la normativa ambiental]</p>	<p>Opera en función del grado de ejecución de un programa de cumplimiento aprobado en el mismo procedimiento sancionatorio. Aplica solo para el reinicio del procedimiento sancionatorio en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa.</p>

<p>Detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado</p>	<p>Funciona analizando los efectos que una infracción causa en un área silvestre protegida del Estado. Combina:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>i) la importancia de las consecuencias de la infracción; y</li> <li>ii) el grado y objetivo de protección del área donde se produce la infracción, o sus efectos.</li> </ul>
<p>Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción</p>	<p>En cada caso, la SMA podrá incluir otros criterios que, a juicio fundado, se estimen relevantes para la determinación de la sanción en un caso específico. Comprende los siguientes criterios:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>i) cooperación eficaz: comportamiento o conducta del infractor que permite esclarecer los hechos constitutivos de infracción y sus efectos, dentro del procedimiento sancionatorio. Es eficaz porque la información o antecedentes proporcionados deben tener utilidad real para esclarecer la existencia, circunstancias o efectos de la infracción, la identidad de los responsables, grado de participación y beneficio económico. Son aspectos de cooperación eficaz el allanamiento al hecho constitutivo de infracción y su calificación; la respuesta oportuna, íntegra y útil a los requerimientos formulados por la SMA en los términos solicitados por esta; y la colaboración en las diligencias ordenadas por la SMA.</li> <li>ii) aplicación de medidas correctivas, adoptadas para enmendar la infracción, así como a contener, reducir o eliminar sus efectos y evitar que se produzcan otros. Requiere que el infractor acredite en el proceso sancionatorio haber tomado las medidas.</li> <li>iii) presentación de autodenuncia, cuando esta no es apta para otorgar el beneficio de exención o rebaja de la multa. Se funda en el aporte de información que la SMA desconocía, por lo cual, la agencia no debe haber iniciado una investigación respecto de los hechos que motivan la infracción. Exige la concurrencia una de las siguientes circunstancias: el infractor no presenta programa de cumplimiento; el programa de cumplimiento no es aprobado por la SMA; o la autodenuncia no cumple con los requisitos establecidos en la LOSMA.</li> <li>iv) obstaculización del procedimiento: comportamiento o conducta del infractor que va más allá del legítimo uso de los medios de defensa legales, por ejemplo, proveyendo información incompleta, confusa o manifiestamente errónea; no prestando facilidades u obstaculizando el desarrollo de una diligencia propia del procedimiento; o realizando, en el procedimiento sancionatorio, acciones impertinentes e inconducentes o manifiestamente dilatorias.</li> <li>v) importancia de la vulneración al sistema de control ambiental. Es aplicable ante el incumplimiento de los aspectos formales de las exigencias ambientales. Como la protección material al medio ambiente y la salud de las personas se basa en mecanismos administrativos formales como permisos de autoridad, reportes, obligaciones de entrega de información, entre otros, los que complementan las normas ambientales sustantivas, su inobservancia podría socavar las bases de los sistemas de control y seguimiento. Opera en el caso de infracciones respecto de las cuales no se constata daño, riesgos o efectos conforme a las letras a), b) y h) del artículo 40 de la LOSMA o, identificándose, esta circunstancia resulta preponderante.</li> </ul>

Circunstancias para la determinación de sanciones del artículo 40 de la LOSMA según las BMDSA<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Tabla elaborada por el autor.

### 3.2.2. El modelo matemático para la determinación de multas<sup>23</sup>

Como se ha dicho, las BMDSA materializan, a través de una función matemática, la aplicación conjunta de las distintas circunstancias del artículo 40 que previamente ha interpretado la SMA. Según este esquema metodológico, la multa que corresponde aplicar al infractor equivale a la suma de dos componentes, a saber, el beneficio económico (BE) y el componente de afectación (CA). Entonces:

$$\text{Sanción administrativa} = \text{BE} + \text{CA}$$

Al respecto ha de señalarse que:

- i) el BE considera todo beneficio que el infractor haya podido obtener por su incumplimiento y se estima mediante la obtención del valor económico que arroja, para él, la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella. Es la circunstancia del literal c) del artículo 40 de la LOSMA. Se trata de valores económicos asociados a costos evitados y retrasados,<sup>24</sup> utilizando dos escenarios contrapuestos: por una parte, un escenario de cumplimiento de la normativa (situación hipotética sin infracción y con costos o inversiones necesarios para cumplir con la normativa en la fecha debida), y por otra, un escenario de incumplimiento (situación con infracción y costos o inversiones necesarios para cumplir con la normativa efectuados en una fecha posterior a la debida o definitivamente no realizados). Esto significa identificar la variación en el flujo de caja que significa para el infractor incurrir o no en los costos asociados al cumplimiento de la normativa en una determinada fecha, así como obtener o no los ingresos adicionales asociados a una actividad no autorizada en un determinado período de tiempo. En la estimación del BE inciden cuestiones de carácter tributario, la inflación, el tipo de cambio y el costo de oportunidad del dinero para el infractor.
- ii) el CA responde al nivel de lesividad asociado a la infracción, graduado a través de factores de aumento o disminución, que materializan las demás circunstancias del artículo 40 de la LOSMA (con excepción de

<sup>23</sup> Resolución Exenta N° 1.002, ob. cit., pp. 30-33.

<sup>24</sup> Basándose en el “modelo BEN” utilizado por la US-EPA (United States Environmental Protection Agency). El modelo BEN calcula el beneficio económico, para el infractor, del incumplimiento al dilatar o evitar los desembolsos para cumplir la regulación. Incorpora como variables la fecha de la infracción, la fecha en que debía cumplirse la regulación, los costos del cumplimiento y el año en que esos costos se estimaron, así como la fecha en que la multa será pagada.



la observancia del programa de cumplimiento). Su objeto es lograr que el escenario de incumplimiento resulte desventajoso para el potencial infractor, reflejando además la proporcionalidad de la sanción.

### 3.2.2.1. Ajustes obligatorios en el componente de afectación<sup>25</sup>

El CA se basa en el “Valor de seriedad” (VS), que consiste en la asignación de un “puntaje de seriedad” (de 0 a 100), según los efectos de la infracción o la importancia de la vulneración al sistema de control ambiental, valor que se transforma a unidades tributarias anuales (de 0 a 10.000 UTA), de acuerdo a categorías (donde 1 tiene menor seriedad y 3 tiene mayor).

Para determinar cuál es el puntaje específico por cada una de las categorías de seriedad y convertirlo en UTA existen criterios no taxativos que se “ponderan”, enfocados en las características de la infracción y en las características de los efectos ocasionados.

Luego de lo anterior, el VS se ajusta, acotando su magnitud, de acuerdo a los *factores de incremento y disminución del caso*, referidos a circunstancias del artículo 40 que se relacionan con la conducta del infractor. Cada factor/circunstancia obtiene un valor porcentual. El conjunto de valores de los factores de incremento (equivalente a un tope de 100%) se resta del conjunto de valores de los factores de disminución (cuyo tope es de 50%).

Finalmente, se produce un segundo ajuste, considerando el factor de *tamaño económico del infractor*, que solo permite disminuir el CA tratándose de micro, pequeñas y medianas empresas, dejándolo inalterado en el caso de las grandes. El límite para fijar el CA luego de este ajuste es 1 UTA, pues se considera “un mínimo nivel de reproche a la conducta infractora”.

### 3.2.2.2. Ajustes contingentes al componente de afectación<sup>26</sup>

De forma adicional al ajuste por tamaño económico, la sanción pecuniaria total puede ser ajustada de acuerdo a la *capacidad de pago del infractor*, situación que solo es considerada si el infractor acredita, por iniciativa propia, una deficiencia en su situación financiera que le imposibilite o dificulte en gran medida hacer frente a una sanción. En el caso en que la SMA considere procedente un ajuste a la sanción, tomando como referencia el modelo ABEL de

25 Resolución Exenta N° 1.002, ob. cit., pp. 34-39.

26 *Ibíd.*, pp. 39-41.

la EPA,<sup>27</sup> se aplica “un límite sobre la suma de las multas correspondientes a cada infracción. Este límite es equivalente a un determinado porcentaje de los ingresos por venta anuales del infractor”. Este porcentaje se encontraría entre un 4% a un 30% según distintas agencias extranjeras.

Otro modo de ajuste contingente de la cuantía de la sanción se encuentra en la presentación, por primera vez de una *autodenuncia*, lo que permite eximir de la multa al infractor si ejecuta íntegramente el programa de cumplimiento, o rebajarla hasta un 75% a un 50% tratándose de la segunda y tercera vez. En caso de que no proceda la exención o rebaja señalada, la autodenuncia igualmente es un factor de ajuste (disminución) de la multa.

Una última forma de ajuste contingente de la sanción pecuniaria depende del incumplimiento del programa de cumplimiento cuya aprobación por la SMA suspende el procedimiento sancionatorio, el que se reinicia de no cumplirse con aquel, pudiendo el regulador sancionar hasta con el doble de la multa original si no hubo autodenuncia; si esta existió, solo puede hacerlo hasta el monto de la multa original. En caso de que el infractor hubiese ejecutado un porcentaje del programa de cumplimiento, este factor opera disminuyendo el monto de la sanción en proporción al grado de cumplimiento.

### 3.3. Sanciones no pecuniarias<sup>28</sup>

Según las BMDSA, la clausura (temporal o definitiva) o la revocación de la resolución de calificación ambiental son sanciones que operan ante infracciones graves o gravísimas en que las sanciones pecuniarias no son suficientes para disuadir o para el resguardo del medio ambiente y la salud de las personas. El criterio principal a considerar es la importancia del daño o el peligro del daño ocasionado. Otros criterios supletorios son: la reincidencia o la existencia de un beneficio económico generado con la infracción que sobrepasa significativamente los límites de la sanción pecuniaria, haciendo imposible su eliminación.

En lo que respecta a la amonestación, esta aplica en caso de infracciones leves que no hayan ocasionado riesgo ni afectación al medio ambiente ni a la salud de las personas. Los criterios a considerar son que el beneficio económico

---

<sup>27</sup> El “modelo ABEL” de la US-EPA (United States Environmental Protection Agency) evalúa la capacidad de un regulado para absorber los costos de cumplimiento, costos de descontaminación o multas. Requiere que el infractor haga llegar al regulador información de 3 a 5 años de declaraciones de impuestos ante una entidad federal para el cálculo.

<sup>28</sup> Resolución Exenta N° 1.002, ob. cit., p. 45.

obtenido sea nulo o casi nulo, que no exista reincidencia, que la capacidad económica del infractor sea limitada, o bien, la incerteza en el conocimiento del instrumento de carácter ambiental respectivo.

#### 4. Análisis de algunos aspectos de las BMDSA

##### 4.1. La SMA confina su discrecionalidad a través de una guía

##### 4.1.1. La opción desechada: ejercer y hacer valer la discrecionalidad del regulador

Desde el inicio de su funcionamiento, la agencia medio ambiental parecía conducirse discrecionalmente tratándose de la cuantificación de las sanciones administrativas de su competencia. Esta cuestión se ve reflejada en su informe ante el Tercer Tribunal Ambiental frente a la reclamación presentada por ENDESA<sup>29</sup> en contra de la Resolución Exenta N° 421, de 11 de agosto de 2014, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente, mediante la cual se impuso a esa empresa una multa total de 8.640,4 Unidades Tributarias Anuales por incurrir en ocho infracciones. La compañía sancionada alegaba la inexistencia de un mecanismo preciso (falta de una fórmula de cálculo) para la determinación de las medidas a aplicar, lo que, a su juicio, tornaba el acto administrativo sancionatorio en ilegal y arbitrario al ser insuficiente su fundamentación.<sup>30</sup> En su defensa, la SMA afirmó que la cuantificación de las sanciones es un asunto donde opera la potestad discrecional del Superintendente y, en consecuencia, sostuvo la improcedencia del reclamo por las razones siguientes:<sup>31</sup>

- i) la determinación de sanciones obedece a la aplicación de criterios o circunstancias, no de mecanismos exactos en reemplazo del juicio de mérito efectuado en cada caso por el Superintendente del Medio Ambiente;
- ii) la LOSMA establece en su artículo 40, criterios que se deben considerar para la aplicación de sanciones pecuniarias y no pecuniarias, sin que

29 3° Tribunal Ambiental, Rol R-6-2014, 27 de marzo de 2015. Se trata del “Caso Bocamina”.

30 *Ibíd.*, considerando 100°.

31 Informe de la SMA en la Reclamación Rol R-6-2014, 17 de septiembre de 2014, pp. 88-89.

se trate de un mecanismo de tarifa o fórmula exacta, requiriéndose, entonces, un ejercicio discrecional para definir la multa en el caso concreto; iii) ni la LOSMA, ni ninguna otra norma exige una fórmula única y definitiva para la determinación de las sanciones; iv) los modelos para la determinación de sanciones son una herramienta de uniformidad y legitimidad, pero no un fin en sí mismo; y v) el artículo 30 de la Ley N° 20.600 indica que el Tribunal Ambiental no puede definir el contenido discrecional de los actos de la SMA, como acontece con la determinación de la sanción específica a aplicar.

Estos argumentos fueron validados por el Tercer Tribunal Ambiental, que afirmó la imposibilidad de “objetar el ejercicio discrecional de la SMA al determinar cómo pondera los elementos fácticos considerados en el procedimiento sancionador, pues actúa dentro de su competencia”,<sup>32</sup> estimando además los sentenciadores que la finalidad disuasiva de la sanción administrativa se ve reforzada cuando el infractor desconoce el método de cuantificación de la sanción y, con ello, el beneficio que el incumplimiento le irrogará:

“La circunstancia de que el legislador le haya entregado a la SMA la facultad discrecional de calcular la multa sin entregarle una fórmula, responde a que el posible infractor no pueda saber con antelación el beneficio de su inconducta, aumentando de esta forma el poder disuasivo del sistema de protección ambiental. La no entrega de la fórmula, desde esta perspectiva, protege un interés general”.<sup>33</sup>

#### **4.1.2. La opción adoptada: confinar la discrecionalidad, aumentando el escrutinio en la revisión judicial y las garantías del infractor**

Conforme al ordenamiento jurídico en que se inserta, la SMA disponía de dos posibilidades de acción. La primera de ellas consistía, como se ha mostrado, en mantener desregulada su discrecionalidad y ejercerla, ya sea caso a caso o con una aproximación general, adoptando incluso –aunque sin necesidad de explicitarlo públicamente– una estrategia respecto al método conforme al cual aplicaría las sanciones administrativas en materia ambiental. El segundo curso que el órgano administrativo podía tomar consiste en autolimitar su discrecionalidad. Es lo que hizo al dictar las BMDSA.

<sup>32</sup> 3° Tribunal Ambiental, Rol R-6-2014, ob. cit., considerando 101.

<sup>33</sup> *Ibid.*, considerando 101.

En efecto, a pesar de la solidez de los argumentos presentados por la SMA al defender su discrecionalidad para cuantificar las sanciones administrativas, y del respaldo jurisdiccional obtenido,<sup>34</sup> el órgano regulador decidió confinarla. Como lo ha señalado Davis: “*Confinar* significa fijar los límites y mantener la discreción dentro de ellos. El ideal, ciertamente, es poner todo el poder discrecional necesario dentro de los límites y el innecesario fuera de ellos, trazando líneas claras”.<sup>35</sup> Esto es lo que la SMA decidió hacer con la dictación de las BMDSA, como lo expresara el Superintendente del Medio Ambiente en el discurso relativo al quinto aniversario de la institución. Allí, el Jefe del Servicio anunció la divulgación de la metodología para cuantificar sanciones administrativas, afirmando que:

“Desde la perspectiva sancionatoria y siempre en la línea de profesionalizar nuestro trabajo, una meta relevante en relación con la promoción del cumplimiento será la divulgación del Modelo de Determinación de Sanciones, lo cual esperamos hacer el próximo mes de noviembre. Con esta guía buscamos educar y orientar a los sujetos regulados hacia el cumplimiento ambiental y también transparentar los criterios y procedimientos adoptados por la Superintendencia en la determinación de las sanciones, *reduciendo así la discrecionalidad*”.<sup>36</sup>

De entre las funciones y objetivos que el documento en que constan las BMDSA declara, dos llaman la atención:

(i) la función de instrumento de apoyo en la toma de decisiones de la SMA, “entregando una referencia útil para efectos de la definición de la sanción a aplicar en un caso concreto, contemplándose en el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Superintendencia el necesario espacio para la flexibilidad y *adecuada discrecionalidad* que exige la determinación

34 El 31 de diciembre de 2015, en sentencia Rol 5.838-2015, la Corte Suprema rechazó en todas sus partes los recursos de casación de forma y fondo interpuestos por la Empresa Nacional de Electricidad (ENDESA) contra la sentencia dictada por el 3° Tribunal Ambiental Rol R-6-2014. Resolviendo los recursos, la Corte Suprema rechaza el argumento sostenido por ENDESA a propósito de que el fallo recurrido atribuye de manera ilegal la configuración de una potestad sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente.

35 Davis, Kenneth, *Discretionary Justice, A preliminary inquiry*, (Louisiana State University Press) 1969. El original sin cursivas. Es, ciertamente, de una aproximación conservadora frente al poder discrecional.

36 Discurso del Superintendente de la SMA 2015, 15 de octubre de 2015, p. 2. Disponible en: [http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/publicacion/doc\\_download/371-discurso-superintendente-aniversario-5](http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/publicacion/doc_download/371-discurso-superintendente-aniversario-5).

de una sanción, considerando las circunstancias específicas y particulares de cada caso, a partir de su análisis objetivo mediante criterio experto”;<sup>37</sup> y (ii) el objetivo de ponerlas “en conocimiento de las partes interesadas, transparentando así los lineamientos y principios que la Superintendencia tiene como propósito en el ejercicio de su potestad sancionatoria”.<sup>38</sup>

Varias cosas deben señalarse aquí. La primera es que, al parecer, la SMA, antes de la dictación de las BMDSA, disponía de unos “lineamientos y principios” para la determinación de sanciones administrativas que hace públicos con el documento de que se trata. En efecto, según información proporcionada por el propio regulador ambiental, este disponía desde el año 2011 de un estudio en torno a la metodología para la determinación de sanciones administrativas que sirvió, entre otros, de antecedente para las BMDSA.<sup>39</sup>

En segundo lugar, si antes “[e]l objeto de la Superintendencia para no hacer pública la fórmula para el cálculo de sanciones, ha sido la necesidad de generar cumplimiento, objetivo que se vería amenazado de tener los regulados plena capacidad de estimación de la probable sanción en caso de la comisión de un ilícito”,<sup>40</sup> la dictación de las BMDSA importa un cambio de posición por parte de la SMA al efecto, como lo concluye también el Tercer Tribunal Ambiental en otra sentencia de comienzos de 2016:<sup>41</sup>

“Que, cuando por medio de la resolución exenta N° 1002, de 29 de octubre de 2015, la Superintendencia da a conocer su metodología de cálculo de sanciones, este Tribunal entiende que ella ha reconsiderado su posición anterior. Nuevamente, esto se encuentra dentro de las atribuciones de la Superintendencia”.<sup>42</sup>

37 Resolución Exenta N° 1.002, ob. cit., p. 3. El original sin cursivas.

38 *Ibid.*, p. 3.

39 Elaborado por el Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y presentada a través de la Fundación de esa facultad, previa licitación pública N° 611669-5-LEII, adjudicada con fecha 12 de mayo del 2011. Esta información fue obtenida previa solicitud de acceso a la información pública a la SMA, respondida mediante oficio ordinario N° 260, del 28 de enero de 2016.

40 3° Tribunal Ambiental, Rol R-13-2015, 12 de febrero de 2016, considerando 23°.

41 La sentencia del 3° Tribunal Ambiental, Rol R-13-2015, es dictada a propósito de una reclamación interpuesta por la Empresa Nacional de Electricidad S.A (ENDESA), contra la Resolución Exenta N° 404 del 20 de mayo de 2015, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente. El acto administrativo recurrido fue dictado en cumplimiento de la sentencia de ese mismo Tribunal, Rol R-6-2014, que ordenó a la Superintendencia que considerara la intencionalidad en la comisión de la infracción y que recalculara el monto de la multa impuesta a ENDESA.

42 3° Tribunal Ambiental, Rol R-13-2014, ob. cit., considerando 24°.

Como tercera cuestión, en sintonía con lo declarado en el discurso del Superintendente, y tomando en consideración la discrecionalidad de la SMA en la cuantificación de las sanciones administrativas, el regulador declara que, en adelante, ella será “adecuada”. Esto significa, derechamente una autolimitación de su potestad discrecional: la somete –siguiendo lo señalado más arriba– a un verdadero *confinamiento*, cuestión que trae consecuencias directas en la revisión judicial del acto administrativo sancionador dictado por la SMA, aumentando la intensidad de control del Tribunal Ambiental en la reclamación respectiva. Esto obedece a que, desde la dictación de las BMDSA, el estándar de fundamentación en la determinación de la sanción no es el de la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, sino el conjunto de reglas y operaciones dispuestas en aquellas. Es decir, donde antes se requería que el acto administrativo mediante el cual se aplicaba una sanción estuviera dotado de la expresión de hechos y fundamentos de derecho,<sup>43</sup> ahora hay una serie de pasos fundados en reglas contenidas en las BMDSA que deben justificarse y que son susceptibles de revisión en el contencioso administrativo, como lo hizo ya el Tercer Tribunal Ambiental en la sentencia recién citada.

En estos términos, el modelo matemático se transforma en un *equivalente funcional de la legalidad*, que acaba habilitando al Tribunal Ambiental para que revise bajo este prisma una decisión que el legislador otorgó originalmente a la SMA en un entorno normativo discrecional, lo cual resulta excesivo tomando en cuenta que ni siquiera en el Derecho Penal, ámbito donde los bienes en juego son de mayor importancia<sup>44</sup>, tiene vigencia una metodología matemática similar para la determinación de la pena. Las BMDSA han materializado un régimen más garantista que el existente en la determinación de la sanción penal, cuestión que resulta difícil de justificar. Tampoco es coherente este resultado con –como se verá más abajo– la elusión que las BMDSA hacen respecto a la terminología del Derecho Penal.

Las BMDSA otorgan, de esta manera, alto nivel de certeza al regulado, mejorando la previsibilidad de la sanción desde su cuantificación, abriendo, además, un abanico de posibilidades argumentativas para el infractor, que queda en mejor posición para reclamar la sanción ante el Tribunal Ambiental, en comparación con el momento en que el instrumento no estaba dictado.

43 Conforme al artículo 11 inciso 2° de la Ley N° 19.880 que establece: “Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.”

44 Londoño, Fernando, “Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio”, en Revista de Derecho de Valdivia, Vol. 27, N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2014, p. 159.

Cerrando este apartado, y solo a modo de referencia, es necesario señalar que el confinamiento de la discrecionalidad en la cuantificación de la sanción administrativa ha sido propuesto en Chile en materia de libre competencia, señalándose entre las ventajas del modelo matemático que el menor espacio de discrecionalidad permitiría disminuir la litigación especulativa contra el sancionador, incrementa la disuasión, y posibilita la adecuación de la multa a la capacidad económica del infractor.<sup>45</sup> Ha de indicarse, sin embargo, que los dos primeros beneficios necesitan acreditación empírica y que, para el tercero no se requiere un modelo matemático, bastando con la discrecionalidad del regulador para alcanzarlo.

#### 4.1.3. Las BMDSA como “guía”

Las BMDSA se plasman en un instrumento equiparable a aquellos que las agencias reguladoras estadounidenses denominan “guías” (*guidelines* o *guidance documents*), empleadas para indicar de qué manera se implementará una ley o un régimen regulatorio,<sup>46</sup> aunque, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, donde se intenta con ellas sortear la APA (Ley de Procedimiento Administrativo), en el caso de la SMA, como se dijo, existe autorización legal expresa para que este órgano administrativo dicte normas e instrucciones generales en el ejercicio de las atribuciones conferidas por la ley, entre las cuales debe incluirse la determinación o cuantificación de la sanción administrativa. En este sentido, no debe aplicarse la calificación de *soft law* a las BMDSA<sup>47</sup> para negarles obligatoriedad.

Es posible entender la guía para la determinación de sanciones administrativas en materia ambiental como un instrumento en el cual se condensa el aprendizaje acumulado por la agencia implementando de manera discrecional la LOSMA en el ámbito sancionatorio.<sup>48</sup> Eso puede explicar que las

45 Tapia, Javier, “La aplicación de multas a agentes económicos en el derecho chileno de la libre competencia. Una propuesta metodológica”, en *Revista Estudios Públicos*, N° 132, (Centro de Estudios Públicos), 2013, pp. 74-75.

46 Mendelson, Nina, “Regulatory Beneficiaries and Informal Agency Policymaking”, en *Cornell Law Review*, Vol. 92, N° 3, (Cornell University Law School), pp. 399-400.

47 En efecto, la inexistencia de una autorización legal expresa para emitir esta clase de guías es un aspecto clave para calificarlas de *soft law*. En la doctrina nacional, siguiendo a Blanquer, puede verse: Cordero, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, (Legal Publishing) 2015, p. 181. Mostrando argumentos en favor de encasillar el *soft law* producido por la Administración dentro de la categoría del acto administrativo, puede verse Lara, José Luis, “La regulación administrativa en materia económica y sus nuevas manifestaciones: la irrupción del denominado *soft law*”, en *Ars boni et aequi*, año 7, N° 2, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2011, pp. 181-183.

48 Gifford, Daniel, “Discretionary Decisionmaking in Regulatory Agencies: A Conceptual Framework”,



BMDSA se dictaran casi 3 años después de que entraran en funcionamiento las potestades de fiscalización y sanción de la SMA.

#### 4.2. Las BMDSA no aluden al *ius puniendi* y dejan de lado el lenguaje del Derecho Penal

El derecho regulatorio busca alcanzar objetivos que no se obtendrían sin su intervención.<sup>49</sup> Esta idea, que la literatura regulatoria anglosajona denomina *enforcement* –y que la SMA denomina “cumplimiento”–, es un proceso a través del cual se traduce en la realidad social un conjunto de estándares diseñados para influenciar la conducta humana e institucional,<sup>50</sup> lo cual se lleva a cabo reuniendo información acerca del acatamiento de las normas (detección) y cambiando el comportamiento del administrado cuando se ha diagnosticado una desviación respecto a la regulación (modificación conductual).<sup>51</sup> Bajo esta precisa perspectiva debe entenderse el rol que cumple la agencia, cuestión que la SMA reconoce al afirmar que, en el diseño institucional en que se inserta, ella “desempeña un rol clave como *garante del cumplimiento de la regulación ambiental*”.<sup>52</sup>

Esa concepción acerca de la función institucional que tiene el regulador ambiental posibilita que las BMDSA adopten un nuevo enfoque respecto a la sanción administrativa. Como se sabe, de acuerdo a la tesis estándar vigente en el medio nacional, aquellas proceden de un *ius puniendi* originario al igual que las penas criminales y, por lo tanto, han de transferírseles a aquellas las garantías de estas últimas, aunque con matices.<sup>53</sup> Los promotores de esa doctrina han asumido una versión al menos simplista<sup>54</sup> –si no equivocada– respecto a la sanción administrativa, considerándola solo bajo la idea del mal

---

en Hawkins, Keith y Thomas, John, *Making Regulatory Policy*, (University of Pittsburgh Press) 1989, p. 235.

49 Lodge, Martin y Wegrich, Kai, *Managing Regulation. Regulatory Analysis, Politics and Policy*, (Palgrave Macmillan) 2012, p. 71.

50 Yeung, Karen, *Securing Compliance. A Principled Approach*, (Oxford y Portland, Hart Publishing) 2004, p. 3.

51 Lodge y Wegrich, ob. cit., pp. 71 y 72.

52 Resolución Exenta N° 1.002, ob. cit., p. 3. El original sin cursivas.

53 Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, (Legal Publishing) 2014, p. 333.

54 Letelier, Raúl, “La ejecutoriedad de las sanciones administrativas, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema en el ‘Caso Mackenna’”, en Couso, Javier (dir.), *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones UDP), 2015, p. 320.

infligido al administrado;<sup>55</sup> como si la única finalidad del acto administrativo sancionatorio fuera perjudicar al regulado. Pues bien, en contraste con esa idea ultragarantista en favor de los infractores, la SMA asume correctamente en las BMDSA una concepción innovadora para el derecho nacional en torno a las sanciones administrativas, atendiendo a su *función* de herramienta para conseguir la observancia del derecho.

En efecto, la sanción administrativa es una de las –entre varias– medidas para generar el cumplimiento de la regulación,<sup>56</sup> en este caso, de aquella específicamente ambiental. Es un instrumento destinado a satisfacer un papel de utilidad o beneficio general cuya implementación el legislador ha encargado a la Administración. Así lo declara la SMA en las BMDSA, sobre la base de su discrecionalidad para hacer esta definición, señalando que “[l]a imposición de sanciones tiene por finalidad *orientar la conducta de los sujetos regulados hacia el cumplimiento*”.<sup>57</sup> Esta concepción funcional de la sanción administrativa como algo distinto a la idea dominante, que considera las sanciones administrativas originadas en un *ius puniendi* unitario para garantizar los derechos del sancionado, se aprecia en los siguientes puntos de las BMDSA:

- i) la omisión de toda referencia a la idea de *ius puniendi* como fuente originaria de la sanción administrativa.
- ii) la renuncia al lenguaje específicamente penal, cuestión que queda de manifiesto en que, al referirse a las circunstancias para la determinación específica de la sanción, contenidas en el artículo 40 de la LOSMA, la SMA no se refiere, en todo el documento en que constan las BMDSA, a “atenuantes” ni a “agravantes”, lo que, por lo demás, se ajusta a la terminología empleada por el legislador ambiental en la disposición aludida. Llama la atención, en todo caso, el contraste sustancial con el lenguaje que la propia SMA ha adoptado en la dictación de las resoluciones sancionatorias.<sup>58</sup>
- iii) la exclusión del dolo para tener por configurada la infracción ad-

55 Véase una exposición en Cordero, Eduardo, *Derecho Administrativo sancionador: bases y principios en el derecho chileno*, (Legal Publishing) 2014, pp. 32 y ss.

56 Soto, Pablo, “Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental”, en *Ius et Praxis*, 2016. [artículo aceptado para publicación].

57 Resolución N° 1.002, ob. cit., p. 3.

58 A modo ejemplar, pueden revisarse las Resoluciones N° 9 del 7 de enero de 2016 y N° 35 del 14 de enero de 2016.

ministrativa, marcando explícitamente el contraste con el Derecho Penal, contraviniendo a parte de la doctrina garantista mayoritaria que defiende una responsabilidad administrativa sancionatoria dolosa.<sup>59</sup> Debe señalarse, con todo, que las BMDSA asumen un modelo de mera negligencia<sup>60</sup> o culpa infraccional en la infracción, siguiendo una errática terminología defendida por alguna literatura y la Corte Suprema.<sup>61</sup> iv) la adopción de una visión específicamente disuasiva respecto a la sanción administrativa, cuestión que pone el énfasis en cómo evitar futuros incumplimientos y no, en cambio, en la retribución al regulado. Esta diferencia es básica entre la teoría del *ius puniendi* originario y una teoría funcional de la sanción administrativa: mientras la primera se orienta al pasado –al reproche–, la segunda se dispone prospectivamente. Esto significa concebir a la SMA como una entidad aplicadora *consecuencialista* de sanciones administrativas, porque se ocupa de obtener efectos sociales beneficiosos y no, en cambio, de retribuir al infractor. La teoría de las sanciones óptimas es –como se verá en lo que sigue– una opción de carácter no retributivo<sup>62</sup> que el regulador ha ejercido, aunque no sin ambigüedades.

El distanciamiento respecto al Derecho Penal y a la metafísica del *ius puniendi* no es, con todo, absoluta ni coherente, como lo muestra el cuidado que las BMDSA tienen con la proporcionalidad o la idea de trato justo y equitativo con el infractor, provenientes de los principios básicos de la OECD que inspiran las BMDSA. Por de pronto, el discurso asociado a la proporcionalidad es contrario a las finalidades disuasivas que según la SMA detentan las sanciones administrativas; se trata en verdad de un verdadero choque entre ambas aproximaciones.<sup>63</sup>

59 Así, Cordero, Eduardo, ob. cit., p. 251, afirma que el principio de culpabilidad rige las sanciones administrativas, lo cual importaría “que éstas no pueden imponerse sino al infractor que ha actuado de forma *dolosa* o *culposa*”.

60 Siguiendo a Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, (Tecnos) 2008, p. 391.

61 Véase Cordero, Luis, ob. cit., pp. 503-505, siguiendo a Enrique Barros en cuanto a la responsabilidad extracontractual. Es errática puesto que en definitiva genera infracciones sin culpa: si la infracción es automáticamente culpable, entonces no hay ningún juicio respecto a la falta de diligencia del sujeto que sea distinto a la sola realización del tipo infraccional. En este sentido, solo habría una infracción y no un predicado de culpabilidad respecto a ella.

62 Minzner, ob. cit., pp. 859-860.

63 Yeung, *Quantifying Regulatory*, ob.cit., p. 457.

### 4.3. Disuasión, sanciones óptimas y dificultades

#### 4.3.1. Disuasión

Como se ha señalado, las BMDSA indican basarse en elementos de la teoría económica de las sanciones óptimas.<sup>64</sup> Desde el punto de vista de la literatura regulatoria, la perspectiva empleada por la SMA forma parte de la denominada “aproximación disuasiva” (*deterrence approach*) respecto a la sanción. De acuerdo a esta, la actividad sancionatoria se funda en las consecuencias preventivas que es capaz de producir. Su sustento se halla en una teoría utilitarista defendida por el análisis económico del Derecho que, bajo un simple estudio de costo beneficio, evalúa si los beneficios sociales de una actividad específica superan los costos sociales; en tal caso, aquella debe ser promovida porque es económicamente eficiente, es decir, aumenta el bienestar general de la sociedad. En esta línea, la aproximación disuasiva tiene como finalidad principal obtener *eficiencia* económica, pues, entiende que con ello se maximiza el bienestar general de la sociedad. La aplicación de esta idea a las sanciones implica que la cuantía de la multa es aquella que disuade en un nivel eficiente la conducta infractora.<sup>65</sup>

Dos son los modelos clásicos utilizados por esta perspectiva: el de la disuasión óptima, por una parte, y el de la disuasión total por otra.

i) La *disuasión óptima* supone que junto a los costos sociales, la actividad infractora también produce beneficios a la sociedad. En estos términos, el modelo disuasivo óptimo, requiere fijar la cuantía de las sanciones a un nivel que asegure el desincentivo de la actividad que impone costos netos a la sociedad, pero sin disuadir las conductas que generan beneficios netos a la misma. El punto es que si las ganancias netas exceden el daño a la sociedad producido con ocasión de la infracción, la actividad aumenta el bienestar social y, por lo tanto, no debe ser disuadida. Bajo este modelo, la multa debe ser fijada en un nivel que iguale el costo total del daño producido a otros (externalidades) con la infracción.

Esta forma de proceder tiene por objeto impedir el problema de la disuasión excesiva (*over deterrence*), que consiste en el desincentivo de actividades o conductas que elevan el bienestar social.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Resolución Exenta N° 1.002, ob. cit., pp. 18-19.

<sup>65</sup> Yeung, *Quantifying Regulatory*, ob. cit., pp. 446-447.

<sup>66</sup> *Ibíd.*, pp. 447-448.

ii) La *disuasión absoluta* opera bajo la premisa de que la conducta infractora carece de beneficios sociales que la dispensen, o bien, que esos beneficios siempre exceden los costos de la infracción, por lo tanto, la minimización de estos se produce eliminando la conducta antijurídica. Este modelo fija la sanción en un nivel que sea, al menos igual al de la ganancia neta obtenida por el infractor con ocasión de su incumplimiento. Suprimiendo, pues, el beneficio indebido se elimina el incentivo de incumplir la regulación.<sup>67</sup>

Esta explicación de la aproximación disuasiva permite identificar diversas dificultades en torno a las BMDSA, que se revisan enseguida.

#### 4.3.2. Puntos críticos

##### 4.3.2.1. ¿Disuasión óptima, absoluta o retribución?

Si bien, a nivel discursivo, las BMDSA afirman basarse en la teoría de las sanciones óptimas, hay que tomar con cautela la aseveración. Esto porque, como se señaló, una de las variables que un sistema óptimo de disuasión debe cautelar es la eventual sobre disuasión, y para ello, la literatura afirma que tomar en cuenta la ganancia y capacidad de pago del infractor puede llevar a desincentivar conductas o actividades que generan ganancias sociales netas. Los regulados con mayor capacidad económica y provecho social pueden terminar disuadidos en exceso, mientras que respecto a los de menor capacidad económica y que, a la vez, producen menor beneficio social, la disuasión no alcanza su objetivo.<sup>68</sup> Como se ha visto, las BMDSA precisamente contemplan, para los ajustes en el cálculo de la cuantía de la sanción pecuniaria, esos elementos.

Queda en cuestión, asimismo, que las BMDSA se basen en la idea de sanciones óptimas cuando uno de los dos componentes de la función matemática con la que se determina la sanción es precisamente el beneficio económico (BE) que el infractor haya podido obtener por su incumplimiento, con arreglo a los principios de la OCDE que cita la SMA y fundándose en la circunstancia del literal c) del artículo 40 de la LOSMA. Pues bien, la idea de que el infractor no perciba los beneficios que el incumplimiento le produce es distintiva –como se explicó– de una teoría de la disuasión *absoluta* y no óptima.

<sup>67</sup> *Ibíd.*, p. 448.

<sup>68</sup> *Ibíd.*, p. 448.

Junto a lo anterior, la propia idea de disuasión, como un enfoque de tipo consecuencialista queda en entredicho cuando las propias BMDSA contienen supuestos que se enmarcan dentro de una perspectiva *retributiva*, conforme a la cual el regulador debe sancionar puesto que el infractor *merece* la aplicación de la medida, lo que es algo opuesto a valorar económicamente el beneficio social obtenido, como el enfoque disuasivo propone.<sup>69</sup> Esto queda especialmente claro cuando, en uno de los ajustes al componente de afectación (CA) como elemento de la sanción administrativa, se fija un límite de disminución de 1 UTA, porque la conducta infractora no puede quedar sin reproche. La retribución está, asimismo, contemplada en las BMDSA a través del *principio de proporcionalidad*,<sup>70</sup> que opera como un macro criterio de orientación general del instrumento metodológico; justamente, según la SMA, la consideración de las circunstancias del artículo 40 “en el proceso de determinación de sanciones permite una aplicación adecuada del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria”.<sup>71</sup> Con ello, sin embargo, la sanción administrativa se matiza en su finalidad disuasiva declarada por la agencia, que acude a la justicia retributiva como fundamento para su determinación. Es evidente la tensión entre esta aproximación y la disuasión declarada por la SMA.

#### **4.3.2.2. La multa transformada en precio: una posible “tarificación ambiental”**

Conforme a la aproximación disuasiva, la sanción administrativa pecuniaria se transforma en un precio. En efecto, la conducta infractora puede ser “comprada” mediante el desembolso del monto de la multa por incumplir la regulación, lo cual obedece a que desde la perspectiva disuasiva dentro de la cual funcionan las BMDSA, se asume que los regulados (personas naturales y empresas) son actores racionales que actúan persiguiendo autointeresadamente la maximización de su bienestar. Esto significa que, en la decisión de llevar a cabo una cierta actividad o conducta, el agente calculará primero si los beneficios estimados que le reportará exceden los costos y que, de ser así, el regulado procederá racionalmente, incumpliendo las reglas.<sup>72</sup> Es el reconocimiento

69 Minzner, ob. cit., p. 862.

70 Yeung, *Quantifying Regulatory*, ob. cit., p. 446, explicando el principio de proporcionalidad como retribución.

71 Resolución Exenta N° 1.002, ob. cit., p. 12.

72 Yeung, *Quantifying Regulatory*, ob. cit., p. 446.

de que el administrado es un mero “calculador amoral”<sup>73</sup> que, si tiene una especial motivación para infringir la regla, estará dispuesto a pagar el precio.<sup>74</sup>

Contra esta posibilidad se pronunció el Tercer Tribunal Ambiental en uno de los fallos ya referidos en este trabajo, afirmando que no es aceptable transformar el procedimiento administrativo sancionador en materia ambiental en un proceso de *tarificación ambiental* porque esto significaría el fracaso de la regulación sectorial:

“Esto sería, a juicio del Tribunal, apartarse del fin de la ley. En efecto, si un individuo pudiese tarifcar ex-ante el costo de su infracción, entonces podría realizar un análisis costo-beneficio, y en el caso que el costo de pagar la multa sea menor al de contaminar, entonces la legislación ambiental encontraría su objetivo derrotado.”<sup>75</sup>

#### **4.3.2.3. Variables omitidas en las BMDSA: probabilidad de detección y costo de hacer cumplir la regulación**

En concordancia con el enfoque disuasivo, las BMDSA omiten, como elementos en el modelo matemático, la probabilidad de detectar la infracción y el costo de dar cumplimiento a la regulación. Esto obedece a que dicha aproximación teórica –dentro de la cual, como se dijo, se incluye la idea de sanción óptima– asume que existe un 100% de probabilidades de detectar el incumplimiento y que no existe un costo asociado a hacer cumplir la regulación. Pero ninguna de estas opciones es realista.<sup>76</sup> Desde luego, como es obvio, no resulta posible detectar ni perseguir todas las infracciones, lo que disminuye los costos proyectados por el agente racional que calcula antes de incumplir la regulación, facilitando la decisión de cometer una infracción. Por ello, el modelo disuasivo debe ajustarse, incorporando en la determinación de la sanción dichos elementos. Tratándose específicamente de la probabilidad de detección, si esta es menor a 100%, debe aumentarse el monto de la sanción en proporción a la disminución de dicha probabilidad.<sup>77</sup>

73 Lodge y Wegrich, ob. cit., p. 76.

74 Al respecto, Feinberg, Joel, “The Expressive Function of Punishment”, en *The Monist*, Vol. 49, N° 3, (Oxford University Press) 1965, pp. 398-399.

75 3° Tribunal Ambiental, Rol R-6-2014, ob. cit., considerando 101.

76 Yeung, *Quantifying Regulatory*, ob. cit., p. 449.

77 Id.

Que el modelo matemático propuesto por la SMA en las BMDSA no contemple estas variables es especialmente sensible tomando en consideración los limitados recursos económicos y humanos de la agencia para llevar a cabo su labor. En efecto, según información proporcionada por la propia SMA:<sup>78</sup>

- i) de 11 superintendencias, fue la tercera con menores recursos de acuerdo a la Ley de Presupuestos del año 2015;
- ii) para el mes de abril de 2016, el regulador dispone de 85 personas para la fiscalización y sanción en materia ambiental; y
- iii) sumando todas las regiones del país, existe una cantidad de 12.306 unidades fiscalizables<sup>79</sup> por el regulador ambiental.

A pesar de que esta información es incompleta,<sup>80</sup> puede sostenerse que la probabilidad de detección y sanción de infracciones del órgano está lejos del 100%. Este elemento, que es una ventaja para el eventual infractor, debe incorporarse al mecanismo de cuantificación de la sanción administrativa. Lo mismo con el costo de hacer cumplir la regulación. De lo contrario, como parece acontecer actualmente con el modelo de las BMDSA, la sanción administrativa en materia ambiental omite trasladar al infractor parte del costo social de su conducta contraria a la regulación, absorbiéndolo la sociedad.

#### **4.4. ¿Por qué disuadir y no en cambio persuadir, o bien, combinar ambas estrategias responsivamente?**

##### **4.4.1. Sancionar o persuadir**

La disuasión es solo una de las dos opciones generales para implementar el cumplimiento de la regulación. Es el enfoque escogido por la SMA en las BMDSA. Según este, la sanción administrativa tiene un rol central y su imposición, como se señaló, se basa en que los administrados serían actores racionales capaces de responder a incentivos<sup>81</sup> (calculadores amorales, como

<sup>78</sup> Solicitud de acceso a la información, respondida por la SMA a través de oficio ordinario N° 1.039 de 5 de mayo de 2016.

<sup>79</sup> Conforme al catastro de unidades fiscalizables del SNIFA. Disponible en: <http://snifa.sma.gob.cl/v2/UnidadFiscalizable>.

<sup>80</sup> Pues, tratándose de la fiscalización ambiental, además de la intervención directa de la SMA, ésta se efectúa a través de organismos sectoriales y entidades técnicas de fiscalización ambiental.

<sup>81</sup> Gunningham, Neil, "Enforcement and compliance strategies, en Baldwin, Robert; Cave, Martin y Lodge, Martin, *The Oxford Handbook of Regulation*, (Oxford University Press), 2013, p. 121.



se dijo más arriba), que sopesan los costos y beneficios del cumplimiento o incumplimiento de los estándares regulatorios. Este supuesto, sin embargo, es imperfecto o al menos parcial, en la medida que las infracciones no tienen su origen en el solo análisis costo-beneficio efectuado por los regulados, sino también en motivos no estratégicos.<sup>82</sup> Empíricamente, es posible constatar que no todos los actores sujetos a una regulación se conducen por las mismas motivaciones, pues, mientras algunos lo hacen con arreglo a la racionalidad dirigida a la maximización de sus utilidades, otros se guían por la reputación, responsabilidad social, valores religiosos, apego a las normas, etc. Los estudios sociológicos referidos a sectores regulados confirman esta idea.<sup>83</sup>

Con esta constatación, en oposición a la orientación disuasiva se halla una aproximación *persuasiva* de cumplimiento regulatorio, que enfatiza la entrega de información, las recomendaciones al regulado y el intercambio comunicativo con él como herramientas claves, mientras que las sanciones solo operan como telón de fondo.<sup>84</sup> Esta estrategia pone su énfasis en la cooperación más que en la confrontación y en conciliar intereses en vez de la coerción, por lo que está asociada con el control preventivo y propone dar cumplimiento a la regulación mediante el acuerdo entre el regulador y el regulado, aconsejando y educando al infractor, buscando con ello satisfacer el mandato legal que ampliamente se ha entregado a la agencia respectiva con el objeto de mejorar los estándares regulatorios en su ámbito de competencia.<sup>85</sup>

La estrategia disuasiva, como la que afirma promover las BMDSA, parece especialmente apropiada en aquellos casos en que los regulados derechamente no quieren cumplir la regulación. De ahí que, tratándose de incumplimientos bienintencionados, un enfoque como este puede desencadenar efectos perversos: la experiencia de ser sancionado a pesar de haber actuado de buena fe puede incentivar a que los regulados se resistan a establecer compromisos con la observancia del derecho, pudiendo convertir a regulados honestos en calculadores amorales.<sup>86</sup>

Por su parte, la estrategia persuasiva tiende a producir arreglos regulatorios

---

82 Lodge y Wegrich, ob. cit., p. 78.

83 Esos estudios empíricos se encuentran expuestos en Ayres, Ian y Braithwaite, John, *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*, (Oxford University Press), 1992, pp. 22-27.

84 Lodge y Wegrich, ob. cit., p. 77.

85 Hawkins, Keith, *Law as a Last Resort: Prosecution Decision-Making in a Regulatory Agency*, (Oxford University Press), 2002, p. 421.

86 Lodge y Wegrich, ob. cit., p. 79.

en exceso cómodos que podrían desincentivar mejoras en el cumplimiento normativo. En efecto, las relaciones amables con los regulados pueden tornarse demasiado amistosas, generando incumplimientos negociados. Este enfoque puede ser inapropiado frente a administrados que se comportan como calculadores de costo-beneficio o son derechamente reacios a cumplir<sup>87</sup> y parece operar mejor en entornos donde los regulados quieren desplegar cierta conciencia social.<sup>88</sup>

Existiendo más de una posibilidad regulatoria, queda en la incógnita por qué se optó por la estrategia disuasiva en las BMDSA y no por un enfoque persuasivo, o bien, por una combinación de ambas, como se explica a continuación.

#### 4.4.2. La estrategia responsiva

Una tercera posibilidad de que disponía la SMA para confeccionar la política general de determinación de sanciones administrativas contenidas en las BMDSA, consistía en la combinación de la disuasión y la persuasión, bajo un modelo de regulación *responsiva*, que permite hacer frente a los defectos de aquellas. Según este modelo, los órganos reguladores con mejores resultados en la obtención de sus objetivos son aquellos capaces de efectuar un balance más sofisticado entre los enfoques disuasorios y persuasivos. La pregunta que formula la estrategia responsiva ya no es si alternativamente se debe sancionar o persuadir, sino que la cuestión crucial es: ¿cuándo sancionar; cuándo persuadir?,<sup>89</sup> lo que dependerá, especialmente, de las motivaciones de los regulados que, como se dijo, no siempre consistirán en puro cálculo racional.

Esto significa abrir un espacio para que el regulador utilice prácticas confrontacionales o tolerantes frente a la infracción dependiendo de si el regulado coopera o no.<sup>90</sup> De acuerdo a esta estrategia, el punto de partida de cualquier régimen de cumplimiento efectivo de la regulación está en la persuasión y el diálogo, mientras que el aumento en la intensidad de las

87 Con mayor razón puede fracasar este enfoque cuando se le combina con una teoría garantista de la sanción administrativa. En efecto, si junto con promover la persuasión se defiende que el *ius puniendi* es el origen de todo poder sancionatorio estatal, el resultado es que la estrategia persuasiva acaba siendo una limitación extra para imponer la sanción: es “un campo adicional de control jurídico de la sanción administrativa”, como lo señala Arancibia, Jaime, “El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de *ultima ratio*”, en Arancibia y Alarcón (coord.), ob. cit., p. 131.

88 Lodge y Wegrich, ob. cit., p. 79.

89 Ayres y Braithwaite, ob. cit., p. 21.

90 Id..

sanciones dependerá de *si el administrado está o no cooperando*. Esto adquiere especial sentido cuando el *enforcement* se efectúa en el contexto de una relación continua entre la agencia y el administrado,<sup>91</sup> con lo cual, es posible que existan diversos encuentros regulatorios que han de ser administrados bajo la contingencia de la cooperación. Si la agencia no se conduce responsablemente y solo aplica una política disuasiva, puede estropear de manera permanente la relación con el regulado, lo cual complota contra el principal objetivo de un órgano administrativo como la SMA, consistente en que la regulación se cumpla, es decir, que sea eficaz. La responsividad implica, pues, la posibilidad de adaptarse al tipo de administrado y reaccionar a su motivación para dar o no cumplimiento a la regulación, con el objeto de lograr en definitiva la concreción de los estándares regulatorios. A ello debe apuntar la SMA y por eso es recomendable esta estrategia. En contraste, las BMDSA disminuyen sustancialmente la capacidad responsiva del regulador ambiental al dirigirse a un solo tipo de motivación del regulado: la del cálculo económico.

La cooperación del regulado es fundamental tratándose de la aplicación de sanciones administrativas, especialmente, cuando existen restricciones en los recursos de que dispone la agencia y que esta debe maximizar, así como por la asimetría de información entre regulado y regulador. Es por ello que resulta totalmente apropiada, tratándose de literal i) del artículo 40 (referido a todo otro criterio que, según la SMA, sea relevante para la determinación de la sanción), la incorporación, en las BMDSA, de criterios de cooperación del regulado (cooperación eficaz, aplicación de medidas correctivas, presentación de autodenuncia y obstaculización del procedimiento). Si a esto se agrega que, como se explicó al inicio, el legislador no señala de qué modo deben considerarse las circunstancias al cuantificar la sanción, la discrecionalidad con que cuenta la SMA en este ámbito le permite utilizar la cooperación como el criterio determinante principal para hacerlo si adoptara una aproximación responsiva como la sugerida. Que una de las circunstancias del artículo 40 predomine en la cuantificación de la sanción es una opción plausible: es lo que las BMDSA hacen tratándose de la fórmula empleada para calcular la sanción, dando prevalencia a la circunstancia del beneficio económico obtenido con motivo de la infracción. Hay que indicar, asimismo, que la misma OECD, citada

---

91 Lodge y Wegrich, ob. cit., p. 81.

por la SMA al confeccionar las BMDSA recomienda la responsividad en el ámbito de las sanciones administrativas.<sup>92</sup>

La estrategia responsiva, con la cooperación como criterio rector para la determinación de las sanciones, permite que la SMA ejerza su discrecionalidad plenamente, ya sea:<sup>93</sup>

- i) optando entre aplicar medidas pecuniarias y no pecuniarias;
- ii) recorriendo, tratándose de las multas, entre los límites mínimos y máximos;
- iii) optando entre la clausura y la revocación de la resolución de calificación ambiental.

Lo anterior debe llevarse a cabo, ciertamente, respetando la clasificación de la respectiva infracción conforme a su gravedad, así como los rangos y montos, de acuerdo a lo dispuesto en la LOSMA.

## 5. Comentario final

Como comentario final, es posible afirmar que las BMDSA constituyen una de las posibles estrategias generales para dar cumplimiento a la regulación ambiental. Desafortunadamente, no se trata de un esquema exento de ambigüedades y omisiones. Es necesario que la SMA tenga en consideración que dispone de varios enfoques para cuantificar las sanciones administrativas y pueda así optar entre ellos de manera informada luego de haber revisado sus efectos. Lamentablemente, el modelo que la agencia ha adoptado produce una limitación (confinamiento) de la discrecionalidad que el legislador le otorgó, con lo cual mejora la posición del agente racional dispuesto a pagar la tarifa por incumplir la normativa ambiental, incluso a niveles que el Derecho Penal no plantearía. Con ello, se eleva el escrutinio por parte del órgano jurisdiccional, sin que quede claro –por no existir una explicación al respecto– si para la SMA esto es más eficiente, por ejemplo, porque la fundamentación de la aplicación de cada circunstancia del artículo 40 queda estandarizada según las BMDSA.

---

92 OECD, *Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy* (OECD Publishing) 2014, pp. 33-34. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264208117-en>.

93 Soto, ob. cit.

La confianza en el modelo matemático posibilitado por el análisis económico debe depender de si se obtienen los resultados que las BMDSA persiguen, a saber, disuadir óptimamente el incumplimiento al derecho vigente. Esta es una cuestión de carácter empírico que la SMA debe medir. Si la disuasión óptima como perspectiva de *enforcement* no logra su cometido, la estrategia debe modificarse. La función matemática no es un fin en sí mismo. Si lo son, en cambio, los objetivos que la regulación ambiental busca hacer eficaces.



**CONTRAPUNTO: PERSONAL  
A HONORARIOS EN LA  
ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**





# LA DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS A HONORARIOS EN LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO: UNA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL PELIGROSA

*Alejandro Cárcamo Righetti*<sup>1</sup>

## Resumen

En el presente trabajo analizaremos desde una perspectiva crítica un conjunto de recientes sentencias emanadas de nuestra Corte Suprema, en las cuales se ha calificado como relación de trabajo, regida por la normativa laboral, a algunos contratos a honorarios de personas que prestan servicios para la Administración del Estado, cuando se incumplen los requisitos que los respectivos estatutos administrativos exigen al efecto.

**Palabras claves:** contrato honorarios - código del trabajo - Administración del Estado - primacía de la realidad - principio de legalidad

## 1. Introducción

En derecho comparado es posible identificar dos grandes modelos de función pública diametralmente contrapuestos.<sup>2</sup>

Por un lado, el modelo abierto o anglosajón, en el cual no existe la noción de estatuto administrativo ni de carrera funcionaria, siendo el mismo régimen aplicable a los funcionarios públicos y al sector privado.

<sup>1</sup> Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Talca; Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca; Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y de la Universidad Alberto Hurtado; Profesor del Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la Universidad Diego Portales y del Magíster en Derecho LLM de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: alejandro.carcamo@mail.udp.cl

<sup>2</sup> Véase Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, (Thomson Reuters) 2014, págs. 436-437.

Por el otro, el modelo cerrado o continental europeo, al cual adscribe nuestro país –al menos formalmente–, donde existe carrera funcionaria, es decir, un sistema de regulación integral del empleo público aplicable al personal titular de planta, contenido en un estatuto jurídico especial que asegura el derecho a la estabilidad en el cargo y el derecho a la promoción o ascenso, regulándose desde el ingreso a la Administración del Estado los deberes y derechos funcionarios, la responsabilidad administrativa, hasta las causales de cesación de funciones, asuntos descritos en el artículo 15 Ley N° 18.575.

Para nosotros entonces, como ha sido reconocido por la Contraloría General de la República<sup>3</sup> (CGR), el Código del Trabajo opera como un estatuto especial aplicable a algunos trabajadores del sector público, estando incluido dentro del alcance amplio o institucional de la expresión “Estatuto Administrativo”.

El problema en la actualidad se presenta porque este modelo cerrado o continental europeo de función pública en la práctica se ha desnaturalizado, desde el momento en que el personal de planta en la Administración del Estado es proporcionalmente escaso en comparación con los empleados a contrata y las personas contratadas a honorarios.<sup>4</sup> De lo anterior surge la reacción jurisprudencial.

¿Cuál es entonces la razón de analizar la situación de las personas contratadas a honorarios por la Administración Pública, tema hasta hace algún tiempo muy poco atractivo en nuestro medio jurídico nacional, pero que en la actualidad se encuentra plenamente vigente y despierta gran interés?

Fundamentalmente, un conjunto de revolucionarios pronunciamientos emitidos durante el año 2015 por la cuarta sala de la Corte Suprema ha generado un fenómeno denominado “laboralización de los contratos a honorarios de la Administración del Estado”. Lo anterior se traduce en aplicar las normas e instituciones del derecho del trabajo a las personas vinculadas a la Administración Pública por ese tipo de contratos.

Es dable recordar que durante el año 2014, la misma sala de la Corte Suprema –con su nueva composición– comenzó a resolver de manera uniforme que el procedimiento de tutela laboral –artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo– es aplicable a los empleados públicos, siendo competentes los

3 Contraloría General de la República, Dictámenes: N°27.438, de 23 de mayo de 1957; N°84.931, de 20 de noviembre de 1972 y N°680, de 13 de enero de 1992.

4 Véase, Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 2004-2013, 08 de febrero de 2016. Disponible en: [http://www.dipres.gob.cl/594/articulos-126454\\_doc.pdf](http://www.dipres.gob.cl/594/articulos-126454_doc.pdf); Honorarios en Gobierno Central – Presentación ante la Comisión Especial Mixta de Presupuesto - Noviembre 2014, 08 de febrero de 2016. Disponible en: [http://www.dipres.gob.cl/594/articulos-125846\\_doc.pdf](http://www.dipres.gob.cl/594/articulos-125846_doc.pdf).

juzgados de letras del Trabajo para conocer las acciones de tutela de derechos fundamentales interpuestas por dichos funcionarios.<sup>5</sup>

## 2. Aproximación a la problemática

En nuestra opinión, el análisis crítico de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema en esta materia, debe hacerse desde la dimensión del derecho público administrativo. Nos parece de toda lógica que esa sea la forma correcta de enfocar el asunto, desde el momento en que la función pública –como objeto de regulación y estudio– siempre ha pertenecido al derecho administrativo y no al derecho laboral.

Esta pertenencia obedece en gran medida a lo prescrito en el artículo 1° del Código del Trabajo, cuando consigna que “las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias”. Luego, su inciso segundo preceptúa: “Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada (...) siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial”. Finalmente, su inciso tercero establece: “Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos”.

La forma de aproximarse a la revisión del tema no es baladí, ya que el derecho administrativo trabaja con categorías, instituciones y principios muy distintos a aquellos que utiliza el derecho del trabajo. Mientras algunos principios claves en el derecho del trabajo son el principio protector y el principio de primacía de la realidad, el derecho administrativo utiliza en su regulación categorías como el interés público, el interés general o la utilidad pública. Mientras en el derecho del trabajo se intenta equilibrar una relación jurídica naturalmente desigual entre empleador y trabajador, en el derecho administrativo la relación de desigualdad entre el Estado y los particulares –en todo ámbito y no solo en el derecho funcional– es parte esencial del modelo o estructura de regulación, justificado precisamente en el interés público que el primero busca satisfacer.

<sup>5</sup> Corte Suprema, Rol 10.972-2013, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 30 de abril de 2014.

Esto legitima entonces un tratamiento diferenciado para las temáticas que forman parte del derecho administrativo de aquellas que pertenecen a otras disciplinas del derecho. Es por ello que la doctrina administrativa consigna como una característica del derecho administrativo el de su originalidad: “(...) es una disciplina jurídica que tiene su propio cuerpo proposicional y doctrinal, sus propias normas y principios, de manera que no reconoce relación de especialidad respecto del derecho común o general (...)”,<sup>6</sup> es decir, contempla regulaciones propias y especiales en diversos ámbitos como, por ejemplo, en contratación administrativa, en dominio público, en responsabilidad patrimonial del Estado y, también, en lo relativo a la función pública.

Nos parece importante resaltar que el empleo público no es una situación carente de regulación y que, por lo mismo, deba ser absorbida fácil y livianamente por el derecho del trabajo. Muy por el contrario, la función pública, entendida desde una perspectiva subjetiva como el conjunto de funcionarios públicos –elemento o recurso humano– y el régimen jurídico que les resulta aplicable,<sup>7</sup> encuentra profusa regulación en el derecho administrativo, no pudiendo entonces desatenderse dicha reglamentación particular.

### **3. Regulación de los contratos a honorarios en la Administración del Estado**

De acuerdo a lo prevenido en los artículos 2° y 11 de la Ley N°18.834, el legislador confió la ejecución de las tareas necesarias para cumplir las funciones públicas que la ley asigna a cada institución; en primer lugar, a la dotación permanente de la misma, constituida por los funcionarios de planta; luego, a aquella dotación transitoria, esto es, a los empleados a contrata y, finalmente, de manera excepcional y restringida, a quienes sirven labores en calidad de contratados a honorarios, tal como lo ha manifestado la CGR en los dictámenes N°s. 6.130/1.972; 28.161/1.987; 23.325/1.998; 7.023/2.005 y 25.694/2.005, entre otros.

Tanto el artículo 11 de la Ley N°18.834 como el artículo 4 de la Ley N°18.883 autorizan a la Administración del Estado para contratar a personas bajo la modalidad de honorarios. La CGR –frente a la ausencia de una definición

6 Pantoja, Rolando, *El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización y prospección*, (Editorial Jurídica de Chile) 2007, pág. 87.

7 Véase Bermúdez, ob. cit., p. 435.

legal— ha definido el contrato a honorarios como “un mecanismo de prestación de servicios que permite a la Administración del Estado, contar con la asesoría de especialistas en determinadas materias, siempre que se trate de realizar funciones propias del respectivo servicio, cuando presenten carácter de ocasional y no habitual, o presentándolo, se hallen circunscritas a cometidos específicos del servicio”.<sup>8</sup>

“Por regla general, la contratación a honorarios sólo procede para realizar tareas accidentales y, excepcionalmente, para efectuar labores habituales cuando se trata de cometidos específicos, claramente determinados e individualizados, sin que lo anterior signifique que una entidad pública pueda llegar a desarrollar sus funciones permanentes a través de este procedimiento”.<sup>9</sup>

De este modo, los requisitos que imponen las normas citadas para proceder a dicha contratación —las cuales son de similar tenor—, son los siguientes:

a) Profesionales y técnicos de educación superior; expertos en determinadas materias,<sup>10</sup> extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución,<sup>11</sup> o

b) Personas que reúnan algunas de las calidades<sup>12</sup> precedentemente aludidas para la prestación de servicios que impliquen cometidos específicos, aunque se trate de labores no accidentales y habituales de la institución, debiendo en todo caso, según la jurisprudencia de la CGR, ser “labores puntuales, claramente individualizadas y delimitadas en el tiempo”.<sup>13</sup> Esta última hipótesis constituye una excepción a la regla del literal a), motivo por el cual

8 Contraloría General de la República, Dictamen N° 16.220, de 25 de mayo de 1982.

9 Contraloría General de la República, Dictámenes: N° 25.333, de 4 de septiembre de 1990; N° 27.604, de 26 de agosto de 1997; N° 2.095, de 19 de enero de 1998; N° 40.021, de 2 de noviembre de 1998; N° 20.045, de 16 de mayo de 2003.

10 Según la CGR “ (...) Tienen la calidad de expertos quienes poseen un especial conocimiento de una determinada materia, dada su práctica, habilidad o experiencia en la misma, situación que debe acreditarse mediante documentación fidedigna” (Contraloría General de la República, Dictamen N° 21.358, de 26 de mayo de 2003).

11 Según la CGR “se entiende por labores accidentales y no habituales del Servicio, aquellas que siendo propias del organismo, son ocasionales, es decir, circunstanciales y distintas de las realizadas por el personal de planta o a contrata” (Contraloría General de la República, Dictamen N° 25.095, de 19 de julio de 1994).

12 Contraloría General de la República, Dictamen N° 44.597, de 18 de noviembre de 1999.

13 Contraloría General de la República, Dictámenes: N° 822, de 10 de enero de 1995; N° 22.650, de 16 de julio de 1996; N° 27.604, de 26 de agosto de 1997; N° 36.610, de 3 de octubre de 2001; 7.301, de 15 de febrero de 2002; N° 20.045, de 16 de mayo de 2003; N° 55.757, de 9 de noviembre de 2004; N° 713, de 7 de enero de 2011; N° 70.929, de 15 de noviembre de 2012; N° 493, de 3 de enero de 2014.

la renovación periódica de estos cometidos específicos puede estimarse como una desviación de las potestades del organismo público. Volveremos sobre este punto más adelante.

La CGR ha dictaminado que “el fundamento legal de las contrataciones a honorarios, es una norma especial a la regla general establecida en el Estatuto Administrativo, debiendo interpretarse restrictivamente, de tal modo que sólo puede emplearse esa modalidad cuando deban realizarse labores accidentales que no sean las habituales del organismo, o la prestación de servicios para cometidos específicos, esto es, tareas puntuales que deben individualizarse de forma precisa, determinada y circunscrita a un objetivo especial, siendo imposible encomendar el desarrollo de cometidos genéricos. Enseguida, y según el Diccionario de la Real Academia, el término “asesorar”, empleado en un contrato a honorarios, no cumple las características de precisión y determinación exigidas por la ley, pues se define como dar consejo o dictamen, tomar consejo del letrado asesor o consultar su dictamen; tomar consejo una persona de otra o ilustrarse con su parecer. Así, un cometido funcionario en términos de “asesoría de” es una expresión amplia y ambigua, y fuera de la ley, por cuanto dependiendo de la conducta del asesor, la asesoría puede abarcar cometidos genéricos e indeterminados o la no realización de ninguna labor en particular, dado que el acto de “asesorar” no satisface el requisito de especificidad y precisión establecido por el legislador”.<sup>14</sup>

“La contratación a honorarios procederá cuando exista una imposibilidad de ejecución directa de la prestación por parte de una institución pública, de tal forma que con sus recursos humanos propios no tenga la capacidad técnica o la disponibilidad temporal para ejecutar eficiente y oportunamente los trabajos encomendados. La labor que se contrate debe ser útil a la institución, por lo que su omisión o su deficiente cumplimiento han de acarrear un perjuicio al logro de sus fines y tareas”.<sup>15</sup>

Las contratos a honorarios, según lo ha señalado la CGR y la doctrina, constituyen una modalidad de servicios particulares a la Administración que no otorga la calidad de funcionario público,<sup>16</sup> motivo por el cual no les son aplicables las normas del estatuto administrativo, sino que quedan regidos

<sup>14</sup> Contraloría General de la República, Dictamen N° 45.711, de 5 de diciembre de 2001.

<sup>15</sup> Contraloría General de la República, *Estatuto Administrativo Interpretado, Concordado y Comentado*, 2008, pág. 67.

<sup>16</sup> Contraloría General de la República, Dictámenes: N° 11.862, de 19 de abril de 1990 y N° 10.538, de 27 de marzo de 2000.

por las reglas de sus respectivos contratos –cuyos contenidos deben necesariamente ajustarse al carácter público que posee la parte que requiere de los servicios que se prestarán<sup>17</sup>–y, supletoriamente, por las normas del Código Civil.<sup>18</sup> Lo anterior implica que no están sujetos a la noción de carrera funcionaria, no ocupan un cargo público y, por tanto, no ostentan los derechos básicos que el ordenamiento legal reconoce a los funcionarios públicos. Ni siquiera la circunstancia consistente en que en los contratos a honorarios se incluyan cláusulas que contemplen derechos y obligaciones similares a los previstos en el estatuto administrativo,<sup>19</sup> autoriza para considerar a los contratados a honorarios como funcionarios públicos.<sup>20</sup>

Por lo señalado anteriormente, los contratados a honorarios no pueden desarrollar tareas que correspondan a cargos de jefaturas, dada la transitoriedad de sus empleos, que se contraponen con la permanencia y habitualidad que caracteriza a las labores directivas, sumado que al no poseer la calidad de funcionarios públicos, carecen de responsabilidad administrativa,<sup>21</sup> salvo que detenten la calidad de “*agente público*” que se da a determinados contratados a honorarios en conformidad a la ley<sup>22</sup>. Así, por regla general, “(...) si incurren en actos que contravengan las normas o estipulaciones contenidas en el convenio, sólo cabe que la autoridad administrativa competente ponga término al contrato y si las circunstancias lo ameritan, se recurra a los tribunales de justicia (...)”.<sup>23</sup>

17 Contraloría General de la República, Dictámenes: N° 18.314, de 18 de abril de 2005 bis y N° 25.694, de 30 de mayo de 2005.

18 Contraloría General de la República, Dictámenes: N° 52.084, de 19 de noviembre de 2007 y N° 43.368, de 19 de julio de 2012.

19 En todo caso, si bien es posible concederles análogos derechos o beneficios que los establecidos para los servidores a quienes sí se aplican las normas de los estatutos administrativos, como feriados, licencias, permisos, horas extraordinarias, cursos de capacitación, entre otros, es menester que se trate de beneficios económicos o estatutarios semejantes a los que se reconocen a los funcionarios públicos en los mencionados cuerpos legales, siempre que respecto de los contratados a honorarios se cumplan las mismas condiciones y requisitos que los que se exigen para que los funcionarios públicos impetren tales franquicias, todo ello, por cierto, en la medida que tales beneficios se hayan expresamente acordado en el respectivo contrato. En todo caso, estos beneficios no pueden ir más allá de los que la ley establece para quienes tienen la calidad de funcionario público. (Contraloría General de la República, Dictámenes: N° 12.304, de 15 de abril de 1996; N° 28.235, de 30 de julio de 2001; N° 52.135, de 18 de diciembre de 2002; N° 29.501, de 14 de julio de 2003 y N° 14.471, de 23 de marzo de 2004).

20 Contraloría General de la República, Dictamen N° 39.451, de 28 de noviembre de 1997.

21 Contraloría General de la República, Dictámenes N° 8.148, de 9 de marzo de 1994; N° 2.095, de 19 de enero de 1998; N° 34.663, de 9 de julio de 2004 y N° 23.006, de 17 de mayo de 2006.

22 Contraloría General de la República, Dictámenes N° 22.379, de 22 de junio de 1999; N° 49.634, de 26 de diciembre de 1999; N° 12.446, de 11 de marzo de 2004; N° 39.013, de 3 de agosto de 2004 y N° 40.198, de 25 de agosto de 2006.

23 Contraloría General de la República, Dictámenes N°: 12.717, de 28 de mayo de 1991; N° 8.148, de 9 de

No obstante lo señalado, la misma CGR, a partir de lo prescrito en el artículo 8° de la Constitución Política de la República –y el artículo 5°, inciso 8°, de la Ley N° 19.896–, les reconoce a los contratados a honorarios la calidad de servidores públicos o estatales,<sup>24</sup> ya que en el cumplimiento de su contrato desempeñarían una función pública. Lo anterior, para efecto de hacerles extensiva la aplicación de las normas generales y especiales sobre probidad administrativa, fundamentando que “la circunstancia que a los contratados a honorarios no les sean aplicables determinadas normas del estatuto administrativo, no significa que no les afecten aquellas relativas al cumplimiento de los principios jurídicos de bien común que sustentan el régimen estatutario de derecho público, contenidas en otros textos normativos. Así, las disposiciones del Título III de la ley 18.575, que consagran y resguardan el principio de probidad administrativa, deben observarlos todos quienes ejercen una función pública, incluidos los contratados a honorarios, atendido que prestan servicios al Estado en virtud de un contrato suscrito con un organismo público, independientemente de la relación jurídica que una a las personas de que se trata con la Administración (...)”.<sup>25</sup>

#### 4. Análisis de la problemática de fondo

La regulación que el legislador nos proporciona en lo relativo a las personas contratadas a honorarios -en los artículos 11 de la Ley N°18.834 y 4 de la Ley N°18.883-, según lo ha sentenciado el Tribunal Constitucional en conocimiento de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, resulta ajustada a la Carta Fundamental aplicar el principio de deferencia razonada.<sup>26</sup>

Por ejemplo, si un órgano administrativo requiere la elaboración de un informe en derecho, la asesoría en una temática especializada, la realización de algún estudio determinado o el desarrollo de una capacitación de su

---

marzo de 1994; N° 14, de 2 de enero de 1996; N° 2.095, de 19 de enero de 1998 y N° 50.013, de 29 de diciembre de 2000.

24 Contraloría General de la República, Dictámenes N°: 86.190, de 31 de diciembre de 2013 y N° 493, de 3 de enero de 2014.

25 Contraloría General de la República, Dictámenes N°: 10.718, de 24 de marzo de 1998; N° 39.497, de 16 de octubre de 2000; N° 8.233, de 7 de marzo de 2001; N°32.287, de 29 de agosto de 2001; N° 52.058, de 18 de diciembre de 2002; N°40.679, de 22 de septiembre de 2003; N°140, de 5 de enero de 2004 y N°8.260, de 19 de febrero de 2004.

26 Tribunal Constitucional, Roles 2.096-2.011-INA, 2.097-2.011-INA, 2.098-2.011-INA; 2.099-2.011-INA (acumulados), sentencia de fecha 23 de agosto de 2012.



personal, parece evidente permitirle recurrir al mecanismo del contrato a honorarios para obtenerla.

El problema entonces radica en el abuso en que incurre la Administración del Estado al usar las contrataciones a honorarios para reclutar a personas fuera de las restringidas hipótesis previstas en las normas en cuestión con algún grado de pasividad de la CGR. De esa manera, mantienen a personas contratadas a honorarios a través de la suscripción de sucesivos contratos –muchas veces sin solución de continuidad–, generando un vínculo permanente e ininterrumpido por larguísimos periodos de tiempo, bajo lo que podría denominarse, desde la perspectiva del derecho del trabajo, como “subordinación y dependencia”, de acuerdo a lo señalado en los artículos 7 y 8 Código del Trabajo.

Lamentablemente la figura del contrato a honorarios, bajo la lógica señalada, ha sido una herramienta profusamente utilizada en la Administración Pública, pero con el paso del tiempo dicha situación se ha vuelto insostenible.

Dada la precaria situación jurídica de las personas contratadas a honorarios por la Administración del Estado en estas condiciones, es que mediante el Proyecto de Resolución N° 256, de fecha 10 de diciembre de 2014, un conjunto de diputados solicitan a la Presidenta de la República “subsanan al corto plazo la situación de los contratados a honorarios, reconociéndoles un mínimo de derechos funcionarios que les permita acceder a una serie de beneficios que el resto de los trabajadores públicos gozan”. Actualmente, según la CGR, las personas contratadas a honorarios solo gozan de los beneficios establecidos en sus respectivos contratos.<sup>27</sup>

Nuestra Corte Suprema, hasta comienzos del año 2015, conociendo de recursos de casación, primero, y de unificación de jurisprudencia, después, todos referidos a la materia, había sido uniforme en orden a sentenciar que “las relaciones habidas entre las personas contratadas para prestar servicios en organismos de la administración descentralizada del Estado, a través de contratos de prestación de servicios a honorarios, se rigen por las estipulaciones contenidas en dichas convenciones y no les resultan aplicables las normas del Código del Trabajo (Corte Suprema, Rol N° 5.995-2.012, sentencia de reemplazo de la resolución de la Corte de Apelaciones, considerando décimo). Fallos acogidos siguiendo esta doctrina: 1. Corte Suprema, 03/04/2.013, Rol: 5.995-2.012; 2. Corte Suprema, 14/03/2.013, Rol: 7.767-2.012; 3. Corte

<sup>27</sup> Contraloría General de la República, Dictámenes N°: 12.304, de 15 de abril de 1996; N° 28.235, de 30 de julio 2001; N° 52.135, de 18 de diciembre de 2002; N° 29.501, de 14 de julio de 2003 y 14.471, de 23 de marzo de 2004.

Suprema, 29/11/2.012, Rol: 1.838-2.012; 4. Corte Suprema, 29/05/2011, Rol: 8.118-2.011; 5. Corte Suprema, 25/04/2.012, Rol: 5.839-2.011. Fallos rechazados siguiendo esta doctrina: 1. Corte Suprema, 30/08/2.012, Rol: 462-2.012; 2. Corte Suprema, 27/06/2.012, Rol: 5.544-2.011”.<sup>28</sup>

No obstante lo señalado, contrariando toda su jurisprudencia anterior, la Corte Suprema en sentencia pronunciada en causa Rol 11.584-2.014, de fecha 1 de abril de 2015, acogió un recurso de unificación de jurisprudencia, por medio del cual, haciendo aplicación de las normas del Código del Trabajo, calificó como relación laboral un contrato de honorarios celebrado por un particular con la Municipalidad de Santiago. Lo mismo ocurrió en causa Rol 24.388-2.014, de fecha 9 de julio de 2015, en que se determinó la existencia de vínculo laboral entre el Municipio de San Antonio y un trabajador a honorarios. Sin perjuicio de lo anterior, en la causa Rol 24.904-2.014, de fecha 5 de agosto de 2015, la Corte Suprema retoma su criterio original, acogiendo un recurso de unificación de jurisprudencia, descartando aplicar el estatuto laboral a una relación a honorarios con la Municipalidad de San Juan de la Costa. Finalmente, en causa Rol 23.647-2.014, sentencia de fecha 6 de agosto de 2015, la Corte Suprema vuelve a acoger un recurso de unificación de jurisprudencia declarando la existencia de un vínculo laboral entre el Servicio de Vivienda y urbanismo Metropolitano y una persona contratada a honorarios.

En los procesos judiciales anteriormente señalados, la Corte Suprema llega a una decisión que desde el punto de vista de la justicia y la equidad difícilmente podríamos rebatir, pero jurídicamente yerra en el razonamiento lo que transforma en errada la decisión, ya que la aproximación al conflicto es realizada desde la perspectiva del derecho del trabajo, dejando de lado algunas premisas básicas del derecho administrativo.

Los órganos de la Administración del Estado –por regla generalísima- no tienen potestad –es decir, habilitación legal previa y expresa– para celebrar un contrato de trabajo. Por lo anterior, es jurídicamente imposible que la Administración tras un contrato de honorarios pretenda disfrazar u ocultar una relación laboral, como sí ocurre en el sector privado. De este modo, al no gozar de autonomía de la voluntad, el órgano infringiría el principio de

<sup>28</sup> Corte Suprema, Dirección de Estudios, Análisis y Evaluación, Sistematización de la doctrina establecida por la Corte Suprema en materia laboral a través de los recursos de unificación de jurisprudencia acogidos y rechazados entre los meses de enero de 2011 y agosto de 2014, 9 de febrero de 2016. Disponible en: [http://decs.pjud.cl/Documentos/Jurisprudencia/Unificacion\\_jurisprudencia\\_laboral.pdf](http://decs.pjud.cl/Documentos/Jurisprudencia/Unificacion_jurisprudencia_laboral.pdf)

juridicidad contenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución y 2 de la Ley N°18.575 – que debe observar en su actividad permanentemente– al celebrar un contrato de trabajo.<sup>29</sup>

Luego, no se explica cómo es posible que la Corte Suprema, aplicando el principio de primacía de la realidad<sup>30</sup> –única forma de incardinar la situación de hecho en la normativa laboral–, pueda calificar como contrato de trabajo una relación a honorarios cuando esta excede los requisitos que las normas estatutarias prevén para proceder a dicha contratación, si en la “realidad” el órgano administrativo nunca estuvo facultado por el ordenamiento jurídico para celebrar ese contrato de trabajo. Lo precedente representa una grave inconsistencia que puede ser calificada, sin ironía, como un acto de prestidigitación: el Tribunal le reconoce implícitamente al órgano público una potestad que no le es atribuida expresamente por el legislador.

Adicionalmente, en nuestra opinión, el artículo 1 del Código del Trabajo no resulta aplicable a los contratados a honorarios por la Administración del Estado,<sup>31</sup> ya que no estamos jurídicamente en presencia de un funcionario público como lo ha sostenido invariablemente la doctrina y la CGR. Si esta fuera la conclusión acertada, sería imposible extender la aplicación de sus normas –ni aún supletoriamente– a los contratados a honorarios invocando dicha disposición, los que quedarían regidos exclusivamente por sus contratos y las normas del Código Civil sobre arrendamiento de servicios inmateriales.

Luego, si consideráramos que sí responden a la categoría de funcionarios o trabajadores públicos – como pareciera entenderlo la Corte Suprema en los fallos revisados<sup>32</sup>–, efectuando una correcta aplicación del artículo 1 del Código del Trabajo, las personas contratadas a honorarios tendrían como régimen especial su contrato a honorarios y el Código Civil, siéndoles por tanto inaplicables las normas del Código del Trabajo en bloque o, lo que es lo mismo, no

---

29 Corte Suprema, Rol 24.904-2.014, sentencia de unificación de jurisprudencia, de fecha 5 de agosto de 2015, considerando octavo.

30 Corte Suprema, Rol 11.584-2.014, sentencia de reemplazo, de fecha 01 de abril de 2015, considerando séptimo; Corte Suprema, Rol 24.388-2.014, sentencia de unificación de jurisprudencia, de fecha 9 de julio de 2015, considerando séptimo.

31 Corte Suprema, Rol 24.904-2.014, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 5 de agosto de 2015, considerando noveno.

32 Corte Suprema, Rol 11.584-2.014, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 1 de abril de 2015, considerando quinto, octavo, noveno y décimo; Corte Suprema, Rol 24.388-2.014, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 9 de julio de 2015, considerando sexto y séptimo; Corte Suprema, Rol 23.647-2.014, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 6 de agosto de 2015, considerando quinto, octavo, noveno y décimo.

sería posible encuadrarlos en toda la normativa contenida en el Código del Trabajo. Más aún si se considera lo señalado por el Tribunal Constitucional en los requerimientos citados anteriormente en este artículo: “la persona se compromete voluntariamente a realizar estos servicios, sin reclamos, ajustándose a los derechos y obligaciones que emanan precisamente de sus contratos a honorarios”.<sup>33</sup> No es posible olvidar que la buena fe es un principio general del derecho plenamente aplicable a las relaciones entre los particulares y el Estado. Desde esta dimensión, las personas contratadas a honorarios conocen desde un inicio la naturaleza y condiciones de su contratación, no requieren de concurso público para ser contratadas y en la mayoría de los casos perciben un honorario superior al que les correspondería si ingresaran a un cargo de carrera en calidad de titular –último grado de la planta respectiva– (artículo 17 Ley N° 18.834).

De este modo, no cabe sino descartar la aplicación del Código del Trabajo a las personas contratadas a honorarios, ya que “en dichos casos conocidos por la jurisprudencia, no se trata de hacer efectivas, de modo subsidiario, ciertas reglas del Código Laboral a los funcionarios de un servicio público, en defecto de las disposiciones estatutarias a que ellos están sometidos, sino de encuadrar la situación de los actores a toda la normativa que contiene dicho Código, en circunstancias que sus servicios se ejecutaron merced a una modalidad prevista y autorizada por la ley que rige a ese organismo”.<sup>34</sup> Es decir, en estos casos no existiría supletoriedad de la normativa laboral, pese a que la disposición del artículo 1° del Código del Trabajo refiere a que los funcionarios públicos regidos por estatutos o regímenes especiales no quedan sujetos a las normas de dicho Código, sino supletoriamente –en aquellos aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos–, siempre que no sea contrario a su régimen especial.

Siendo así, no nos parece del todo acertado sostener –como lo hace nuestra Corte Suprema<sup>35</sup>– que el Código del Trabajo constituye la regla general en el ámbito de las relaciones laborales, incluyendo dentro de esta noción las relaciones entre el Estado y el personal que labora en sus organismos. Dicha aseveración es correcta en la dimensión de las relaciones de trabajo en el sector

---

33 Tribunal Constitucional, Roles 2.096-2.011-INA, 2.097-2.011-INA, 2.098-2.011-INA; 2.099-2.011-INA (acumulados), sentencia de fecha 23 de agosto de 2012.

34 Corte Suprema, Rol 4.284-2.007, sentencia de fecha 6 de marzo de 2008, considerando octavo.

35 Corte Suprema, Rol 24.388-2.014, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 9 de julio de 2015, considerando octavo; Corte Suprema, Rol 23.647-2.014, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 6 de agosto de 2015, considerando noveno.

privado, pero es tremendamente discutible si la analizamos en el plano de la función pública, donde el sistema general aplicable es estatutario –artículo 15 Ley N°18.575–, caracterizado por la existencia de un régimen integral aplicable al empleo público, donde incluso el Código del Trabajo tiene la categoría de estatuto administrativo especial frente a la Ley N°18.834 que contiene el estatuto general. Aquí se olvida, precisamente, la característica de originalidad que la doctrina atribuye al derecho administrativo.

Entender entonces como plenamente aplicable el Código del Trabajo a las personas contratadas a honorarios en virtud de lo dispuesto en su artículo 1 (asumiendo que los mismos son funcionarios o trabajadores públicos, cuestión que no compartimos), implicaría entrar en contradicción con el artículo 15 de la Ley N°18.575, que prescribe: “El personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones”.

Con todo lo anterior, de modo alguno pretendemos legitimar la extendida e ilegal práctica en que incurre la Administración del Estado al abusar de la contratación a honorarios. Por el contrario, entendemos que dicha actividad pugna con el principio de juridicidad que deben observar todos los órganos del Estado –artículos 6 y 7 de la Constitución y artículo 2 de la Ley N° 18.575–, pudiendo ser catalogada como una desviación en el ejercicio de potestades públicas,<sup>36</sup> ya que se utiliza un poder o facultad legal con una finalidad distinta de aquella para la cual fue conferida.

Siguiendo el razonamiento de la CGR,<sup>37</sup> la contratación que permiten los artículos 11 de la Ley N°18.834 y 4 de la Ley N°18.883, no puede significar que, mediante esa modalidad, un ente público llegue a desarrollar sus labores permanentes como ocurre en algunos casos, pues ello vulnera el estatuto administrativo y las bases mismas de la organización del Estado. La prestación de servicios personales debe ser excepcional y eminentemente transitoria, característica que se pierde con su reiteración en el tiempo, que la transforma en una labor permanente y habitual. Es así como la atribución de contratar personal a honorarios no puede significar que el órgano público llegue a desarrollar indefinidamente sus labores habituales utilizando los servicios

36 Véase Contraloría General de la República, Dictámenes N° 20.045, de 16 de mayo de 2003 y N° 57.217, de 6 de diciembre de 2005.

37 Contraloría General de la República, Dictámenes N°: 20.045, de 16 de mayo de 2003 y N° 57.217, de 6 de diciembre de 2005.

de personas contratadas conforme a esa modalidad, pues para tales fines el ordenamiento jurídico contempla las dotaciones de personal de planta y los empleos a contrata.

Pero en definitiva, ¿cuál es la consecuencia que traería aparejada dicha infracción al principio de legalidad en que incurren algunos organismos de la Administración del Estado?

Nos parece que la respuesta no es simple y debe desprenderse del ordenamiento jurídico administrativo constitucional y legal. En principio, consideramos que las sanciones serían: responsabilidad respecto del órgano que contrata contrariando las disposiciones legales –incisos finales, artículos 6 y 7 de la Constitución– y nulidad de derecho público –en su caso– u otras “sanciones que determine la ley” –incisos finales, artículos 7 y 6, respectivamente, de la Constitución– respecto de la resolución o decreto alcaldicio aprobatorio –según corresponda que formaliza el contrato a honorarios.

Es claro, a lo menos, que nuestro ordenamiento jurídico no ha previsto como sanción frente a la infracción del principio de juridicidad –en que se incurre al contratar a personas a honorarios fuera de las restringidas hipótesis legales– que esa relación mute a un contrato de trabajo.

#### ***4.1 Un riesgo latente: la extensión del criterio de hermenéutica a los empleados a contrata***

El mismo predicamento anterior en orden a calificar como contrato de trabajo una relación no reconocida formalmente como tal, se ha pretendido utilizar en los empleos a contrata,<sup>38</sup> sin que hasta la fecha se haya impuesto, afortunadamente, esa tesisura.

En nuestra opinión, no cabe duda que la norma del artículo 1° del Código del Trabajo impide la aplicación de la totalidad de sus disposiciones, ya que los empleados a contrata son funcionarios públicos y están sujetos al estatuto administrativo, teniendo derechos y deberes estatutarios, es decir, una regulación integral e incompatible con las normas del Código Laboral. Así, al pretender calificar como contrato de trabajo un empleo a contrata que se ha extendido por largo espacio de tiempo, vale decir, transgrediendo su característica de transitoriedad –artículo 3 letra c) y 10 Ley N° 18.834–, no existiría aplicación supletoria del Código del Trabajo, sino aplicación cabal

<sup>38</sup> Véase Corte Suprema, Rol 5.509-2.012, sentencia de fecha 2 de octubre de 2012, prevención del Ministro Señor Cerda.

del mismo, olvidando la regulación especial y, por tanto, lo previsto en el mismísimo artículo 1º del Código antes citado.

No obstante el argumento anterior, la amenaza que implica la extensión del criterio de hermenéutica –que ha venido aplicando nuestra Corte Suprema para los contratados a honorarios– hacia los empleados a contrata, es latente, con el grave riesgo de hacer tambalear aún más el patrimonio público.

## **5. Consecuencia positiva y negativa del nuevo criterio jurisprudencial. Propuestas de solución**

Independientemente de las críticas jurídicas que a favor o en contra se puedan deducir respecto de esta novedosa postura jurisprudencial de la cuarta sala de la Corte Suprema, lo cierto es que, si bien por una parte genera un favorable escenario para las personas irregularmente contratadas a honorarios (ya que al ser desvinculadas pueden acudir a los tribunales de justicia para que se les reconozca su calidad de trabajadores regidos por el Código del Trabajo y, en consecuencia, se declare su derecho a percibir las indemnizaciones legales –sustitutiva del aviso previo y por año de servicio– y al entero de las cotizaciones previsionales que la normativa laboral y de seguridad social prevé) no es dable olvidar que, por otra parte, genera una serie de repercusiones negativas, ya que pone en vilo las contrataciones a honorarios en el sector público por el significativo –podríamos decir ruinoso– impacto que dichos pronunciamientos pueden tener en el patrimonio público.

Frente a la nueva tesitura adoptada en la materia por la Corte Suprema y sus inciertas consecuencias, han surgido diversas propuestas de solución. Algunos han señalado que una fórmula sería ingresar a las plantas de personal de las respectivas instituciones a las personas que hoy están contratadas a honorarios. Otros, consideran que lo resuelto por la Corte Suprema no puede llevar a una incorporación de todos los trabajadores a honorarios a la planta de los servicios, sino que habría que hacer una revisión de cada caso, ser más eficientes y optimizar al Estado para que trabaje con el mejor personal posible. Hay también quienes consideran que la clave está en hacer una revisión completa del Estatuto Administrativo –ya que es muy antiguo– mejorando, de paso, el Sistema de Alta Dirección Pública. Finalmente, algunos

plantean que el Código del Trabajo debiera regir tanto a los trabajadores del sector privado como del sector público, con algunas excepciones para los casos que así lo requieran.<sup>39</sup> Cualquier solución de las manifestadas, en todo caso, exige de una modificación legal.

## 6. Conclusión

La regulación que actualmente nos ofrece el derecho administrativo en lo relativo a la función pública adolece de una serie de aspectos críticos que es necesario mejorar a través de una profunda reforma legal –piénsese en los excesivos empleos a contrata con cláusula “*mientras sean necesarios sus servicios*”; en la inexistencia de una regulación que reconozca derechos colectivos de tipo laboral a los funcionarios públicos; en la situación de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos al interior de la Administración del Estado; en la numerosa cantidad de personas contratadas a honorarios y en los recurrentes abusos que se cometen en el ejercicio de las potestades disciplinarias que el ordenamiento jurídico reconoce a las autoridades y jefaturas-.

La línea jurisprudencial seguida en las sentencias analizadas en este trabajo, sin duda, constituye un fuerte llamado de atención al Estado en su faceta de empleador, en orden a terminar con la precarización e informalidad laboral en el sector público, la que se encuentra proscrita en un estado de derecho como el nuestro.<sup>40</sup>

No obstante lo anterior, según nuestro parecer, dichas problemáticas deben ser abordadas desde el derecho administrativo –con sus normas y principios- y no generando un trasplante automático de las reglas e instituciones del derecho del trabajo.

El vínculo entre el Estado y el funcionario público no es idéntico a la relación entre el empleador y el trabajador en el sector privado. En el derecho administrativo la relación de desigualdad o de supra-ordenación entre el Estado y los particulares no busca equilibrarse –como sí ocurre en el derecho del trabajo entre empleador y trabajador-. La relación de preeminencia del

<sup>39</sup> Véase *La Tercera*, El Fallo que pone en vilo la contratación a honorarios en el sector público, 17 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2015/04/655-625959-9-el-fallo-que-pone-en-vilo-la-contratacion-a-honorarios-en-el-sector-publico.shtml>

<sup>40</sup> <http://www.prosindical.cl/tembla-el-estado-corte-suprema-reconoce-relacion-laboral-a-trabajador-a-honorarios/>, Tiembla el estado: Corte Suprema reconoce relación laboral a trabajador contratado “a honorarios”, 18 de febrero de 2016.



Estado sobre los particulares en el ámbito del derecho público administrativo encuentra su justificación en el interés general que el primero está llamado a satisfacer, en virtud de diversos mandatos constitucionales que no solo obran como un límite al ejercicio del poder público, sino que también como mandatos de optimización de ciertos bienes o valores colectivos constitucionalmente legítimos y valiosos.

Así, las mejoras necesarias de introducir en el ámbito normativo de la función pública –las cuales son numerosas- deben hacerse desde el derecho administrativo, teniendo en consideración su estructura y modelo de regulación, única manera de conciliar adecuadamente los derechos individuales de los funcionarios públicos y los intereses generales, el bien común de la colectividad, que está llamado a satisfacer la Administración del Estado.

Importar soluciones jurisprudenciales improvisadas de manera automática desde el derecho del trabajo, por seductor que esto parezca, claramente no es la decisión acertada, ya que es una disciplina jurídica que no sensibiliza con los valores y bienes tutelados por el derecho administrativo.

La definición es más trascendente de lo que parece. Por lo anterior, consideramos que la tarea está entregada al legislador, ya que es urgente modernizar nuestra regulación relativa a la función pública –incluyendo una reglamentación eficiente de la huelga, de la sindicación y de la negociación colectiva–; adecuar las plantas de personal de los servicios públicos a sus actuales necesidades –para evitar el uso indiscriminado de los empleos a contrata y los contratos a honorarios– y, en definitiva, construir un marco normativo que en su aplicación, efectivamente, respete la dignidad de la función pública, suprimiendo los abusos por parte de las jefaturas y autoridades.

# LA PROBLEMÁTICA DEL PERSONAL A HONORARIOS DEL ESTADO

*Karla Varas Marchant<sup>1</sup>*

## Resumen

Para los efectos de alivianar la carga en materia de protección laboral, es conocido dentro de nuestra cultura empresarial el uso de distintos subterfugios para esconder la calidad de trabajadores dependientes. La contratación a honorarios o la figura del emprendedor –un prestador de servicios del empleador– son las más habituales.

El Estado no está ajeno a estas prácticas elusivas, y es por eso que con razón, en el sentir de muchos ciudadanos, está presente la idea de que el Estado es el peor empleador, el cual, a diferencia de lo que podríamos esperar, mantiene vínculos precarios y sin protección laboral o estatutaria con gran parte de su personal, en la administración centralizada, descentralizada y municipal.

Es por eso que el derecho del trabajo, caracterizado por su fuerza expansiva y protectora, ha debido recorrer un arduo camino para entregar protección eficaz a quienes podríamos considerar los más desprotegidos del Estado.

Esta protección ha sido posible gracias al desarrollo jurisprudencial que ha existido en el último tiempo, principalmente en sede de Unificación de Jurisprudencia, recurso que es deducido ante la Corte Suprema dentro de un procedimiento laboral denominado de aplicación general.

**Palabras claves:** personal a honorarios – desviación de poder – aplicación supletoria del Código del Trabajo – existencia vínculo laboral.

---

<sup>1</sup> Karla Varas Marchant, Investigadora Adjunta Universidad Diego Portales, Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Talca, Candidata a Doctora en Derecho Universidad Diego Portales, Becaria Conicyt.

## 1. Introducción

La relación laboral pública, en su concepción clásica, es regulada por un régimen de derecho público, de carácter estatutario y no contractual, que excluye la acción del derecho del trabajo que rige al trabajador subordinado del sector privado.

Si bien el campo de acción del derecho del trabajo, en sus orígenes, se centró en el trabajador subordinado del sector privado, con el tiempo se fue expandiendo hacia otras formas de trabajo humano, en razón de la atracción que ejerce su estatuto protector.

Poco a poco el derecho del trabajo fue desbordando sus barreras tradicionales –la del trabajador asalariado del mundo privado–, hasta arribar a un terreno que tradicionalmente le era desconocido y lejano: la función pública.

En palabras de Gamonal, el derecho del trabajo paulatinamente ha ido ampliando su ámbito de protección desde el trabajador subordinado del sector privado a los trabajadores de las empresas del Estado, a los trabajadores independientes y a los funcionarios públicos.<sup>2</sup>

De esta forma, la tajante separación que habitualmente marcábamos entre derecho del trabajo y derecho de la función pública,<sup>3</sup> ha ido desapareciendo producto del arribo de instituciones propias del derecho del trabajo al campo de la Administración Pública. Y ello por una razón bastante sencilla y evidente: el trabajo humano es uno solo y tanto en el mundo privado como en el público esa función se presta bajo la dependencia y subordinación de un tercero.

De ahí que resulte propio hablar del fenómeno de laboralización de la función pública, que en términos generales se refiere al proceso de penetración del derecho del trabajo en tal función, a través de sus instituciones más características.<sup>4</sup> Esta expansión, en algunos casos, ha sido de carácter absoluta –sustitución de las normas estatutarias por la legislación laboral–,<sup>5</sup> y en

2 Gamonal, Sergio, *Trabajo y Derecho*, (Legal Publishing) 2010, p. 159.

3 El trabajo subordinado del sector público es regulado por el derecho administrativo, principalmente, a través del Estatuto Administrativo, Ley N° 18.834.

4 Sobre los diversos aspectos y significados que tiene el proceso de laboralización de la función pública, puede revisarse la vasta doctrina española sobre la materia, entre otros: Sala, Tomás, *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, (Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid) 1989; Cantero, Josefa, *El empleo público: entre el estatuto funcional y el contrato laboral*, (Marcial Pons) 2001; Izquierdo, Francisco y Molina, Mónica, *La laboralización de los funcionarios públicos*, (Tirant lo Blanch) 1996.

5 En Italia, por ejemplo, el modelo de función pública tradicional estuvo inmerso en el fenómeno de laboralización que comenzó –precisamente– con la aplicación de instituciones más típicas del derecho laboral –la negociación colectiva– y con el paso del tiempo dicha expansión llegó hasta la asimilación absoluta de los funcionarios públicos a los trabajadores del sector privado. Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, (Marcial Pons), 1998, volumen III, p. 411.

otros, de carácter parcial –aplicación a la relación estatutaria de instituciones propias del derecho del trabajo– como, por ejemplo, el sistema de seguridad social, el derecho a negociar colectivamente o el derecho de huelga.

Este fenómeno de expansión del derecho del trabajo a la relación laboral pública encuentra su justificación en que el Estado, en su calidad de empleador, no está ajeno a cometer abusos dado que se encuentra en una posición jurídica de poder frente a sus trabajadores. Lo anterior ha hecho necesario brindar una protección eficaz a esos asalariados, especialmente a aquellos que mantienen vínculos jurídicos precarios con el Estado.

Uno de estos casos es precisamente el del personal a honorarios del Estado, el que ha crecido exponencialmente al interior del aparato administrativo dada la flexibilidad que se le otorga al Estado para su entrada y salida: no es necesario realizar concursos públicos para seleccionar a este tipo de personal<sup>6</sup> y, a su vez, la Administración puede dar término a sus servicios sin que sea necesario iniciar de manera previa un proceso sumario,<sup>7</sup> otorgándoles de paso un control político sobre este tipo de trabajadores. Junto con ello, esta forma de contratación deja libre al Estado de toda la carga protectora que brinda la legislación estatutaria<sup>8</sup> y laboral, tanto en materia de condiciones de trabajo –límites de jornada, regulación de descansos, por ejemplo–, como en aspectos relativos a las remuneraciones: pago de horas extras, bonos de incentivo, asignaciones especiales y otros.

El presente artículo tiene por objeto abordar la problemática del personal a honorarios del Estado desde la perspectiva laboral, es decir, desde la protección que ha abierto el derecho del trabajo a numerosos trabajadores a honorarios –tanto de la administración central como del ámbito municipal–, por medio de la aplicación supletoria del Código del Trabajo en caso que se acredite que los servicios se han prestado bajo subordinación y dependencia.

---

6 Conforme a la doctrina contenida en el Dictamen N° 66.587 de 2015 de la Contraloría General de la República, tratándose de contrataciones a honorarios, no es legalmente forzoso convocar a un concurso público, pero cuando se opta por llamar a uno, deben respetarse los lineamientos que en tal evento se determinen.

7 En Dictamen N° 7.636 de 29 de enero de 2016, el ente contralor, a propósito del término de un convenio a honorarios, sostuvo que “la autoridad no está obligada a re contratar a las personas que se desempeñen en calidad de honorarios, una vez cumplida la época de duración de sus convenios, sin que le corresponda a esta Entidad de Fiscalización ponderar las razones que tuvo en cuenta aquella para decidir, dentro del ámbito de su competencia, la no renovación de los mismos”.

8 La Contraloría General de la República, en los Dictámenes N° 57.185 de 2014 y 72.389 de 2015, señala que los trabajadores a honorarios no tienen la calidad de funcionarios públicos por lo que carecen de los derechos de que gozan esos trabajadores.

## 2. Marco normativo

### 2.1 La contratación a honorarios en el Estatuto Administrativo General y Municipal

En nuestro país la Administración Pública se relaciona con su personal a través de una diversidad de regímenes jurídicos, algunos de carácter estatutario de derecho público, otros regidos por la legislación laboral común y, finalmente, los que están regidos por el derecho civil a través de la figura de los honorarios.

La doctrina administrativista tradicional, en relación al vínculo jurídico que tiene el personal que presta servicios al sector público con el Estado, distingue entre funcionarios públicos y personas contratadas a honorarios. Los primeros son aquellos que ejercen un cargo público por medio del cual realizan una función administrativa, y su relación laboral se encuentra regulada por las normas del Estatuto Administrativo, en tanto que los segundos son las personas contratadas bajo las reglas civiles de arrendamiento de servicios inmateriales y, por ende, se rigen por el respectivo contrato.<sup>9</sup>

Este último tipo de contratación –honorarios–, se encuentra previsto expresamente en el Estatuto Administrativo General y Municipal,<sup>10</sup> circunscribiéndolo a los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trate de la realización de labores accidentales y que no sean habituales de la institución
- b) Para la realización de cometidos específicos.

9 Rajevic, Enrique; Goya, Felipe y Pardo, Carlos, “Los puestos directivos en el Estado Chileno. Hacia un sistema de gerencia pública”, en Valdés, Salvador (ed.) *Reforma del Estado*, Vol.Nº2, (Dirección Pública y Compras Públicas, Centro de Estudios Públicos), 2002, pp. 59 - 61.

10 En efecto, el artículo 11 del Estatuto Administrativo dispone que “Podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera. Además se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las reglas generales.

Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no le serán aplicables las disposiciones de este estatuto”.

En los mismos términos, el artículo 4 del Estatuto Administrativo Municipal establece: “Podrán contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la municipalidad; mediante decreto del alcalde. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera. Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales.

Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto”.

La Contraloría General de la República, en Dictamen N°16.220 de 1982, al determinar el campo de acción de este tipo de contratos, señala que “el contrato a honorarios es un mecanismo de prestación de servicios que tiene por objeto permitir a los jefes superiores de la Administración del Estado contar con la asesoría de especialistas en determinadas materias, siempre que se trate de realizar funciones propias del respectivo servicio, cuando presenten carácter ocasional y no habitual, o presentándolo, se hallen circunscritas a cometidos específicos del servicio”.

En el mismo sentido, en Dictamen N°35.266 de 1997, el ente contralor, interpretando el artículo 4 inciso 1° de la Ley N°18.883, concluye que dicha norma contiene dos formas o supuestos de contratación a honorarios: una regulada en su inciso primero, que se refiere a labores accidentales y no habituales del municipio, entendiéndose por tales aquellas que siendo propias del organismo administrativo son ocasionales o circunstanciales; y otra, la prevista en el inciso segundo, que puede recaer incluso en labores habituales y permanentes del municipio, siendo necesario que se determine concretamente la tarea a desarrollar, consistente en cometidos específicos, limitados en el tiempo y para tareas puntuales que deban ser individualizadas en forma precisa.

Así, apartándose del texto legal, la Contraloría General de la República ha sostenido que la Administración puede contratar sobre la base de honorarios, a profesionales y técnicos de educación superior o expertos para la realización de funciones propias del respectivo servicio, siendo que los artículos 11 y 4 del Estatuto Administrativo General y Municipal respectivamente indican que las labores no deben ser las habituales de la institución.

En cuanto a la ocasionalidad y/o transitoriedad de los servicios, el ente contralor ha precisado que se trata de labores que, si bien corresponden a las municipalidades, son de carácter circunstancial, en contraposición a aquellas que deben realizar en forma permanente y habitual.<sup>11</sup>

Ahora bien, cabe preguntarse, entonces, cuándo estamos en presencia de labores que correspondiendo realizar a la administración o municipio, tienen el carácter de ocasionales o transitorias. Conforme a lo sostenido por la Contraloría General de la República, como el legislador no definió los términos ocasional y transitorio para determinar su sentido y alcance, se deben aplicar las reglas generales de interpretación, entre otras, la contenida en el artículo 20 del Código Civil, conforme al cual las palabras de la ley deben entenderse

---

11 Contraloría General de la República, Dictamen N° 31.394, de 29 de mayo de 2012.

en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas. De ese modo, la expresión ocasional es definida por la Real Academia Española como “que sólo ocurre o actúa en alguna ocasión”, y el término transitorio, como “pasajero, temporal, caduco, perecedero, fugaz”. En base a lo anterior, el ente contralor concluye que para que un servicio tenga la calidad de ocasional y/o transitorio no es necesario que tenga una duración máxima de un año presupuestario, ya que dicho carácter dependerá de la naturaleza de la tarea, por lo que si aquella es de su quehacer propio, que en virtud de un mandato legal está llamada a cumplir, no sería ocasional y/o transitoria, sino que más bien habitual. En cambio, si la tarea está relacionada con funciones que puede o no ejecutar, en función de la necesidad concreta y específica que da origen al programa, tendrá el carácter de ocasional y/ transitorio, independientemente de que se reitere en el tiempo.<sup>12</sup>

Analizando la contratación de un trabajador municipal que desempeñaba tareas relativas a la formulación y evaluación de proyectos de inversión, el ente contralor sostuvo que no se ajustaba a lo dispuesto en el artículo 4 inciso 1° de la Ley N°18.883, ya que no se trataba de labores accidentales, es decir, aquellas que si bien corresponde a la entidad edilicia ejecutar, su desarrollo es ocasional o circunstancial. Al contrario, consistía en tareas que de forma permanente y habitual la municipalidad debe cumplir.<sup>13</sup>

En resumen, la Contraloría General de la República, para efectos de establecer si una determinada contratación a honorarios se ajusta a los supuestos descritos por el legislador, distingue entre labores propias y labores habituales. Las primeras serían aquellas que, correspondiendo realizar a la administración o municipio, pueden o no ser ejecutadas, por lo que serían ocasionales o circunstanciales, en cambio, las segundas son las que por mandato legal están obligadas a cumplir. Entonces, solo respecto de las primeras estaría autorizada la contratación a honorarios, independientemente de que se prolonguen en el tiempo.

Ahora, bajo el concepto de cometido específico –segundo supuesto que regula la norma para efectos de poder contratar sobre la base de honorarios–, el ente contralor sostiene que por su intermedio se pueden realizar labores habituales y permanentes del servicio, con la sola limitación que se deben detallar de manera precisa las tareas a desarrollar.

12 Contraloría General de la República, Dictamen N° 27.757, de 14 de abril de 2016.

13 Contraloría General de la República, Dictamen N° 53.796, de 29 de septiembre de 2009.

Estimamos que un tipo de contratación cuya esencia es la inestabilidad y desprotección de los trabajadores, no puede ser utilizada para realizar labores propias y habituales de la institución, las que deberían ser desarrolladas por trabajadores permanentes que gocen de garantías de estabilidad. Asimismo, no resulta acorde con la accidentalidad y transitoriedad de este tipo de contratos que estos se prolonguen en el tiempo.

Es por ello que, más allá de los criterios interpretativos emanados de diversos dictámenes de la Contraloría General de la República, desde el derecho del trabajo, este tipo de contratos debe ser sometido al test de la laboralidad. Lo anterior significa que, para efectos de determinar su validez, se debe analizar si efectivamente por su intermedio se desarrollan labores accidentales, no habituales del servicio, y a su vez si tales trabajos se prestan efectivamente de forma independiente o autónoma o, por el contrario, se ejecutan bajo dependencia y subordinación de un tercero, en este caso, del jefe del servicio público o municipal respectivo.

## **2.2 El Código del Trabajo y su aplicación a los trabajadores del Estado**

El ámbito de aplicación del Código del Trabajo se encuentra precisado en el inciso 1° de su artículo primero,<sup>14</sup> estableciendo como regla general que regulará las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores del sector privado.

Posteriormente, su inciso segundo contempla las exclusiones –a quienes no les resultará aplicable el Código–, individualizando a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial y, en general, a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial.

Ahora bien, pese a que los trabajadores del sector público, conforme a la norma recién individualizada, están excluidos de la aplicación del Código del

---

<sup>14</sup> El artículo 1 del Código del Trabajo, en sus incisos 1°, 2° y 3°, dispone: “Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias. Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos”.



Trabajo y sus leyes complementarias, el inciso 3° del referido artículo 1 contempla una contra excepción al establecer que estos trabajadores se sujetarán a las normas del Código, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

Que exista una omisión de regulación o vacío legal, es decir, el Código del Trabajo y sus leyes complementarias podrían ser aplicables respecto de materias o aspectos no regulados en los estatutos de los trabajadores del sector público,

Que exista una compatibilidad de regímenes, es decir, que las materias que resulten aplicables en razón del vacío legal existente en sus estatutos no sean contrarios a estos últimos.

En consecuencia, la aplicación supletoria del Código del Trabajo en el sector público<sup>15</sup> está circunscrita al cumplimiento de estos dos requisitos, para lo cual se debe determinar si en el Estatuto Administrativo General<sup>16</sup> o en los respectivos estatutos especiales, se regula alguna(s) de las materias contenidas en el Código del Trabajo y su legislación complementaria, y en caso que la respuesta sea negativa, si tales materias resultan compatibles con la legislación estatutaria.

Haciendo un poco de historia, en las discusiones de la Ley N°18.620, donde se encuentra el origen del inciso 3° del artículo 1 del Código del Trabajo, se tuvo en vista las dos posiciones doctrinarias existentes a la época respecto de la aplicación supletoria del Código del Trabajo al sector público. Así, se advirtió que la mayoría de los tratadistas estimaba que, atendido el hecho de que el funcionario público es objeto de un nombramiento y que su incorporación a la Administración no es producto de un negocio jurídico, no le debieran ser aplicables, ni aun con el carácter de subsidiario, las normas laborales del sector privado. Sin embargo, otros tratadistas pensaban que, considerando el carácter expansivo del derecho del trabajo y la circunstancia de que tanto el servidor público como el dependiente privado ejecutan una prestación de servicios remunerada, sería atendible

15 Asimismo, en ciertos estatutos especiales que rigen la relación funcional de determinados servidores públicos, se consagra expresamente la remisión al Código del Trabajo, en lo no regulado en los mismos. Así por ejemplo, el DFL N° 411 de 1981, del Ministerio de Hacienda, normativa estatutaria del personal de la Superintendencia de Valores y Seguros, en su artículo 1 dispone que en lo no previsto rige supletoriamente la legislación laboral común; artículo 81 de la Ley N°18.840, establece que al personal del Banco Central se aplican supletoriamente las normas del Código del Trabajo; Ley N°19.070 sobre Estatuto Docente, su artículo 71, establece que los profesionales de la educación que se desempeñan en el sector municipal se rigen por las normas de este estatuto y supletoriamente por el Código del Trabajo y sus leyes complementarias. La importancia de la remisión expresa que efectúan determinados estatutos especiales a la normativa contenida en el Código del Trabajo, radica en que la aplicación de tal cuerpo normativo primará frente a la regulación contenida en el Estatuto Administrativo General.

16 Ley N° 18.834, de 23 de septiembre de 1989.

tal aplicación subsidiaria. Frente a estas dos posturas, el proyecto de ley se inclinó por conferirle al Código del Trabajo el carácter de legislación supletoria del sector público, en aquellos aspectos o materias que no fueren contrarios o incompatibles con el estatuto que los rija.<sup>17</sup>

Podemos sostener entonces que la referida disposición legal, además de fijar los límites de la aplicación del Código del Trabajo al sector público, revisite una vital importancia, ya que de sus declaraciones se desprende que dicho Código constituye el derecho común aplicable a todos los trabajadores dependientes y, por ende, que los estatutos especiales de los funcionarios públicos tendrán el carácter de leyes especiales en relación con el Código del Trabajo.<sup>18</sup>

Como indica Thayer y Novoa, ya el Código del Trabajo de 1931, atribuía el carácter de ley laboral especial al Estatuto Administrativo, según lo había estimado la Contraloría General de la República,<sup>19</sup> criterio que es mantenido en la redacción actual del inciso 3° del artículo 1 del Código del Trabajo.

De la norma legal recién analizada, podemos desprender, entonces, que existen dos supuestos de aplicación del Código del Trabajo al personal que presta servicios para la Administración del Estado:

- 1) Cuando el personal no está sujeto a un estatuto especial, y
- 2) Cuando estando sujeto a un estatuto especial, este tiene un vacío u omisión de regulación que debe ser suplido por la normativa laboral común, siempre que sea compatible con el régimen especial a que está sujeto dicho trabajador público.

<sup>17</sup> El origen de esta disposición se encuentra en el Decreto Ley N° 2.200, que sustituyó los Libros I y II del Código del Trabajo de 1931. Sin embargo, en razón de la breve tramitación que tuvo el referido Decreto Ley, los antecedentes de su historia se encuentran en la tramitación legislativa de la Ley N° 18.620, que aprobó el nuevo Código del Trabajo.

En el texto original del proyecto, el artículo 1° del Código establecía que las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores se regirían por él y sus leyes complementarias. En su inciso 2° se establecía que no se aplicaría a los empleados del sector público, y después de un punto seguido se disponía que “En este caso, serán aplicables supletoriamente tales normas en los aspectos o materias que no fueren contrarios o incompatibles con dicho estatuto”.

En el informe de la secretaría de legislación se precisó que el sentido del proyecto era enfatizar la generalidad del campo de aplicación del Código del Trabajo, manteniendo su carácter expansivo, en cuanto su normativa se aplicará también supletoriamente a los funcionarios públicos o trabajadores de empresas afectas al sector público, teniendo presente que tanto el servidor público como el dependiente privado ejecutan una prestación de servicios remunerada, según lo han indicado algunos tratadistas. Finalmente, se incorpora un nuevo inciso 3° al artículo 1 del Código del Trabajo que corresponde a la actual redacción.

<sup>18</sup> Marín, Urbano, *Estatuto Administrativo: ¿Régimen en retirada en la Administración Pública Chilena?*, (Editorial Conosur) 2000, p. 240.

<sup>19</sup> Thayer, William y Novoa, Patricio, *Derecho del Trabajo*, (Editorial Jurídica de Chile) 1998, Tomo II, p. 107.

Los trabajadores a honorarios del Estado entran en el primero de los supuestos recién indicados, ya que, en virtud de la informalidad que los caracteriza, no tienen un estatuto especial que los rijan, por lo que, en caso de verificarse los requisitos que dan vida a un contrato de trabajo –la subordinación y dependencia en la prestación de los servicios–, entra en acción la legislación protectora contenida en el Código del Trabajo.

### **3. Los supuestos de la contratación a honorarios y la desviación de poder**

#### **3.1. Planteamiento del problema**

El problema central que se presenta en relación a los trabajadores a honorarios del Estado es el siguiente: ¿qué sucede cuando se desbordan los supuestos previstos por el legislador para su contratación, es decir, cuando las labores realizadas por el personal a honorarios son las habituales del servicio –aquellas que el servicio público está llamado a cumplir de acuerdo a los fines por los cuales fue creado–, o son de carácter de permanentes, o el cometido específico excede la temporalidad que lo caracteriza?

Pues bien, tal cual como ocurre cuando en el ámbito de las relaciones laborales privadas un empleador oculta un vínculo laboral bajo la contratación a honorarios, si se desbordan los límites impuestos por el legislador en relación con la contratación de personal a honorarios en la Administración Pública, estos deben ser calificados de falsos honorarios –un fraude legal cometido por un órgano del Estado–, declarándose la existencia de un vínculo laboral a su respecto. Como hemos señalado, no se puede permitir que el Estado abuse de esta modalidad de contratación que precariza la relación laboral, si en los hechos se ejercen funciones propias del servicio, por largos períodos de tiempo, sin contar con una legislación protectora y los beneficios asociados a la misma.

Por tanto, si la contratación a honorarios efectuada por algún servicio público no se ajusta a los supuestos previstos por el Estatuto Administrativo, el Estado debe someter su acción a lo dispuesto en su legislación supletoria o derecho laboral común –el Código del Trabajo–, por lo que a la luz del principio de primacía de la realidad y la técnica de los indicios de laboralidad, en caso de reunirse los elementos propios de una relación de trabajo dependiente, debe sancionarse a la Administración, de manera de desenmascarar a los

falsos honorarios para concluir que en la especie se está ante una relación típicamente laboral, con todos los efectos que ello genera.

Se trata de un supuesto de desviación de poder, que tal como han sostenido nuestros Tribunales, “es una técnica de control de la discrecionalidad administrativa indispensable en un Estado constitucional de derecho y que trasciende y supera el formalismo jurídico que pretende la demanda. Con ello se postula que el ordenamiento jurídico ha de reprimir los actos de la Administración pública que se desvían de la finalidad expresa en ellos contenidos”.

Ahora bien, ante el descubrimiento del verdadero vínculo que une a las personas que prestan servicios a honorarios para el Estado, la Administración de manera reiterada argumenta en su defensa que con ello se vulnera el principio de legalidad, señalando que no cuenta con facultades legales para contratar personal bajo el Código del Trabajo. Sin embargo, y tal como lo han señalado diversos magistrados de Tribunales del Trabajo, se trata de un argumento meramente formalista y contradictorio, ya que para una cosa la Administración dice que no está facultada legalmente y, en cambio, para extralimitarse en la contratación a honorarios a sabiendas que se vulnera la norma, sí cuenta con facultades.<sup>20</sup>

Con ese tipo de argumentos la Administración simplemente demuestra su preferencia por un régimen legal que le resulte menos oneroso y menos protector del trabajador, cuestión inadmisibles en un Estado Democrático de Derecho y que está en abierta contradicción con el principio de igualdad. Además, el debate en estos casos no puede quedar reducido a un aspecto formal sobre las formas de ingreso a la Administración Pública, siendo esencial tener a la vista que en la mayoría de la contratación a honorarios, se está ejerciendo una facultad para un fin distinto al previsto, exorbitando la finalidad de la norma que habilita al Estado para contratar bajo dicha modalidad. Por lo demás, la existencia de personal laboral –regido por el Código del Trabajo–, no es ajena a la realidad chilena, ya que hay diversos servicios públicos que sujetan a su personal a la regulación del Código del Trabajo.

En consecuencia, el Estado, por medio de sus diversos órganos, no está ajeno a la posibilidad de configurar relaciones de trabajo encubiertas. En esos casos la justicia debe declarar la existencia de la relación laboral conforme al Código del Trabajo, al no existir otro estatuto jurídico aplicable y al estar expresamente excluido de aplicación el Estatuto Administrativo (general y municipal).

---

<sup>20</sup> Entre otras, se puede revisar la sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Ruc 10-4-0022780-8, 5 de octubre de 2010, considerando noveno.

## **3.2. Los falsos honorarios del Estado y la presunción de existencia de una relación laboral regida por el Código del Trabajo**

### **3.2.1. El carácter consensual del contrato de trabajo**

Una de las características esenciales del contrato de trabajo es su consensualidad, es decir, para que nazca a la vida del derecho basta con que exista un acuerdo de voluntades en torno a la prestación de un servicio específico que se desarrolla bajo subordinación y dependencia, y a cambio del cual el trabajador percibe una remuneración determinada.

La afirmación anterior se desprende de lo dispuesto por los artículos 7, 8 y 9 del Código del Trabajo. La primera de las disposiciones citadas define al contrato de trabajo como “una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”. A su vez, el artículo 8 señala que “toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”. Por su parte, el artículo 9 de manera expresa indica que el contrato de trabajo es consensual, y que su escrituración solo es requerida para efectos probatorios.

En razón de lo anterior, en caso de que el contrato no sea escriturado dentro de los plazos legales, el legislador establece una presunción simplemente legal a favor del trabajador, entendiéndose que serán estipulaciones del contrato las que señale el trabajador.

De esta manera, para los efectos de determinar si un determinado vínculo es de naturaleza laboral, se debe analizar si en el caso concreto concurren los elementos que dan vida al contrato de trabajo, que de acuerdo al artículo 7 recién analizado son: 1) existencia de 2 sujetos: empleador y trabajador; (2) la prestación de servicios personales, sean materiales o inmateriales; (3) el pago de una remuneración determinada por dichos servicios, y (4) que dichos servicios se presten bajo dependencia y subordinación del empleador.

Determinar si en un caso concreto concurren o no los elementos propios de una relación laboral, tiene una tremenda importancia. Por un lado, en caso de que ese análisis concluya en una tesis afirmativa –que sí existe relación laboral–, dicho vínculo quedará amparado por la normativa protectora contenida en el Código del Trabajo y su legislación complementaria y, por otro lado, permitirá dejar al descubierto todas las figuras fraudulentas a que

recurren los empleadores, entre ellos el Estado, para eludir el cumplimiento del régimen tuitivo del derecho del trabajo.

Así, la labor que desplieguen los órganos fiscalizadores y judiciales será de suma relevancia para evitar el fenómeno de la “huida del derecho del trabajo” que, tal como lo señala Ugarte, persigue trasladar el desarrollo de la relación jurídica fuera del ámbito protector del derecho laboral, mudándolo a áreas de mayor benevolencia en la intensidad de la protección social, y al mismo tiempo más precarias para el trabajador.<sup>21</sup>

Para los efectos de revelar el encubrimiento laboral que se efectúa con el recurso a figuras de índole civil o mercantil, el análisis que advertíamos recién en torno a determinar la concurrencia de los elementos de la relación laboral debe hacerse a la luz del principio de primacía de la realidad que nos señala “que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”. Así, independientemente de la denominación que le hayan dado las partes al vínculo contractual que las une, si en los hechos esa relación reúne los requisitos establecidos en el artículo 7 ya citado, debe dársele la calificación de laboral. En palabras de la Corte de Apelaciones de Concepción, “si bien formalmente el actor aparece prestando servicios a la Municipalidad en base a un contrato a honorarios, lo cierto es que la fisonomía de ese contrato presenta una realidad distinta: que a Orellana lo vinculaba una relación laboral con la demandada, que recibía instrucciones y órdenes precisas, que cumplía horario y estaba obligado a asistir diariamente a la Corporación Edilicia y dar cuenta de la labor realizada, que tenía un jefe directo, que gozaba de vacaciones y permisos, que trabajaba exclusivamente para una persona y recibía un pago mensual, que ocupaba oficina e infraestructura de la demandada y no era ni profesional universitario ni técnico calificado. En Derecho del Trabajo opera el principio de la “Primacía de la Realidad” por sobre las apariencias formales que en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos (Américo Plá Rodríguez: *Los principios del Derecho del Trabajo Tercera Edición 1998*, página 13). Y la realidad en el presente caso es que el actor se encontraba, sin duda, unido a su contraparte por un contrato de trabajo y no por uno a honorarios, ya que las cosas son según su esencia y no como

---

21 Ugarte, José Luis, *La subordinación en el derecho laboral chileno*, (Editorial Legal Publishing) 2008, pp. 38 y 39.

las partes deseen denominarlas, a lo que cabe agregar que los derechos que otorga la legislación laboral son irrenunciables”.<sup>22</sup>

En la especie, el Estado, si sobrepasa los supuestos que fija la ley para contratar personas a honorarios, quedará sujeto a las normas que rigen la relación laboral común, toda vez que estamos ante un trabajador que en su relación con el Estado no se encuentra sometido a un estatuto especial y que presta sus servicios bajo su subordinación y dependencia.

Además, y tal como fue sostenido y argumentado en la causa seguida ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit O-910-2010, las normas que regulan la prestación de servicios bajo subordinación y dependencia son imperativas e irrenunciables y conforman lo que se ha denominado el orden público laboral. En ese contexto, el derecho del trabajo refleja valores que son de patrimonio de toda la humanidad, por lo que su aplicación no puede quedar sujeta a los avatares del derecho positivo. En consecuencia, basados en este orden público laboral, las normas laborales tienen plena aplicación en todas las relaciones de trabajo del país –públicas o privadas–, son inmediatas y priman por sobre otras fuentes del derecho en caso de conflicto.<sup>23</sup> Por lo tanto, toda relación de subordinación o dependencia, si no está sujeta a un estatuto especial, como ocurre en la especie, debe estar protegida por el derecho del trabajo.

### **3.2.2. Elementos de la relación laboral: La subordinación y dependencia como elemento distintivo**

Como lo señalamos precedentemente, para los efectos de determinar si un vínculo es de naturaleza laboral, se debe analizar si en el caso concreto concurren los elementos que dan vida al contrato de trabajo, a saber:

- 1) Existencia de dos sujetos: empleador y trabajador;
- 2) la prestación de servicios personales, sean materiales o inmateriales;
- 3) el pago de una remuneración determinada por dichos servicios, y
- 4) que dichos servicios se presten bajo dependencia y subordinación del empleador.

<sup>22</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 2307-2011, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2001, considerando undécimo.

<sup>23</sup> 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Ruc 10-4-0022780-8, sentencia de fecha 5 de octubre de 2010, considerandos 4° y 5°.

Nuestra doctrina y jurisprudencia han estimado que el elemento esencial para determinar si estamos en presencia de un vínculo de naturaleza laboral es que la prestación de los servicios se desarrolle bajo la dependencia y subordinación de un tercero –el empleador–.

La jurisprudencia administrativa y judicial se ha encargado de delimitar sus contornos a través de la técnica de los indicios de laboralidad, existiendo cierta uniformidad en torno a los elementos esenciales que la configuran, no siendo necesario que concurren de forma copulativa, puesto que estos elementos estarán matizados en relación a la naturaleza de los servicios de que se trate.<sup>24</sup>

Así, se ha estimado que se configura el vínculo de subordinación y dependencia, cuando concurren alguno o algunos de los siguientes elementos: (1) existencia de un poder de mando del empleador y la consecuente obligación del trabajador de obedecer tales órdenes; (2) obligación de concurrir en forma habitual al lugar de trabajo o disponibilidad del trabajador; (3) cumplimiento de un horario; (4) continuidad en la prestación de los servicios; (5) la supervigilancia, control, revisión y rendimiento de las funciones realizadas; (6) integración del trabajador en la organización de la empresa; (7) sometimiento al poder disciplinario del empleador; (8) que el trabajo se desarrolle en beneficio de otra persona, y (9) desarrollo del trabajo en el lugar indicado por quien lo solicita.<sup>25</sup>

Por otro lado, teniendo en cuenta los constantes cambios que van registrando las relaciones laborales, la jurisprudencia ha ido estableciendo nuevos criterios que permiten distinguir un contrato de trabajo de otras figuras jurídicas. En una interesante sentencia pronunciada por la jueza titular del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago se sostuvo que: “(...) producto de los profundos cambios que se producen en el mundo del trabajo, nacen nuevas formas de relacionarse, que escapan en un primer momento y tras un análisis superficial, a la protección del derecho del trabajo y la seguridad social, ya sea porque se encubren a través de contratos civiles o comerciales, porque la legislación no es clara, o debido a que la relación de trabajo es ambigua o porque no hay certeza respecto del empleador y por último y la más evidente, cuando hay un incumplimiento legal”.

---

24 Nuestra jurisprudencia ha reconocido que la subordinación no puede ser uniforme en todos los contratos de trabajo; podrá ser mínima en unos casos y muy estricta en otros, según las circunstancias y condiciones en que se presta el servicio. López, Diego, *Jurisprudencia judicial sobre indicios de Laboralidad*, (Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo) 2005, p. 16.

25 Estos indicios son analizados, entre otras, en Sentencia dictada por el 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Ruc 10-4-0042619-3, de fecha 25 de enero de 2011.



Así, para calificar una relación como laboral hay que analizar a fondo la forma como se desarrolla la prestación de servicios, para lo cual será necesario recurrir a elementos que van más allá de aquellos que tradicionalmente han sido utilizados.<sup>26</sup>

### 3.2.3. Respecto a la emisión de boletas de honorarios

En este punto, debemos tener presente que en materia laboral rige el denominado principio de primacía de la realidad, en virtud del cual debe darse preferencia a lo que ocurre en el terreno de los hechos frente a lo estipulado en documentos.

El profesor Américo Plá Rodríguez nos señala que “el principio de primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”.<sup>27</sup> Citando al profesor Mario de la Cueva, agrega Plá que “la existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieren pactado, sino que de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que, como dice Scelle, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento. De donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor”.<sup>28</sup>

En este sentido, el Tribunal de Letras del Trabajo de Iquique, en sentencia de fecha 20 de febrero de 2009, sostuvo que “el hecho que se hayan acompañado una serie de boletas del tiempo trabajado, no es, en modo alguno, prueba suficiente, como al parecer lo pretende la demandada, que en la especie se estaba frente a una prestación de servicios de orden civil y no laboral, dado que dicha prueba ha debido ser concordada con el resto de la evidencia, revelando así la verdadera naturaleza de los servicios prestados, por lo que ello sólo puede estimarse como un intento de enmascarar la situación real en la cual se encontraba

<sup>26</sup> 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol 647-2007, sentencia de fecha 9 de octubre de 2008. En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema en sentencia de fecha 29 de octubre de 2008, Rol 5295-2008.

<sup>27</sup> Plá, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, (Ediciones de Palma) 1998, 3ª edición, p. 313.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, p. 314.

la trabajadora. Esta situación ha sido resuelta en la jurisprudencia laboral, tal como puede apreciarse en la sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago de 28/09/2005, rol de ingreso N° 6754-2004, en la cual se sostuvo: ‘La trabajadora prestó servicios extendiendo boletas de honorarios para el empleador por más de dos años y medio, lo que permite dar por acreditado que existió un contrato de trabajo entre las partes. En efecto, el talonario acompañado comprende un período de 12 meses en que las únicas boletas extendidas por la actora son para la demandada bajo su antigua razón social. Todas ellas correlativas y de montos similares’. Se observa claramente que la mera existencia de dicha documentación, más que para acreditar una contratación de orden civil, refuerza la idea de estar ante un vínculo de subordinación y dependencia, dado que todo ello demuestra una continuidad en los servicios, lugar de trabajo y montos cancelados, lo que unido a los registros de asistencia, dan cuenta clara de que solo trabajaba para la empleadora”.<sup>29</sup>

En lo que dice relación con el personal que presta servicios al Estado, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causa Rol 382-2007, sostuvo que el hecho de que el pago de la remuneración haya sido por medio de la emisión de boletas a honorarios no tiene importancia, pues una forma o modalidad de pago no implica extender esa propiedad a la calificación del vínculo.<sup>30</sup>

### **3.3. El aval de la desviación de poder del Estado: La Contraloría General de la República y los criterios de la ex cuarta sala de la Corte Suprema**

Como hemos señalado, resulta habitual que en el ámbito de las relaciones laborales privadas, las contrataciones bajo las normas del derecho civil –prestación de servicios a honorarios–, que encubren una verdadera relación laboral, sean fuertemente rechazadas por nuestros tribunales de justicia, quienes, a la luz del principio de primacía de la realidad y la técnica de los indicios de laboralidad, destapan el fraude y declaran la existencia de una relación de índole laboral, con todas las consecuencias que ello acarrea: gozar del estatuto protector del Código del Trabajo y sus leyes complementarias, desde el inicio de la prestación de servicios hasta su fin.<sup>31</sup>

29 Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, Ruc 08- 4-0005561-I, sentencia de fecha 20 de febrero de 2009, considerando 10°.

30 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 382-2007, sentencia de fecha 24 de marzo de 2008, considerando sexto.

31 Por todas, sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 28 de septiembre de 2005, Rol 6754-2004.

Sin embargo, una línea jurisprudencial relativa a los falsos honorarios de la Administración Pública, tanto judicial como administrativa, amparan este fraude laboral, escudándose en el inderrotable principio de legalidad o juridicidad.<sup>32</sup>

En efecto, en términos generales, amparándose en el artículo 1 del Estatuto Administrativo, los tribunales superiores de justicia han sostenido de forma más o menos uniforme, que los entes estatales carecen de atribuciones para contratar personal bajo las reglas del Código del Trabajo, salvo que alguna ley expresamente los autorice, razón por la cual la prestación de servicios solo pudo regularse válida y legalmente bajo la contratación a honorarios, de carácter civil, de acuerdo a la autorización conferida por el artículo 11 del Estatuto Administrativo.<sup>33</sup>

Siguiendo la línea anterior, la ex cuarta sala de la Corte Suprema, al fallar un recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto en contra de la sentencia de nulidad de la Corte de Apelaciones de Valdivia, estima que el sentenciador incurrió en infracción de ley al haber calificado que la relación contractual de las partes era de índole laboral, toda vez que: (1) no resultan aplicables al personal que presta servicios para el Estado las normas del Código del Trabajo, salvo en las materias o aspectos no previstos en el Estatuto Administrativo y en la medida que no sean contrarios a ellos; (2) la celebración de contratos a honorarios está contemplada en el Estatuto Administrativo y en ese caso el personal se rige por las normas del respectivo contrato, no siendo aplicable el Estatuto Administrativo y menos la normativa laboral, y (3) la circunstancia de que en el contrato a honorarios se haya pactado un horario, el derecho a feriado legal, la obligación del demandante de sujetarse a las instrucciones de su jefatura, no hace aplicable el Código del Trabajo ya que todas esas cláusulas pueden pactarse en un contrato de prestación de servicios a honorarios.

En definitiva, la ex cuarta sala concluye que: “debe entenderse unificada la jurisprudencia en el sentido que las relaciones habidas entre las personas contratadas para prestar servicios en organismos de la administración

---

32 En sede judicial hubo un vuelco de la jurisprudencia judicial que se refleja en el fallo de unificación de jurisprudencia emanado de la nueva sala laboral de la Corte Suprema, Rol 11.584-2014, que comentaremos con posterioridad.

33 En este sentido se ha pronunciado la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro Alfredo Pfeiffer Richter e integrada por la Fiscal Judicial Loreto Gutiérrez Alvear y abogado integrante Jaime Guerrero Pavés, por medio de sentencia de fecha 4 de julio de 2011, Rol 690-2010. En igual sentido podemos citar las siguientes sentencias: Rol 4723-2003, Rol 4189-2004 y 2472-2007, todas pronunciadas por la Corte Suprema; Rol 1752-2010 de la Corte de Apelaciones de Santiago; Rol 83-2011 de la Corte de Apelaciones de San Miguel.

descentralizada del Estado, a través de contratos de prestación de servicios a honorarios, se rigen por las estipulaciones contenidas en dichas convenciones y no les resultan aplicables las normas del Código del Trabajo”.<sup>34</sup> En otras palabras, hace suya la doctrina emanada de la Contraloría General de la República, según veremos a continuación, sin mayores reparos y reflexiones.

Por su parte, la Contraloría General de la República, en un dictamen emanado en base a un requerimiento formulado por el prosecretario de la Cámara de Diputados, a fin de que se pronuncie sobre la legalidad de la contratación a honorarios de 30 personas, realizada por el Servicio de Salud de Valdivia (quienes llevarían más de 3 años en dicha calidad, estando sometidos a control de horario y gozando de ciertos beneficios estatutarios), sostuvo que de conformidad al artículo 11 de la Ley N°18.834, los órganos de la Administración del Estado están facultados para contratar sobre la base de honorarios, a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, para realizar labores accidentales y que no sean habituales de la institución. Asimismo, se permite la contratación a honorarios para cometidos específicos. A continuación, señala que el personal contratado bajo esta modalidad se rige por su respectivo contrato, y no tiene la calidad de funcionario público, resultándole inaplicable las normas estatutarias.

De esta forma, como esas personas se rigen por sus respectivos contratos, en ellos pueden pactar el goce de feriados, permisos, y otros beneficios económicos o estatutarios semejantes a los conferidos a los empleados públicos, siempre que se exijan las mismas condiciones y requisitos para impetrarlos. Finalmente, el ente contralor precisa que el hecho que no se les aplique el Estatuto Administrativo, no implica desconocer que son servidores estatales y que desarrollan una función pública, razón por la cual la autoridad puede obligarlos a cumplir un determinado horario y verificar su cumplimiento.<sup>35</sup>

En resumen, no obstante estar fuera de los supuestos de labores accidentales y no habituales de la institución, e incluso de la realización de cometidos específicos, ya que la contratación se ha extendido por más de 3 años, la Contraloría avala este fraude legal, e incluso, reviste esta relación “civil” de los elementos propios de subordinación y dependencia consustanciales a la relación laboral. En otras palabras, al estar regido por el propio contrato, en él se pueden pactar derechos estatutarios o labores, cumplimiento de jornada y

---

34 Sentencia dictada por la Corte Suprema en recurso de unificación de jurisprudencia, Rol 8118-2011.

35 Contraloría General de la República, Dictamen N° 7.753, de 7 de febrero de 2012.

el sometimiento a instrucciones del superior jerárquico, sin que ello importe que tal vínculo pueda ser calificado como una relación laboral, menos aun estatutaria, ya que de acuerdo al principio de legalidad, solo existen 3 modalidades de contratación en la Administración Pública, a saber, planta, contrata u honorarios.<sup>36</sup>

#### **4. La nueva era para los trabajadores a honorarios del Estado**

Difícil ha sido el camino que han debido recorrer los trabajadores a honorarios en la búsqueda de protección y del reconocimiento de su calidad de trabajadores dependientes del Estado.

Como en la gran mayoría de las materias que llegan a los Tribunales del Trabajo, deben correr la suerte del criterio del juez de turno, lo que en este tipo de casos implica quedar dentro o fuera de la tutela que confiere el Derecho del Trabajo.

Pero no todo está perdido. La nueva sala laboral de la Corte Suprema ha dado inicio a una nueva era para los trabajadores, entre ellos los trabajadores a honorarios del Estado.

En efecto, por medio del recurso de unificación Rol II.584-2014, la Corte Suprema sostuvo que el Código del Trabajo se aplica a la función pública en dos supuestos: (a) Respecto de los funcionarios de la Administración del Estado que no se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial; (b) aquellos que contando con un estatuto, este no regula el aspecto o materia de que se trate, siempre que tal materia no resulte incompatible con su marco jurídico.

En razón de lo anterior la nueva sala laboral concluye dos cuestiones de vital importancia. Primero, que el Código del Trabajo constituye la regla general en el campo de las relaciones laborales, y segundo, que el Estado no puede invocar el principio de juridicidad para propiciar la precariedad e informalidad laboral. En consecuencia, entiende unificada la jurisprudencia en el sentido que “corresponde calificar como vinculaciones laborales, sometidas al Código del Trabajo, a las relaciones habidas entre una persona natural y un órgano de la Administración del Estado, en la especie, una Municipalidad, en la medida que dichas vinculaciones se desarrollen fuera del marco legal que establece para el caso el artículo 4 de la Ley N°18.883, que autoriza la contratación sobre

<sup>36</sup> Entre otros, dictámenes de la Contraloría General de la República N° 27.968, 30.857 y 31.324, 30.09, todos del año 1992.

la base de honorarios ajustada a las condiciones que dicha norma describe, en la medida que las relaciones se conformen a las exigencias establecidas por el legislador laboral para los efectos de entenderlas reguladas por la codificación correspondiente”.<sup>37</sup>

Posteriormente, el referido criterio es ratificado por la Corte Suprema, la que, conociendo de un recurso de unificación de jurisprudencia, sostiene que las personas contratadas por un órgano del Estado en calidad de honorarios pueden quedar sujetos a las normas del Código del Trabajo, en la medida que, en los hechos, dicha vinculación reúna las características propias de una relación laboral en conformidad a lo establecido en los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo. Posteriormente señala que para los efectos de precisar si estamos en presencia de un contrato de trabajo, es esencial desentrañar si concurre o no subordinación de parte del trabajador, elemento caracterizador de un vínculo laboral, el cual se determina a través de un sistema de indicios tales como: obligación de asistencia, cumplimiento de horario, sometimiento a instrucciones y directivas del empleador, prestación de servicios en forma continua y permanente, estar sometido a supervigilancia y control. En razón de lo anterior, aunque no se escriture un contrato de trabajo o se celebre bajo una denominación distinta, se debe aplicar la presunción de existencia de un contrato de trabajo contenida en el artículo 8 del Código del Trabajo.

De este modo, la Corte Suprema reitera lo sostenido en la sentencia de unificación, Rol 11.584-2014, señalando que “la interpretación que se estima acertada es la que le da vigencia a las normas del Código del Trabajo respecto de las personas contratadas por la Administración del Estado que, aun habiendo suscrito sucesivos contratos de prestación de servicios a honorarios, por permitírsele el estatuto especial que regula la entidad contratante en este caso el Serviu de la Región de Los Ríos prestan servicios en las condiciones previstas por el Código del ramo y no en los términos del Derecho Civil.

En el presente caso se trata de un profesional que, si bien aparece contratado a honorarios para un proyecto concreto, se desempeñó en condiciones que no son compatibles con una prestación de servicios conforme a las modalidades previstas para el tipo de contrato en referencia, lo que se refleja en circunstancias de hecho que la legislación regula en el Código del Trabajo. Orienta especialmente la decisión de esta Corte el hecho que el desempeño profesional a honorarios no es acorde a una prestación de

---

<sup>37</sup> Corte Suprema, Rol 11.584-2014, sentencia de fecha 1 de abril de 2015, considerando décimo.

servicios como la descrita, esto es, bajo subordinación y dependencia, con obligación de asistencia diaria, cumpliendo horario, como toda otra para el correcto funcionamiento del Servicio en que se desempeña. Al no ser taxativa la enumeración de sus labores, redacta escrituras y resoluciones, atiende público y realiza otras actividades.

En tal circunstancia, yerran los sentenciadores de la Corte de Apelaciones de Valdivia cuando, al fallar el recurso de nulidad interpuesto por el demandante, resuelven que la sentencia del grado no incurrió en error de derecho al estimar que la relación de trabajo entre éste y el Serviu de la Región de Los Ríos era una de prestación de servicios a honorarios”.<sup>38</sup>

Conociendo un nuevo recurso de unificación de jurisprudencia, la Corte Suprema, siguiendo la línea de las sentencias anteriores, sostiene que la contratación a honorarios de personas que desarrollaban labores de aseo y ornato al interior de la comuna, son funciones propias, habituales y permanentes del municipio, ordenadas y reguladas por su Ley Orgánica Constitucional, y “en ningún caso, ‘específicas’ u ‘ocasionales’, ejecutadas de manera fija por trabajadores especialmente destinados a su cumplimiento, por lo que mal puede sostenerse que se trata de actividades accidentales, impropias o no habituales, ni mucho menos dársele el carácter de relaciones contractuales amparadas por la hipótesis excepcional del inciso segundo del artículo 4° de la Ley N°18.883, aplicable precisamente a vínculos de aquellos especiales caracteres, sino más bien a una sujeta a las disposiciones del Código del Trabajo, por desmarcarse del ámbito propio de su regulación estatutaria y que encuentra amplio cobijo en la contra excepción del artículo 1° de dicho Código”.<sup>39</sup>

Entonces, para determinar qué estatuto es el aplicable a una persona que se desempeña en una municipalidad, el contrato a honorarios o el Código del Trabajo, no corresponde considerar únicamente los términos de los respectivos documentos conforme a los cuales los trabajadores se incorporaron a la dotación municipal, tampoco los acuerdos arribados por las partes, sino que debe analizarse lo que sucede en la práctica; “criterio protector que la doctrina laboral denomina ‘la primacía de la realidad’, y que, en la legislación laboral, se encuentra consagrado en el inciso primero del artículo 8° del Código del Trabajo, en la medida que señala que toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo 7° del mismo, esto es, de

38 Corte Suprema, Rol 8002-2015, sentencia de fecha 19 de abril de 2016, considerando décimo.

39 Corte Suprema, Rol 5.699-2015, sentencia de fecha 19 de abril de 2016, considerando décimo tercero.

carácter personal, contra el pago de una remuneración, y bajo subordinación y dependencia, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, y cuya principal expresión se da cuando se contrata a un trabajador dependiente con la apariencia de ser uno independiente a honorarios, lo que obliga a establecer la verdadera naturaleza de la prestación a través de un análisis completo y razonable de la prueba sometida a conocimiento del juzgador. En la doctrina laboral se sostiene que los desajustes entre los hechos y las formalidades o apariencias pueden tener su origen, en lo siguiente: a) la intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real; b) provenir de un error; c) por falta de actualización de los datos; y d) por falta de cumplimiento de requisitos formales. (*Gamonal Contreras, Sergio, Fundamentos de Derecho Laboral, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, Ed. 2011, p. 121*)”.

En razón de lo anterior, la Corte indica que si una persona se incorpora a la dotación de una municipalidad bajo la modalidad contemplada en el artículo 4° de la Ley N°18.883, pero en la práctica presta un determinado servicio que no tiene la característica específica y particular que señala dicha norma o que tampoco se desarrolla en las condiciones de temporalidad que indica, sino que, más bien, satisfaciendo una exigencia que la ley reclama de un órgano público, corresponde aplicar el Código del Trabajo si los servicios se han prestado bajo subordinación y dependencia del empleador, ya que dicho código constituye la regla general en el ámbito de las relaciones laborales, y, además, “porque una conclusión en sentido contrario significaría admitir que, no obstante concurrir todos los elementos de un contrato laboral, el trabajador queda al margen del Estatuto del ramo, en una situación de precariedad que no tiene justificación alguna”.

En consecuencia, corresponde calificar como vinculaciones laborales, sometidas al Código del Trabajo, las relaciones habidas entre personas naturales y un ente estatal, en la medida que dichas vinculaciones se desarrollen fuera del marco legal que establece para el caso el artículo 4° de la Ley N°18.883, que autoriza la contratación sobre la base de honorarios ajustada a las condiciones que dicha norma describe, y se conformen a las exigencias establecidas por el legislador laboral para los efectos de entenderlas reguladas por la codificación correspondiente.<sup>4º</sup>

---

4º Corte Suprema, Rol 5.699-2015, sentencia de fecha 19 de abril de 2016, considerandos décimo tercero a décimo séptimo. En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema en las causas Roles 24.388-2014 y 23.647-2014.



## 5. Conclusiones

Como hemos podido ver, la problemática que se ha sometido al conocimiento de los Tribunales del Trabajo está relacionada con la contratación de personas a honorarios por el Estado fuera de los supuestos previstos en las normas estatutarias y respecto de servicios que, en los hechos, se han ejecutado bajo subordinación y dependencia. Entonces, el debate radica en determinar si resulta procedente considerar que tales servicios quedan regidos por el Código del Trabajo o, por el contrario, debe darse aplicación irrestricta al respectivo contrato de honorarios.

La jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, a partir del recurso de unificación recaído en causa Rol 11.584-2014, por medio de la sentencia de fecha 1 de abril de 2015, ha seguido la línea argumental que estimamos correcta al calificar como laboral una contratación a honorarios de un órgano estatal, cuando no se han cumplido los supuestos previstos en la normativa estatutaria y los servicios se han desarrollado bajo subordinación y dependencia. De esta manera se supera la tesis de la inderrotabilidad de los principios de legalidad y juridicidad, primando la legislación laboral común y sus principios inspiradores.

Se trata de un fallo inédito del más alto tribunal del país que ha marcado el paso a una nueva etapa de protección de los trabajadores a honorarios, y que de algún modo obligará al Estado a revisar su obsoleto estatuto administrativo que, al menos en la teoría, rige a gran parte de su personal.



**SECCIÓN DE DERECHO  
INTERNACIONAL Y  
COMPARADO**



# ENTRE LAS EXIGENCIAS DE LA SEGURIDAD Y LA RETÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA A LOS FLUJOS DE REFUGIADOS Y MIGRANTES

Carmen Pérez González<sup>1</sup>

## Resumen

El propósito de este trabajo será analizar, desde un punto de vista jurídico, la respuesta que la Unión Europea (UE) y sus Estados miembros están dando a la creciente llegada de migrantes y refugiados procedentes de Siria y otros países del entorno. Ello exige tener en cuenta, en primer lugar, las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional de los Refugiados (DIR) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). En particular, las derivadas del principio de *non-refoulement* previsto, *inter alia*, en el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y en el artículo 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Y, en segundo lugar, los desarrollos del denominado Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), que incluye, por un lado, normas comunes para la fijación de procedimientos y plazos comunes para el tratamiento de las solicitudes de asilo y de otras demandas de protección internacional y, por otro, normas comunes para la gestión de la llegada de poblaciones refugiadas.

**Palabras clave:** Flujos migratorios - política común de inmigración de la UE - protección internacional - refugiados - no devolución.

---

<sup>1</sup> Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: carmen.perez@uc3m.es.

## 1. Introducción

El 18 de marzo de 2016, el Consejo Europeo cerraba con Turquía un acuerdo por el que ese país aceptaba “readmitir” en su territorio a todos los inmigrantes llegados a Grecia desde esa nación a partir del 20 de marzo.<sup>2</sup> Dicho acuerdo es el –por ahora– último eslabón de una cadena de medidas adoptadas por la UE en el último año con el objetivo de “aliviar la presión migratoria” derivada del conflicto en Siria y otros países del entorno.<sup>3</sup> El propósito de este trabajo es analizar de qué modo la UE y sus Estados miembros están dando respuesta a esos flujos migratorios y, en particular, a las necesidades de protección de los migrantes. El objetivo de este análisis es doble. Por una parte, se tratará de poner el acento en la compatibilidad de esa respuesta con las obligaciones impuestas por el DIDH y el DIR. Como es sabido, la UE viene desarrollando desde hace años su propia política de inmigración y asilo. Dada su importancia como actor global, la evaluación de la compatibilidad de esos estándares armonizados con el Derecho internacional cobra pleno sentido, pues la UE influye de modo muy notable en la evolución del sistema de protección internacional. Por otra parte, se pretende reflexionar sobre las consecuencias que esta respuesta –sin duda cabe calificar de tardía y fragmentada– ha tenido sobre el propio proyecto europeo.

El análisis debe comenzar, por tanto, señalando cuál es el marco general de las obligaciones impuestas a los Estados en materia de gestión de flujos migratorios (1). Conviene precisar, en este sentido, que aunque aquellos retienen la facultad de decidir sobre la entrada y permanencia de los extranjeros en su territorio, esa facultad no carece de límites. En particular, el principio de no devolución opera en este marco para condicionar la posibilidad de que el Estado devuelva a una persona que llega a sus fronteras buscando protección internacional. Nos ocuparemos, en segundo lugar, del examen del proceso de conformación por parte de la UE y sus Estados miembros, de una política común de inmigración y asilo (2). De estas normas nos interesan particularmente las adoptadas con el propósito de lograr la gestión de los denominados “flujos mixtos” y el examen de las solicitudes de protección internacional temporal (3). Solo entonces estaremos en condiciones de evaluar la respuesta

---

2 El texto del acuerdo está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/> (todos los documentos electrónicos citados a lo largo del trabajo han sido consultados el 21 de marzo de 2016).

3 La lista de medidas adoptadas por el Consejo y el Consejo Europeo puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/migratory-pressures/history-migratory-pressures/>.

proporcionada a la llegada de refugiados como consecuencia del conflicto en Siria (4).

## 2. Derecho internacional y flujos migratorios: algunas puntualizaciones iniciales

Un principio general de Derecho internacional reconoce a los Estados la capacidad de decidir sobre la entrada, salida y permanencia de los extranjeros en su territorio. Dicho principio ha sido reconocido, por ejemplo, por la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>4</sup> o la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia<sup>5</sup> y, en el ámbito regional, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>6</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).<sup>7</sup> Se trataría de un principio cuyo origen “se vincula a la aparición del Estado como sujeto político y que trae causa del intento de afianzar el ejercicio de sus poderes soberanos en el territorio y respecto de la población que lo habitaba”.<sup>8</sup>

No se ha positivizado aún, por tanto, en el Derecho internacional, un derecho individual a migrar, entendido como el derecho de cada persona a elegir como país de residencia uno distinto al de su nacionalidad. Eso no significa, sin embargo, que el Derecho internacional se haya desentendido del fenómeno migratorio, aunque la relación entre ambos ha sido calificada de “difícil” por la doctrina.<sup>9</sup> Así, el Derecho internacional le ha ido “ganando terreno” paulatinamente a los Estados en lo que se refiere a la conformación de un conjunto de obligaciones que aquellos deberían respetar cuando

4 La Resolución de 17 de diciembre de 2015 (A/RES/70/147) sobre “Protección de los migrantes” se refiere al “derecho soberano [de los Estados] de promulgar y aplicar disposiciones relativas a la migración y la seguridad de sus fronteras”. Ver el apartado 3 c) de la Resolución. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/147>.

5 Corte Internacional de Justicia, caso República de Guinea con República del Congo, sentencia de 30 de noviembre de 2010, apartado 65 y ss. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf>.

6 No pone en duda la capacidad del Estado de establecer controles migratorios la Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (OC-18/03), de 17 de septiembre de 2003. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf).

7 TEDH, caso *Chagal con Reino Unido*, sentencia de 15 de noviembre de 1996, párrafo 70.

8 Pérez, Carmen, *Migraciones irregulares y Derecho internacional. Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (Tirant lo Blanch) 2012, p. 3.

9 Pérez-Prat Durban, Luis, “Derecho Internacional: ¿un acuerdo imposible?” en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. VII, 2007, p. 138-164.

toman una decisión sobre la permanencia o expulsión de un extranjero de su territorio o, en otro orden de cosas, sobre el estatuto de derechos que debe serle garantizado.

Entre esas obligaciones nos interesa, ahora, hacer referencia al llamado principio de *non-refoulement* (no devolución). Aunque los Estados pueden, como ya se ha dicho aquí, decidir expulsar a un extranjero que intenta entrar, ha entrado o permanece en su territorio en situación administrativa irregular,<sup>10</sup> esa facultad no carece de límites<sup>11</sup>. El principio de no devolución se ha configurado precisamente como el eje en torno al cual pivota el Derecho internacional en este ámbito. Se trata de un principio propio del DIR, consagrado en el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados,<sup>12</sup> que de modo progresivo ha trascendido ese ámbito para proyectarse sobre el DIDH<sup>13</sup> y proteger así, no solo a los refugiados, sino a todo individuo inmerso en un proceso migratorio. A esa expansión han contribuido de modo decisivo los órganos de protección internacional de derechos humanos. Hoy, una norma de Derecho internacional general de *ius cogens* obliga a los Estados a no devolver a una persona a un país cuando esa devolución pueda exponerla a una violación grave de sus derechos humanos.<sup>14</sup>

10 Esto es, al margen de lo dispuesto por su normativa interna en materia de extranjería.

11 Precisamente con el objeto de clarificar qué límites son estos, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) aprobó en 2014 un proyecto de artículos sobre “expulsión de extranjeros” (A/CN.4/L.832). Disponible en: [http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.832&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/9\\_12.shtml&Lang=S](http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.832&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/9_12.shtml&Lang=S).

12 En virtud del artículo mencionado, “(n)ingún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”. Convención firmada en Ginebra, el 28 de julio de 1951. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0005>. A la obligación de no devolver a los refugiados se refiere también el artículo 6 del Proyecto de artículos de la CDI.

13 De lo que es manifestación, por ejemplo, el artículo 3 de la Convención contra la tortura de Naciones Unidas, adoptada mediante la resolución de la AGNÚ 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>. Según dispone el mencionado artículo en su apartado primero “(n)ingún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”.

14 En palabras de Mariño Menéndez, estaríamos ante un principio que “prohíbe cualquier forma de expulsión o entrega de un extranjero a un Estado en el cual su vida, integridad física y moral o libertad corran grave peligro de ser lesionadas en violación de los correspondientes derechos fundamentales de los que toda persona es titular y que constituyen el estándar mínimo universal cuya validez nunca puede ser suspendida”. En Mariño Menéndez, Fernando M., “La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el Derecho europeo”, en Mariño Menéndez, Fernando M. (ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, (Trotta) 2002, p. 464. Sobre el carácter de *ius cogens* del principio de *non refoulement*. Ver también, entre otros: Goodwin-Gill, Guy, “Non-refoulement and the new Asylum Seekers”, en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 26, 1986, pp. 897-918;



El principio de no devolución adquiere una importancia fundamental en relación con la gestión de los denominados “flujos mixtos”, que han sido definidos por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) como movimientos de población complejos, normalmente irregulares, que incluyen a refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes.<sup>15</sup> La llegada de un grupo numeroso de personas a las fronteras de un Estado exigiría a este, en primer lugar, que ponga en marcha mecanismos ágiles de recepción o acogida, implementados de modo humanitario.<sup>16</sup> Y, en segundo lugar, deben aplicarse procedimientos adecuados que permitan diferenciar de modo individualizado el estatus jurídico de las personas que lleguen. Únicamente si se identifica correctamente a migrantes económicos, refugiados u otras personas necesitadas de protección internacional, víctimas de la trata de seres humanos y/o menores extranjeros no acompañados, será posible proporcionar la protección debida a cada uno de estos colectivos, siquiera temporal cuando estamos ante una situación de éxodo masivo provocada por un conflicto armado o una situación de violación generalizada de derechos humanos.<sup>17</sup>

Entre las medidas de protección destaca la no devolución a un país donde su vida o su seguridad corran peligro. La devolución del grupo de personas sin que de manera previa hayan sido debidamente identificadas constituye una expulsión colectiva prohibida por el Derecho internacional. Nos ocuparemos con más detenimiento del contenido y alcance de esta prohibición cuando analicemos el contenido del acuerdo celebrado entre Turquía y la UE. No puede dejar de señalarse, además, que el Derecho internacional –y también el Derecho de la UE– imponen obligaciones de protección a determinados colectivos que van más allá del respeto del principio de no devolución. En el caso, por ejemplo, de las víctimas de la trata de seres humanos, las normas internacionales adoptadas para combatir este fenómeno y proteger a sus víctimas así lo determinan.<sup>18</sup>

---

15 Organización Internacional para las Migraciones, *Glosario sobre Migración*, Organización Internacional para las Migraciones, N°7, 2006. Disponible en: [http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml\\_7\\_sp.pdf](http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf).

16 Esto es, deben atenderse de modo prioritario las necesidades de personas que llegan en una situación de extrema vulnerabilidad. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que entre ellas pueden venir menores de edad (incluso no acompañados), ancianos, personas con discapacidad, mujeres embarazadas, etc.

17 Sobre las respuestas que tradicionalmente se ha proporcionado en estas situaciones. Ver Peral, Luis, *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, (Trotta) 2001, pp. 27-52.

18 Artículos 6 a 8 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada (Protocolo de Palermo), aprobado mediante la Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www2>.

### 3. La política ¿común? de inmigración y asilo de la Unión Europea

#### 3.1. Antecedentes y características generales

El proyecto de integración europea no incluyó inicialmente, entre las competencias que los Estados iban cediendo de modo paulatino a las instituciones comunes, las relativas al establecimiento de una política comunitaria de inmigración y asilo. A pesar de ello, pocos años después de iniciado el proceso de unificación, los Estados constataron que la abolición de las fronteras interiores y el establecimiento de una frontera única exterior común, aunque fuese a efectos del ejercicio de las cuatro libertades que fundamentan el mercado común,<sup>19</sup> tenían consecuencias no previstas respecto del cruce de dicha frontera y posterior circulación de nacionales de terceros Estados. Los Estados coincidieron en que debían cooperar para atajar esos efectos, que consideraron indeseados. Pero dada la resistencia a ceder competencias en estos ámbitos, recurrieron, en un primer momento, a instrumentos extracomunitarios para formalizarla. A esta etapa pertenecen: el Acuerdo de Schengen, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes y su Convenio de aplicación<sup>20</sup> y, el Convenio de Dublín, sobre la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas.<sup>21</sup>

La creación de la UE mediante el Tratado de Maastricht, en 1992, supuso la inclusión entre los asuntos de justicia e interior objeto de cooperación en el denominado tercer pilar, los relativos a la inmigración y el asilo. Solo en 1999, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, inmigración y asilo pasarían al “pilar comunitario” con la inclusión de un nuevo Título IV, relativo a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, en el Tratado de la Comunidad Europea. La adopción de decisiones en este ámbito se sometió, sin embargo, durante cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, a un régimen híbrido en el que las competencias de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el

---

ohchr.org/spanish/law/pdf/protocoltraffic\_sp.pdf. Y los artículos 10 a 16 del Convenio europeo sobre la lucha contra la trata de seres humanos, firmado en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Disponible en: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=197&CM=8&DF=02/06/2014&CL=ENG>.

19 La libre circulación de mercancías, capitales y personas y la libre prestación de servicios.

20 Diario Oficial de la UE, Serie L, N° 239, de 22 de septiembre de 2000.

21 Diario Oficial de la UE, Serie C, N° 254, de 19 de agosto de 1997.

Tribunal de Justicia se vieron severamente restringidas, a favor de las del Consejo que representa, como se sabe, los intereses de los Estados miembros.<sup>22</sup> El vigente Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)<sup>23</sup> detalla en los artículos 78 y 79 las competencias de la UE en materia de inmigración y asilo. Aunque enseguida haremos alguna referencia más concreta al Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), excede los límites del presente trabajo dar cuenta de los resultados en los que se han materializado dichas competencias. No queremos dejar de apuntar, sin embargo, algunas de las características generales de las políticas comunes de inmigración y asilo.

Se trata, en primer lugar, en ambos casos, de una competencia de carácter compartido.<sup>24</sup> Esto es, las normas aplicables son de Derecho de la UE y también las adoptadas, en la parte de la competencia no ejercida en común, por los Estados miembros. La política común es, por tanto, solo parcial.

Estamos, además, ante una “comunitarización de mínimos”. En muchas ocasiones, el acuerdo se ha logrado a expensas de incorporar a la norma común el “mínimo común denominador”, es decir, aquello en lo que los Estados lograban ponerse de acuerdo. A cambio, las normas del Derecho de la UE – Reglamentos y Directivas, fundamentalmente– permiten a los Estados aplicar normas nacionales “más favorables” en el ámbito concreto de que se trate.<sup>25</sup>

### 3.2. El Sistema Europeo Común de Asilo

La UE tiene entre sus objetivos, por tanto, la creación de un SECA: un conjunto armonizado de normas y estándares que pretende proporcionar una respuesta común a la llegada de nacionales de terceros países que buscan protección internacional.<sup>26</sup> Se trata de un proyecto que la UE y sus Estados

---

22 Sobre la evolución de la política europea de inmigración y asilo. Ver Pérez, Carmen “La inmigración y el asilo en la Unión Europea”, en Palomar, Alberto, (dir.), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, (Aranzadi) 2007, pp. 69-103

23 Diario Oficial de la UE, Serie C, N°326, de 26 de octubre de 2012.

24 El artículo 4.2.j) del TFUE, señala: “2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: j) el espacio de libertad, seguridad y justicia”.

25 Sirva de ejemplo la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Diario Oficial de la UE, Serie L, N° 348, de 24 de diciembre de 2008). El artículo 4.3 incorpora una fórmula que cabe considerar habitual: “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva”.

26 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 78.1 del TFUE “La Unión desarrollará una política común

miembros vienen desarrollando, en varias fases, desde 1999<sup>27</sup> y que pivota –no podría ser de otro modo– en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y el principio de no devolución. Son relevantes, en este sentido, los artículos 18 y 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE,<sup>28</sup> que garantiza, respectivamente, el derecho de asilo y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición.

Lo que nos interesa poner de manifiesto aquí es que ese proceso armonizador ha alcanzado resultados concretos en un buen número de cuestiones que afectan, por ejemplo, a la determinación de los criterios que se tendrán en cuenta para conceder y retirar la protección (asilo, protección subsidiaria o protección temporal); al acceso al procedimiento y, en definitiva, a la protección misma, a las condiciones de acogida de los solicitantes y al contenido de la protección que se proporciona.

Son relevantes en este sentido dos normas adoptadas recientemente. Se trata de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional<sup>29</sup> y el Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, en el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados integrantes por un nacional de un tercer país o un apátrida.<sup>30</sup>

---

en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes”.

27 Son incontables los análisis doctrinales que han analizado los orígenes y desarrollos del sistema común de asilo. Ver Arenas, Nuria, “El derecho de asilo en el marco de la política comunitaria de contención de flujos migratorios. Tendencias tras veinte años de armonización”, en *Revista de Estudios Europeos*, N° 50, 2008, pp. 125-146; Gil Bazo, María Teresa, “La protección de los refugiados en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”, en Mariño, Fernando M. (ed.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, (Ministerio de Asuntos Sociales), 2001, pp. 147-186; Guild, Elspeth, “The Europeanisation of Europe Asylum Policy”, en *European Journal of Refugee Law*, Vol. 18, 2006, pp. 630-652; y, McAdam, Jane, “Regionalising International Refugee Law in the European Union”, en *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 38, N° 2, 2007, pp. 255-280.

28 Diario Oficial, Serie C, N° 326, de 26 de octubre de 2002.

29 Diario Oficial, Serie L, N° 180, de 29 de junio de 2013.

30 Diario Oficial, Serie L, N° 180, de 29 de junio de 2013.

Lo que interesa tener en cuenta ahora, sin embargo, y en ello vamos a centrar esta última parte del trabajo, es que el SECA incorpora también un mecanismo que permite adoptar una decisión colectiva para afrontar situaciones de afluencia masiva y acoger temporalmente a las personas que llegan. Un mecanismo que, desde luego, podría haberse activado –y no se ha hecho– para acoger a los refugiados y personas desplazadas por el conflicto en Siria y otros países de que, en particular desde la primavera de 2015, no han dejado de llegar a las fronteras de la UE.

#### **4. La acogida temporal en caso de afluencia masiva de migrantes y refugiados: normas comunes**

En una situación diferente a aquellas que buscan individualmente protección internacional se encuentran las personas que huyen en grupos, más o menos numerosos, buscando protección temporal. Las razones de la huida pueden ser diversas: una catástrofe natural (terremotos, inundaciones), un conflicto armado (interno o internacional), o una situación de violación generalizada de derechos humanos. La UE se ha enfrentado a este fenómeno en varias ocasiones y han sido reiterados los intentos de proporcionar una respuesta común. Deben citarse, en primer lugar, la Decisión del Consejo, de 25 de septiembre de 1995, sobre el reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal de las personas desplazadas;<sup>31</sup> y la Decisión 96/198/JAI, de 4 de marzo de 1996, sobre un procedimiento de alerta y urgencia para el reparto de cargas en relación con la acogida y estancia, de carácter temporal, de las personas desplazadas.<sup>32</sup>

En 1998, el Plan de Acción adoptado por el Consejo y la Comisión contemplaba la adopción de normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen. Además establecía medidas para el fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas, y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida.<sup>33</sup>

También en 1999, el Consejo se ocupó en varias ocasiones del asunto. En

31 Diario Oficial, Serie C, N° 262, de 7 de octubre de 1995.

32 Diario Oficial, Serie L, N° 63, de 13 de marzo de 1996.

33 Diario Oficial, Serie C, N° 19, de 20 de enero de 1999.

su reunión de 27 de mayo de ese año, adoptó algunas conclusiones respecto a la situación de las personas desplazadas por el conflicto de Kosovo en las que invitaba a los Estados miembros y a la Comisión a extraer las consecuencias de la respuesta que habían proporcionado a la mencionada crisis. También en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de mayo de 1999, se incorporó la propuesta de un acuerdo relativo a la protección temporal de las personas desplazadas basado en la solidaridad entre los Estados miembros.

El 20 de julio de 2001 se adoptó la Directiva 2001/55/CE del Consejo, que establece algunas normas mínimas y un procedimiento para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, y, además, medidas de fomento para lograr un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros con el fin de acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.<sup>34</sup> El objetivo de la Directiva es, por tanto, el establecimiento de un dispositivo excepcional en caso de llegada masiva a la UE de nacionales extranjeros que no pueden volver a sus países, especialmente por motivos de guerra, violencia o violaciones de los derechos humanos. La legislación establece una protección inmediata<sup>35</sup> y temporal<sup>36</sup> para estas personas desplazadas y garantiza un equilibrio entre los esfuerzos realizados por los Estados miembros para acogerlos y las consecuencias de dicha acogida. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 20 de la Directiva, y teniendo en cuenta a su vez, lo establecido en los artículos 21, 22 y 23 de la misma, cuando haya finalizado la protección temporal, se aplicará el Derecho general en materia de protección y de extranjería en los Estados miembros y se procederá, en principio, al retorno individual o forzoso, de las personas que se han beneficiado de la acogida temporal. El mecanismo previsto en esta Directiva no se ha aplicado nunca –a pesar de que ha habido más de una ocasión en la que se podría haber hecho–, dada la “afluencia masiva” de migrantes y refugiados al territorio de la UE.

---

34 Diario Oficial, Serie L, N° 212, de 7 de agosto de 2001. Sobre esta norma puede consultarse el trabajo de Arenas Hidalgo, Nuria, *Los desplazamientos forzosos de población a gran escala: La directiva europea relativa al sistema de protección temporal* (Tesis Doctoral defendida en la Universidad de Sevilla), 2003. Disponible en: <http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/1189/los-desplazamientos-forzosos-de-poblacion-gran-escala-la-directiva-europea-relativa-al-sistema-de-proteccion-temporal/>.

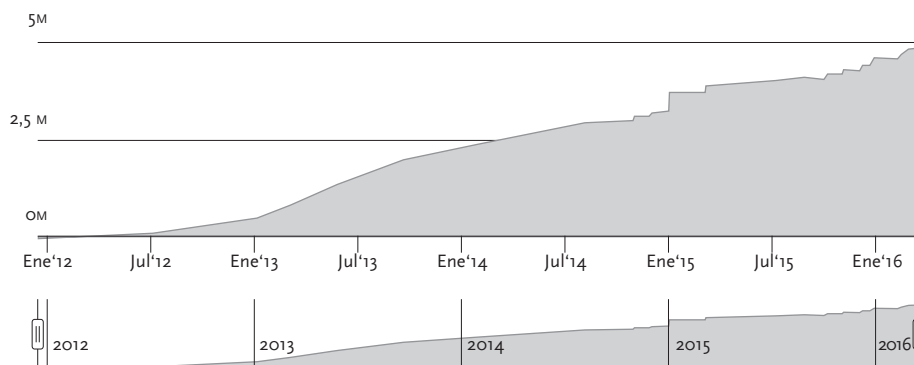
35 La decisión se adoptará siguiendo el procedimiento establecido por el artículo 5 de la Directiva.

36 El artículo 4 de la Directiva establece que la protección, que se concederá inicialmente por un periodo de un año, durará, como máximo, tres.

## 4.1. La gestión de la “crisis de refugiados” provocada por el conflicto en Siria

### 4.1.1. Algunos datos

Según datos proporcionados por el ACNUR,<sup>37</sup> el conflicto en Siria ha desplazado de sus hogares a millones de personas que buscan protección internacional. Según esta Organización, el 16 de marzo de 2016 se habían registrado 4.812.851 refugiados sirios en los países vecinos y casi 8 millones de desplazados en Siria. El recrudecimiento del conflicto, la creciente inestabilidad en la región y el hecho de que esos países limítrofes con Siria se hayan visto desbordados por el incesante flujo migratorio, ha motivado a muchas personas a intentar llegar a territorio europeo en busca de protección internacional. En la siguiente tabla es posible comprobar la evolución del número de desplazados por el conflicto desde 2012.



Fuente: ACNUR

Pese a estas enormes cifras, lo cierto es que únicamente una pequeña parte de los desplazados por el conflicto han llegado hasta países de la UE. Las cifras proporcionadas por el ACNUR incluyen a 2.1 millones de sirios registrados como refugiados en Egipto, Irak, Jordania y Líbano, a 1.9 millones registrados por el Gobierno de Turquía y a más de 28.000 registrados en los países del norte de África. Es muy menor, por tanto, en términos cuantitativos, el esfuerzo que se le pide a la UE. Es cierto, sin embargo, que las peticiones de protección internacional se han disparado en los últimos meses en los Estados miembros de la UE y los países vecinos. Así, entre abril de 2011 y enero de 2016 el conjunto de países europeos ha recibido 935.000 peticiones

<sup>37</sup> Datos disponibles en: <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/documents.php?page=1&view=grid>

de protección. De estas, 616.462 se presentaron en países de la UE.<sup>38</sup> Hay que tener en cuenta que muchas de estas personas han llegado en grupos más o menos numerosos de manera casi permanente por vía terrestre y/o marítima, provocando una crisis humanitaria y política que a todas luces ha desbordado la capacidad de respuesta de la UE.

#### 4.1.2. Medidas adoptadas

##### 4.1.2.1. Consideraciones generales

Los sucesivos Consejos de Ministros de Justicia e Interior y las reuniones del Consejo Europeo han tratado de esbozar una respuesta común a las tensiones provocadas por la mencionada crisis. Mientras la Comisión Europea ha buscado incansablemente poner de acuerdo a los Estados frente al drama humanitario,<sup>39</sup> algunos Estados miembros han adoptado medidas unilaterales de refuerzo de los controles fronterizos y han impedido u obstaculizado la posibilidad de que se llegue a soluciones compartidas.<sup>40</sup>

Lo que esta “crisis migratoria” ha puesto de manifiesto, de nuevo, es, de una parte, el recelo de los Estados miembros a desprenderse de la facultad de decidir unilateralmente quién debe entrar en su territorio y, de otra, la consideración de que las migraciones son, o pueden ser, un reto para la seguridad. A nuestro juicio, tanto el intento de que el Consejo de Seguridad autorizase el uso de la fuerza contra los traficantes que provenían de Libia como la petición de ayuda a la OTAN, son buena prueba de ello. Nos referiremos, brevemente, a estas dos medidas.

##### 4.1.2.2. La Resolución del Consejo de Seguridad y la participación de la OTAN

Una concepción “securitaria” de los movimientos migratorios explica, en primer lugar, la presión ejercida, el 9 de octubre de 2015, sobre el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para que autorizara, en una Decisión adoptada sobre la base del capítulo VII de la Carta, el uso de “todas las

<sup>38</sup> Los datos están disponibles en: <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/asylum.php>.

<sup>39</sup> El 15 de diciembre de 2015, la Comisión presentó una batería de medidas para abordar la crisis de modo conjunto (pueden consultarse en el siguiente comunicado de prensa: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-6327\\_en.htm?locale=EN](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6327_en.htm?locale=EN)). *Vid.*, además, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo titulada “Nuevas medidas operativas de la cooperación UE-Turquía en el ámbito de la migración”, de 16 de marzo de 2016, COM (2016) 166 final.

<sup>40</sup> En la siguiente dirección electrónica se ofrece una lista de las medidas adoptadas desde 2015 por el Consejo de la UE para proporcionar respuestas a la crisis migratoria: <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/migratory-pressures/history-migratory-pressures/>.



medidas que dicten las circunstancias para hacer frente a los traficantes y tratantes” que operan desde Libia.<sup>41</sup> El Consejo de Seguridad reforzó así la denominada “Operación Sophia” para tomar medidas contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de seres humanos desde el territorio de Libia y frente a sus costas. La segunda fase de esa operación, que se había iniciado el 7 de octubre de 2015, implicaba la actuación en alta mar.<sup>42</sup> La “Operación Sophia” sustituyó a la denominada “Operación Tritón” cuyo objetivo era sustancialmente diferente: apoyar las operaciones de búsqueda y rescate en el Mediterráneo central.

La colaboración entre la OTAN y Frontex,<sup>43</sup> solicitada por Alemania, Grecia y Turquía, para el acopio de información sobre el tráfico de migrantes, formalizada en el mes de marzo de 2016, pretende también frenar el tráfico de seres humanos en el mar Egeo.

Los Estados tienen derecho, ya lo hemos dicho aquí, a luchar contra la inmigración irregular y a impedir la entrada, o devolver, a los inmigrantes irregulares. Sin embargo, esa libertad no carece de límites. Y en ese sentido, cualquier medida que se adopte para frenar los flujos migratorios debe incorporar aquellos mecanismos que resulten adecuados para permitir dar acceso a los procedimientos de protección a aquellas personas que lo necesiten. Eso es, precisamente, lo que, más allá de la retórica, se echa de menos en la respuesta de la UE y que se traduce en la poca precisión, por la evidente falta de voluntad política, en la definición de aquellos mecanismos. Al contrario, el recurso al Consejo de Seguridad y la OTAN, lo que da cuenta de una respuesta de naturaleza militar a la crisis, parece dejar bien claro que los flujos migratorios se conciben como una amenaza a la seguridad de la cual es necesario defenderse.

---

41 Se trata de la Resolución 2240 (2015), S/RES/2240 (2015). Disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2240\(2015\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2240(2015)).

42 Mediante la Decisión (PESC) 2016/118 del Comité Político y de Seguridad de 20 de enero de 2016, relativa a la aplicación mediante la operación EUNAVFOR MED SOPHIA, de la Resolución 2240 (2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, autorizó a esta operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional a visitar, registrar, apresar y desviar en alta mar los buques sospechosos de estar siendo utilizados para el tráfico ilícito o la trata de seres humanos, con arreglo a las condiciones previstas en la Resolución 2240 (2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Diario Oficial de la UE, Serie L, N° 23, de 29 de enero de 2016).

43 La Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea fue creada en 2004 mediante el Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004 (Diario Oficial de la UE, Serie L, N° 349, de 25 de noviembre de 2004).

### 4.1.2.3. El acuerdo con Turquía

Turquía ha sido, a ojos de la UE, un socio clave desde el inicio de la crisis migratoria de la que nos ocupamos en estas páginas<sup>44</sup>. En su huida, un buen número de refugiados lo ha utilizado como país de tránsito para llegar a Grecia, en la denominada “ruta del Egeo”. Los intentos de que Turquía cooperase en el cierre de esta ruta cristalizaron el pasado 18 de marzo, cuando se adoptó el acuerdo cuyos elementos principales se describen a continuación.<sup>45</sup>

En primer lugar, el Acuerdo recoge una serie de medidas directamente destinadas a reforzar la cooperación entre la UE y Turquía para gestionar la crisis migratoria. Así, ese país se compromete –a partir del 20 de marzo de 2016– a readmitir en su territorio a los “migrantes irregulares” que lleguen a territorio europeo –presumiblemente a las islas griegas– utilizando Turquía como país de tránsito. El acuerdo prevé que, de conformidad con el Derecho internacional y el principio de no devolución, las personas que lleguen a territorio europeo “serán debidamente registrados y las autoridades (...) tramitarán toda solicitud de asilo individualmente, de acuerdo con la Directiva sobre procedimientos de asilo,<sup>46</sup> en cooperación con el ACNUR”.<sup>47</sup>

En principio, por tanto, únicamente los migrantes que no soliciten asilo o cuya solicitud se haya considerado infundada o inadmisibles de conformidad con la citada Directiva serán retornados a Turquía. Lo anterior exige que el Derecho interno griego incorpore a Turquía a la categoría de “terceros países seguros”. Por su parte, la UE se compromete a reasentar en su territorio “por cada sirio retornado a Turquía” a otro sirio procedente de Turquía. Estos serán elegidos de acuerdo con un mecanismo que deberá establecerse “con la asistencia de la Comisión, los organismos de la UE y otros Estados miembros, así como el ACNUR” y sobre la base de los criterios de

44 Sobre la relación entre la UE y Turquía puede verse: Batalla, Laura, “Turquía, el eterno candidato a la Unión Europea”, en *Revista Española de Relaciones Internacionales*, Vol. 5, 2013, pp. 1-26.

45 El contenido del mismo puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>.

46 Diario Oficial, Serie L, N° 180, de 29 de junio de 2013.

47 Debe recordarse que el ACNUR, al igual que la mayoría de las organizaciones que prestaban labores humanitarias en Grecia, dejaron de hacerlo poco tiempo después de que el acuerdo comenzase a aplicarse. Así lo anunció el Alto Comisionado tras la “entrada en vigor” del Acuerdo, por considerar que los centros de registro de refugiados se habían convertido en “centros de detención”. En un Comunicado hecho público el 22 de marzo, afirmó que “no es parte del acuerdo UE-Turquía, ni participará en retornos o detención” y que continuará “asistiendo a las autoridades griegas para desarrollar una capacidad de acogida adecuada”. El Comunicado está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/acnur-redefine-su-papel-en-grecia-tras-la-entrada-en-vigor-el-acuerdo-ue-turquia/>.

vulnerabilidad de Naciones Unidas.<sup>48</sup> Se establece, sin embargo, un “cupo”. Así, el reasentamiento según este mecanismo se llevará a cabo, en un primer momento, mediante el cumplimiento de los compromisos que habían adquirido los Estados miembros en las Conclusiones de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 20 de julio de 2015, sobre el reasentamiento mediante programas multilaterales y nacionales de 20.000 personas claramente necesitadas de protección internacional, en virtud de los cuales quedan 18.000 plazas de reasentamiento.<sup>49</sup> Se prevé que las necesidades adicionales de reasentamiento se aborden a través de un acuerdo voluntario similar hasta alcanzar un límite máximo de 54.000 personas más. Si estos acuerdos no cumplen el objetivo de poner fin a la migración irregular y el número de retornos sobrepasa esta cifra, se interrumpirá la aplicación del mecanismo.<sup>50</sup> La financiación de las operaciones de retorno y reasentamiento correrá a cargo de la UE. Además, la UE, en cooperación con Turquía, acelerará el desembolso de los 3000 millones de euros inicialmente asignados en virtud del Mecanismo para los Refugiados en Turquía y garantizará la financiación de más proyectos destinados a personas bajo protección temporal.

Adicionalmente, Turquía tomará todas las medidas que resulten necesarias para evitar que se abran nuevas rutas marítimas o terrestres de migración ilegal desde su territorio al de la UE y cooperará para tal efecto con los Estados vecinos y con la propia UE. Solo en el caso de que cese o disminuya el paso irregular entre Turquía y la UE, de manera sustancial y duradera, se pondrá en marcha un régimen de admisión humanitaria, al que los Estados miembros de la UE contribuirán voluntariamente.

Por último, en un intento de frenar las llegadas “en origen” la UE y sus Estados miembros colaborarán con Turquía en la mejora de las condiciones humanitarias en el interior de Siria, en particular en determinadas zonas próximas a la frontera con Turquía, lo que permitiría a la población local y a los refugiados vivir en zonas que sean más seguras.

Un segundo conjunto de medidas tiene como objetivo “recompensar” a

---

48 En un intento de evitar que el acuerdo favorezca el tan cacareado “efecto llamada”, se establece que se dará prioridad a los migrantes que no hayan entrado o intentado entrar previamente de manera irregular a la UE.

49 Las Conclusiones están disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11130-2015-INIT/es/pdf>.

50 No se aclara si, en ese caso, Turquía dejará de readmitir migrantes.

Turquía por su cooperación. De este modo, se prevé la aceleración de la hoja de ruta de liberalización de los requisitos de visados para los ciudadanos turcos a más tardar a fines de junio de 2016 y se revigorizará el proceso de adhesión de este país a la UE.

Son muchas las dudas que ha suscitado el acuerdo. Es pronto aún, claro, para evaluar su implementación, pero no para hacer algunas advertencias.

En primer lugar, deben tenerse en cuenta los imperativos del principio de no devolución y la prohibición de realizar expulsiones colectivas. Se trata de una prohibición incorporada al artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y a las normas adoptadas en el marco del SECA. Pero los Estados deben, además, tener en cuenta las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>51</sup> y, en particular, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que los 28 Estados miembros de la UE lo son a su vez del Consejo de Europa y, por tanto, del Convenio. Y que aunque este no garantiza un derecho a entrar o permanecer en el territorio de los Estados parte, al margen de lo previsto en sus normas de extranjería, el TEDH ha deducido que los Estados parte violarían las obligaciones que han asumido en virtud del CEDH si devuelven o impiden la llegada de personas que buscan asilo, hacia o desde un país que no cabe considerar seguro. Incluso si la medida se adopta extraterritorialmente, por ejemplo en alta mar, deberá respetarse el derecho individual a solicitar asilo. Lo contrario constituiría una expulsión colectiva, prohibida también por el Convenio.<sup>52</sup>

De acuerdo con las normas comunes sobre asilo adoptadas en el marco de la UE, –que se sostienen, como no podría ser de otro modo, sobre el principio de *non-refoulement*– el Estado miembro podrá declarar inadmisibles una solicitud de asilo, y por tanto no examinarla, si devuelve al solicitante a un tercer país seguro.<sup>53</sup> Es decir, un Estado miembro de la UE, Grecia, por ejemplo, podrá devolver a un sirio solicitante de asilo a un tercer país desde

51 Convenio firmado en Roma, el 4 de noviembre de 1950. Disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf).

52 De particular interés en este sentido es: TEDH, caso *Hirsi Jamaa y otros con Italia*, sentencia de 23 de febrero de 2012. Sobre la sentencia ver: De Castro Sánchez, Claribel, “TEDH – Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), *Hirsi Jamaa e.a. c. Italia*, 27765/09. Artículo 3 y 13 del CEDH; Artículo 4 del Protocolo nº 4- Tortura y tratos inhumanos y degradantes- derecho a un recurso efectivo - prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros”, en Revista Española de Derecho Comunitario, Nº 46, 2013, pp. 1119-1135 y Moreno-Lax, Violeta, “*Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?*”, en Human Rights Law Review, Vol. 12, Nº 3, 2012, pp. 574-598.

53 Artículo 31.8.b) y 33.2.c) de la Directiva 2013/32/UE, ya citada aquí.

el cual ha entrado en el territorio de la UE –como Turquía– solo si este último puede ser considerado seguro en su legislación interna.<sup>54</sup>

¿Cabe considerar a Turquía un “país seguro” para estos efectos?<sup>55</sup> Tal y como se ha recordado,<sup>56</sup> Turquía es parte de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de refugiados, aunque mantiene una limitación de carácter geográfico que impide su aplicación cuando los hechos que traen causa de la protección han ocurrido fuera de Europa. Son preocupantes también las numerosas condenas a este país por la violación del artículo 3 del CEDH, que prohíbe la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, que han sido objeto de sentencias del TEDH.

Por último, queda por despejar también la incógnita de qué ocurrirá con aquellas personas que: (a) llegaron a Grecia antes de que el acuerdo empezase a ser aplicado (el 20 de marzo de 2016) o, (b) lleguen a Grecia desde Turquía una vez superado el “cupo” de reasentamientos previsto en el acuerdo del 18 de marzo. Al parecer los primeros y los segundos podrán solicitar en Grecia protección internacional, si se suspende el bochornoso “mecanismo de intercambio”.

## 5. Conclusión: ¿crisis de refugiados o de la Unión Europea?

Son muchas las voces que, desde los organismos internacionales con competencias en materia de migraciones y refugio y desde las ONG, se han alzado en contra de la gestión que la UE y sus Estados miembros están haciendo de la denominada “crisis migratoria” actual. En realidad, las críticas no son nuevas. Se viene reprochando desde hace tiempo a la UE que pretenda convertirse en una “Europa fortaleza” donde migrantes y refugiados tienen cada vez más difícil acceso. Y no puede dejar de ponerse de manifiesto, además, que

54 Así lo ha confirmado recientemente el Tribunal de Justicia de la UE en su sentencia de 17 de marzo de 2016, asunto C-695/15 PPU, *Shiraz Baig Mirza c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, aún no publicada en la recopilación oficial. Grecia está en estos momentos revisando su normativa para proceder a dicha incorporación. Mientras tanto, las personas que llegan a su territorio son aprehendidas y conducidas a campos de detención.

55 El artículo 38 de la Directiva 2013/32/UE se ocupa del concepto de “tercer país seguro”. Sobre esta cuestión ver: Gil, María Teresa, “The Practice of Mediterranean States in the Context of the European Union’s Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited”, en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 18, 2006, pp. 571-600.

56 Carrera, Sergio y Guild, Elspeth, *EU-Turkey plan for handling refugees is fraught with legal and procedural challenges*, CEPS Commentary, 10 de marzo de 2016. Disponible en: <https://www.ceps.eu/publications/eu-turkey-plan-handling-refugees-fraught-legal-and-procedural-challenges>.

el proceso de conformación de una política común en materia de migración y asilo se ha visto lastrado por las reticencias de los Estados a desprenderse de sus competencias en este ámbito.

Desde luego, la UE no está, desde hace tiempo, a la altura de los valores proclamados en el Tratado. Su interés por deshacerse de los refugiados es más que evidente desde hace tiempo. Se han multiplicado en los últimos años, las medidas que se traducen en una externalización de la protección a través, por ejemplo, del establecimiento de procedimientos para la determinación de la condición de refugiado en la UE –mientras que los solicitantes permanecen fuera de su territorio– y el condicionamiento de la ayuda a la mejora de la cooperación en este ámbito por parte de terceros Estados.<sup>57</sup> El acuerdo con Turquía no es, por tanto, sino una medida más en la misma línea. El hecho de que haya estado ausente del debate político y mediático que la UE ya contaba con un mecanismo, el previsto en la Directiva 2001/55/CE,<sup>58</sup> para hacer frente a la afluencia masiva de personas que necesitan protección internacional y que dicho mecanismo, en definitiva, no se haya activado para otorgarles protección en suelo europeo, permite concluir que, más allá de la retórica, la UE no se concibe a sí misma como un territorio de acogida.

---

57 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la gestión de la entrada en la UE de personas que necesiten protección internacional y el aumento de la capacidad de protección en las regiones de origen mejorando el acceso a soluciones duraderas, COM (2004) 410, de 4 de junio de 2004. Sobre la cuestión ver: Garlick, Madeline, “The EU Discussions on Extraterritorial Processing: Solution or Conundrum?”, en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 18, 2006, pp. 601-619 y De Vries, Karin, “An Assessment of ‘Protection in Regions of Origin’ in Relation to European Asylum Law”, en *European Journal of Migration and Law*, Vol. 9, 2007, pp. 83-103.

58 Diario Oficial, Serie L, N° 212, de 7 de agosto de 2001. En virtud del artículo 2.c) de la Directiva se entiende por personas desplazadas a “los nacionales de un tercer país o apátridas que hayan debido abandonar su país o región de origen, o que hayan sido evacuados, en particular respondiendo al llamamiento de organizaciones internacionales, y cuyo regreso en condiciones seguras y duraderas sea imposible debido a la situación existente en ese país, que puedan eventualmente caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 1A de la Convención de Ginebra u otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional, y en particular: i) las personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente; ii) las personas que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos”. La aplicación a los desplazados por el conflicto sirio parece más que evidente.

# LA CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE: OBERGEFELL VERSUS HODGES (2015)

Javier Gallego Saade<sup>1</sup>

## Resumen

Este artículo reconstruye dogmáticamente la decisión de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos titulada *Obergefell versus Hodges*, que declara la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. En este ejercicio se identifican las líneas jurisprudenciales que es posible reconocer en torno a las distintas aproximaciones al problema constitucional en cuestión. Este precedente se refiere al derecho fundamental al matrimonio, por un lado, y al estándar de trato igualitario, por el otro. Como se verá, la decisión de la Corte en *Obergefell* se aparta de los principios asentados por su propia jurisprudencia en ambas líneas jurisprudenciales.

**Palabras claves:** matrimonio - revisión judicial - derecho estadounidense - trato igualitario - debido proceso sustantivo - derecho fundamental al matrimonio.

## 1. Introducción

*Obergefell v. Hodges* (2015)<sup>2</sup> es una decisión de 26 de junio de 2015, de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos (CS), en virtud de la cual declara que cualquier prohibición reforzada por legislación estatal, dirigida a la celebración de

<sup>1</sup> Abogado, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Público y Ética Profesional, Universidad Adolfo Ibáñez. Investigador asistente del Centro de Estudios Públicos (CEP). El autor agradece a Juan Ignacio Gaona Astudillo, ayudante de la Universidad Adolfo Ibáñez, por su colaboración editorial en este trabajo

<sup>2</sup> *Obergefell et. al. v. Hodges, Director of Ohio Department of Health et. al.* 576 U.S. (2015).

un matrimonio entre personas del mismo sexo, es inconstitucional en tanto infracción de la primera sección de la XIV enmienda de la Constitución (XIVE). El fallo responde a una solicitud de *certiorari*, elevada por las partes agraviadas en decisiones previas de la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito, en las que se revocan decisiones de primera instancia que reconocían a funcionarios competentes la facultad de inscribir matrimonios entre personas del mismo sexo. La Corte de Apelaciones sostuvo que la Constitución no imponía a los estados la obligación de reconocer un matrimonio homosexual celebrado en un estado distinto. Los estados de los cuales provienen las reclamaciones (de 14 parejas) son Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee, todos los cuales configuran en su legislación, al momento del fallo, el matrimonio como unión entre un hombre y una mujer.<sup>3</sup> La solicitud de revisión es concedida por la CS para efectos de responder dos preguntas distintas: (a) si la XIVE obliga a los estados a *entregar licencias* de matrimonio a parejas del mismo sexo que lo soliciten, y (b) si la XIVE obliga a los estados a *reconocer* un matrimonio homosexual celebrado en un estado cuya legislación lo permite. Para comprender el planteamiento binario con el que la Corte inicia su razonamiento es necesario considerar que la configuración institucional del matrimonio en Estados Unidos es relativa a la legislación estatal. Sin embargo, en lo que respecta a la definición de la orientación sexual de los cónyuges, se adoptó como legislación federal la *Defense of Marriage Act* (DOMA), promulgada el 21 de septiembre de 1996. DOMA contenía dos secciones operativas: la sección segunda refuerza la autonomía de los estados para reconocer o negarse a reconocer matrimonios homosexuales celebrados bajo la jurisdicción de un estado distinto. La tercera sección disponía lo siguiente:

Para determinar el significado de cualquier ley federal o de cualquier fallo, regulación o interpretación de las diferentes oficinas y agencias administrativas de los Estados Unidos, la palabra “matrimonio” significa solamente una unión legal entre un hombre y una mujer como marido y esposa y la palabra “cónyuge” se refiere sólo a una persona del sexo opuesto que es marido o esposa.

De este modo, la sección tercera de DOMA configuraba una prohibición de orden federal a la celebración de matrimonios homosexuales. Esta sección

---

<sup>3</sup> 576 U.S. 2 (2015).



fue declarada inconstitucional por la misma CS en *United States versus Windsor* (2013),<sup>4</sup> en un fallo que niega que la estructura de gobierno federal permita a los estados imponer concepciones discriminatorias.

El voto de mayoría en *Obergefell* es redactado por el juez Kennedy, y suscrita por Sotomayor, Kagan, Ginsburg y Breyer. El presidente Roberts, y los jueces Scalia, Thomas y Alito entregan disidencias separadas. Esta alineación es idéntica a la de *Windsor*, en el que Kennedy también ofrece la opinión de mayoría. *Obergefell* valida constitucionalmente el matrimonio homosexual respondiendo afirmativamente ambas preguntas expuestas con antelación, estableciendo la obligación de los estados tanto a: (a) entregar licencias de matrimonio a parejas homosexuales, como a (b) reconocer matrimonios homosexuales celebrados en un estado distinto.

## 2. El precedente de la decisión: *United States versus Windsor* (2013)

La sección segunda del fallo (II) en *Obergefell* explora la historia del matrimonio desde la antigüedad,<sup>5</sup> y da cuenta de lo que representa la evolución de esa institución para la Corte central. Lo hace vinculando la transformación cultural paulatina que provoca el cambio del rol de la mujer en la sociedad occidental,<sup>6</sup> con la creciente aceptación hacia la expresión de una orientación sexual distinta de la heterosexual.<sup>7</sup>

La primera decisión en la que la CS se pronuncia respecto del estatus de la orientación sexual involucra un control de constitucionalidad de legislación penal. En *Bowers versus Hardwick* (1986)<sup>8</sup> la Corte valida constitucionalmente una norma penal del estado de Georgia que criminaliza la sodomía y otros actos homosexuales masculinos. Diez años después se decide *Romer versus Evans* (1996),<sup>9</sup> donde la Corte invalida constitucionalmente una enmienda a la Constitución estatal de Colorado que prohibía dispensar protección, en cualquier nivel de administración estatal, a las personas en razón de expresar

4 570 U.S. (2013).

5 576 U.S. 3 (2015); citando a Confucio y Cicerón.

6 *Ibíd.*, 6.

7 *Ibíd.*, 7.

8 478 U.S. 186 (1986).

9 517 U.S. 620 (1996).

una orientación sexual distinta de la heterosexual. Este fallo es identificado como el primero en el que la CS se refiere explícitamente a la categoría “orientación sexual” para efectos de establecer que cualquier legislación estatal que disponga de dicha categoría como criterio diferenciador, debe mostrar al menos un vínculo racional con el fin que el Estado se propone alcanzar y que fundamenta la norma. Este fallo permite que en 2003 se invalide *Bowers*, declarando que la prohibición penal de la homosexualidad es inconstitucional, en *Lawrence versus Texas* (2003)<sup>10</sup>. La declaración de inconstitucionalidad de cualquier prohibición punitiva a prácticas homosexuales confirmó *momentum* a la pregunta por la validación de uniones homosexuales públicas. En 1996, como reacción a *Romer versus Evans*, se había promulgado DOMA, que como ya se advirtió, preserva la autonomía estatal para la configuración del matrimonio, por lo que resultaba natural que la cuestión se trasladara a tribunales superiores estatales. Es así como en 2003, el mismo año de *Lawrence*, la Corte Suprema de Massachusetts decide *Goodridge versus Department of Public Health*,<sup>11</sup> el primer fallo de un tribunal superior estatal que reconoce un derecho de acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo.

*Lawrence*, a nivel federal, y *Goodridge*, en el plano estatal, plantearon la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de la sección tercera de DOMA; no de aquella referida a la autonomía estatal, sino a la definición de matrimonio como unión entre un hombre y una mujer para efectos de legislación y jurisprudencia federal. En la opinión de mayoría redactada por Kennedy en *US versus Windsor* de 2013 (que declara inconstitucional la sección mencionada), se enfrentó el problema de la distinción entre la dimensión estatal y la federal en la regulación del matrimonio. El argumento de la mayoría es el siguiente: la definición y regulación del matrimonio ha estado tradicionalmente reservada a los estados, y la intrusión federal en ese tema ha sido mínima. La sección tercera de DOMA rompe esa tradición al establecer una prohibición federal de configuración de matrimonios homosexuales, lo que en algún sentido torna irrelevante el ejercicio de autonomía estatal, pues impide a los cónyuges disponer de los beneficios patrimoniales del vínculo matrimonial, dada la configuración contingente de la institución. Claramente este argumento establece la primacía de la segunda sección de DOMA (autonomía estatal) respecto de la tercera, pero la irrupción en el orden federal/estatal resulta problemática en

---

10 539 U.S. 558 (2003).

11 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

la medida en que el orden federal pretende imponer una concepción específica de la institución que resulta discriminatoria. La Corte intenta presentar de modo coherente este razonamiento, y para ello necesita afirmar que los estados ejercen autonomía regulativa para definir el matrimonio, porque desean reconocer la dignidad de los contrayentes. Este paso argumentativo queda claro en el siguiente párrafo:

“Cuando el estado dispuso de su autoridad histórica y esencial para definir de este modo la relación marital [incluyendo vínculos homosexuales], su rol y su poder al adoptar esta decisión realzaban el reconocimiento, dignidad y protección de la clase de su propia comunidad. DOMA, por su alcance y extensión, se separa de esa historia y tradición de descansar en el derecho estatal para definir el matrimonio”.<sup>12</sup>

Por esta razón, la sección tercera discrimina y provoca un daño en todas aquellas personas homosexuales interesadas en contraer matrimonio. Ahora bien, el reclamo en *Windsor* se funda en una vulneración a la V enmienda de la Constitución, que configura un derecho de protección contra intromisiones estatales lesivas de derechos fundamentales sin un debido proceso. La Corte entiende que el acceso al matrimonio debe estar mediado por el ejercicio de una libertad, que el estado no puede lesionar. Se invoca *Lawrence* (2003) como precedente para mostrar que la prohibición de la punición de la sexualidad homosexual es coherente con la extensión del vínculo matrimonial a parejas del mismo sexo, a pesar de que la relación entre matrimonio y ejercicio de sexualidad no se desarrolla detenidamente.<sup>13</sup> Lo que sí resulta importante, hacia la conclusión, es que el voto de mayoría invoca otra jurisprudencia para respaldar la tesis de que la protección de derechos fundamentales deriva en una prohibición de discriminación, en el sentido en el que la proscripción del ejercicio de un derecho supone un trato degradante que resulta discriminatorio. Así, sostiene la Corte, la cláusula de reconocimiento de igualdad de la sección primera de la XIVE hace más específico el contenido de la V enmienda.<sup>14</sup> Aquí se abren las dos aristas que la doctrina y la Corte considerarán en el camino hacia *Obergefell* y en la decisión misma: la del derecho fundamental al

<sup>12</sup> 570 U.S. 18 (2013).

<sup>13</sup> *Ibid.*, 19-20.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 25.

matrimonio y la de la prohibición de discriminación como parte del mandato de trato igualitario. A continuación se ofrece una reconstrucción de las líneas jurisprudenciales que dotan de contenido a ambas instituciones.

### 3. La vulneración a la Constitución: prohibición de discriminación y derecho al matrimonio

Antes que *Romer versus Evans* (1996) hiciera de la orientación sexual una materia constitucionalmente relevante y formalizara su estatus como categoría sospechosa en decisiones sobre trato igualitario, el constitucionalista Cass Sunstein ya había reaccionado a *Bowers versus Hardwick* (1986) al proponer que la resolución en contextos de adjudicación constitucional de problemas relativos al ejercicio de prácticas sexuales homosexuales no podía atender únicamente al estándar de debido proceso (es decir, protección de derechos fundamentales), sino también al estándar de trato igualitario.<sup>15</sup> En *Bowers* se sostuvo que los homosexuales no merecían protección estatal, pues no existía como un derecho fundamental el ejercicio libre de la sexualidad homosexual. En este punto es necesario notar que lo que la doctrina constitucional americana ha llamado debido proceso sustantivo –*substantive due process*– consiste básicamente en una línea jurisprudencial que identifica derechos fundamentales a partir de reclamaciones de debido proceso (que invocan la V enmienda o bien, la XIVE) que la legislación estatal no puede desconocer. En lo que interesa al menos para efecto de este trabajo, se trata de un estándar de validación constitucional de legislación sobre la base del reconocimiento de derechos fundamentales. Ahora bien, las enmiendas a la Constitución de Estados Unidos consagran pocos derechos de modo explícito como derechos fundamentales, de modo de habilitar a la CS para ejercer control de constitucionalidad en este sentido. Fuera de los derechos que legitiman procedimentalmente prácticas estatales de persecución o adjudicación, solo la I enmienda configura explícitamente derechos que pueden encontrarse de modo transversal en cualquier democracia constitucional: la libertad de expresión y de conciencia. Esto ha dado origen a un precedente de reconocimiento de derechos “implícitos”, que ha resultado intenso y controversial en la segunda mitad del siglo XX,

---

<sup>15</sup> Sunstein, Cass, “Sexual orientation and the Constitution: A note on the relationship between Due Process and Equal Protection”, en *The University of Chicago Law Review*, N°4, (University of Chicago Law Review), 1988, pp. 1161-1179.

especialmente en lo que respecta a la protección de la autonomía y privacidad sexual. El fallo que inaugura este precedente es *Griswold versus Connecticut* (1965), fundado en la protección de la planificación familiar, valida constitucionalmente la distribución de medicamentos anticonceptivos. En *Eisenstadt versus Baird* (1972) el criterio de esta decisión se extiende a cualquier persona individual, con independencia de que el uso de los medicamentos responda a una práctica de planificación de natalidad. Ambos fallos son considerados funcionales a la decisión más célebre de la CS en la línea del debido proceso sustantivo: el caso *Roe versus Wade* (1973) que valida constitucionalmente la interrupción consentida del embarazo en el primer trimestre, fundado en el reconocimiento de un derecho implícito al aborto.<sup>16</sup>

Cualquier texto propedéutico de derecho constitucional estadounidense distingue claramente los estándares de trato igualitario y debido proceso sustantivo.<sup>17</sup> En un sistema que consagra la igualdad como un derecho constitucional (como no lo hace el derecho estadounidense) esa distinción carece de sentido, pues toda discriminación arbitraria cuenta como lesión de ese derecho. Ahora bien, en el contexto de la revisión judicial de constitucionalidad de legislación, la distinción entre los estándares se torna algo más difusa. Una explicación posible de ello es que la identificación de un derecho fundamental lesionado gatilla un nivel de escrutinio elevado cuando se dispone del estándar de trato igualitario. La jurisprudencia constitucional americana relativa a casos de discriminación, como se sabe, somete la legislación y demás actos estatales a niveles de escrutinio, esto es, evaluaciones racionales de la justificabilidad del uso de una categoría diferenciadora, en consideración a los fines que persigue la legislación o el acto estatal. Por lo general, el nivel de exigencia de justificación es correlativo al tipo de discriminación. El precedente ha asentado la práctica de exigir el nivel más elevado de justificación a diferencias basadas en “categorías sospechosas” o, que lesionan un derecho fundamental.<sup>18</sup> De esta forma, la tarea de determinar la lesión al estándar de trato igualitario se cruza con la misión de identificar

---

16 Fallon, Richard, *The Dynamic Constitution*, (Cambridge University Press), 2004, pp. 142-147. Identificando también derechos implícitos en la I enmienda (p. 141). Sobre la autonomía reproductiva como expresión de privacidad que, sin embargo, opera argumentativamente solo desde que se asume que el embrión no es persona o titular de derechos, Dworkin, Ronald, “Unenumerated rights: whether and how *Roe* should be overruled”, en *The University of Chicago Law Review*, N°1, (University of Chicago Law Review), 1992, pp. 381-432.

17 Véase, por ejemplo, Fallon, Richard, *The Dynamic*, ob.cit.

18 *Ibíd.*, p. 140.

derechos fundamentales. Esto es importante porque la doctrina ha identificado casos en los que la lesión a ciertos derechos identificados como fundamentales no gatillan el nivel más exigente de escrutinio.<sup>19</sup> Esto significa que es posible relativizar el contenido del estándar, lo que no es por cierto imputable al concepto de trato igualitario, sino más bien al de derecho fundamental. La jurisprudencia ha intentado asentar un “concepto” de derecho fundamental respondiendo a la necesidad de dotar de contenido y relevancia constitucional a ciertas exigencias de protección, y para ello ha apelado a nociones de justicia moral, normas sociales y tradición histórica. Esta indeterminación incide en la variabilidad de los fallos, y constituye el origen de la crítica política al ejercicio de revisión judicial. En su defensa, la doctrina liberal presenta la Constitución como un material “dinámico”,<sup>20</sup> o cuya interpretación debe reflejar intuiciones morales.<sup>21</sup> Al respecto, reconociendo que la doctrina del debido proceso sustantivo descansa en una apelación al precedente y a la moral, se ha sostenido:

Una aproximación a la jurisprudencia del debido proceso sustantivo estructurada sobre estos dos pilares: decisiones judiciales previas e intuiciones o principios que la Corte Suprema asume ampliamente compartidos, antes que estructurada sobre el carácter fundamental de los intereses involucrados en el marco de un sistema filosófico bien organizado, sin duda que transforma al derecho del debido proceso sustantivo en una cuestión ad hoc o convencional, en un grado mayor al que sería de agrado para cierta tradición teórica del derecho.<sup>22</sup>

Sunstein entendía que el problema constitucional en *Bowers* (decidido bajo la doctrina del debido proceso sustantivo), y en general toda materia relativa a prácticas sexuales, debía ser resuelta disponiendo del estándar de trato igualitario. Esta crítica, que en algún sentido anticipa la decisión en *Romer versus Evans*, se dirige al precedente del derecho a la privacidad y su fallo emblemático: *Roe versus Wade*. Se invoca doctrina a favor de la tesis de

---

19 Un ejemplo es el derecho fundamental al matrimonio: Fallon, Richard, “Some confusions about Due Process, Judicial Review and Constitutional Remedies”, en *Columbia Law Review*, N°2, (Columbia Law Review Association. Inc.), 1993, p. 315.

20 Fallon, *The Dynamic*, ob.cit.

21 Dworkin, Ronald, *Freedom's Law*, (Harvard University Press) 1996, pp. 1-38.

22 Fallon, *Some confusions*, ob cit., p. 322.

que *Roe* planteaba un problema de discriminación y no necesariamente de ejercicio de privacidad o autonomía.<sup>23</sup> La indeterminación del concepto de derecho fundamental y su neutralización a favor del estándar de prohibición de discriminación también explican esta virtual confusión entre ambos.

Ahora bien, a pesar de que *Romer versus Evans* resolvió el problema de la orientación sexual en los términos del estándar de trato igualitario, el fallo que revocó *Bowers* no lo hizo, sino que se mantuvo en los términos de la doctrina del debido proceso sustantivo. Específicamente, en *Lawrence* la CS sostuvo que el “derecho fundamental a la privacidad” permitía sostener la inconstitucionalidad de cualquier prohibición penal a la sodomía homosexual consentida. En este sentido, *Lawrence* es sucesor de *Roe* antes que de *Romer*, y permite ampliar el espectro de la privacidad para incluir tanto prácticas de planificación de natalidad como formas de interacción sexual, ambas entendidas como manifestaciones de autonomía. En todo caso, la opinión concurrente de la Jueza O’Connor en *Lawrence* tomaría distancia del voto de mayoría precisamente porque, en su opinión, la constitucionalidad de prohibiciones penales a prácticas sexuales que afectan a homosexuales masculinos es materia de igualdad y no de derecho a la privacidad.<sup>24</sup>

De esta manera, ante la pregunta por la extensión del matrimonio heterosexual en *Windsor*, tanto *Romer* como *Lawrence* ofrecen respectivamente aproximaciones fundadas en estándares distintos. Cronológicamente la decisión de mayoría de *Lawrence* debiera considerar la *ratio* dominante, lo que permitiría sostener que para la Constitución estadounidense de inicios del siglo XXI, la sexualidad es expresión de autonomía y ello a su vez cuenta como una prerrogativa de privacidad. La propuesta de extensión del matrimonio heterosexual, cuando tributa de la sociología o la filosofía moral, usualmente se enfrenta a este paradigma, y lo aborda de distintas maneras: en ocasiones concentrándose en la dimensión expresiva de las prácticas sexuales; en otras, reaccionando críticamente ante el paradigma liberal de privacidad. Una tercera opción, exclusivamente jurídica, es la de asumir que la definición constitucional del estatus del matrimonio depende de la definición previa del estatus de las prácticas sexuales entendidas como manifestaciones de preferencias sexuales mediadas por rasgos o categorías.

La jurisprudencia constitucional estadounidense conoce una línea paralela

---

23 Sunstein, Cass, *Sexual orientation*, ob.cit., nota 73.

24 539 U.S. 579 (2003).

de decisiones que han desarrollado un genuino “derecho (de acceso) al matrimonio”. Son tres fallos en tres décadas distintas. Dos de estos fallos, *Zablocki versus Redhail* (1978)<sup>25</sup> y *Turner versus Safley* (1987),<sup>26</sup> invalidaron constitucionalmente prohibiciones de contraer matrimonio, por razones igualitarias, que estaban dirigidas a personas obligadas a la manutención de hijos (para efectos de volver a contraer matrimonio) y a reos de establecimientos penitenciarios, respectivamente. Pero el fallo más celebre en esta línea jurisprudencial es el que invoca como razón igualitaria el repudio a la discriminación racial: *Loving versus Virginia* (1967).<sup>27</sup> La CS declaró en *Loving* la inconstitucionalidad de la prohibición estatal al matrimonio interracial. Si el argumento consistiera únicamente en que la prohibición de matrimonio interracial cuenta como discriminación en razón de la raza, el fallo sería nada más que un sucesor natural del célebre *Brown versus Board of Education* de 1954,<sup>28</sup> pero la decisión incluye una sección independiente que no usa el lenguaje del estándar de igualdad, sino el del debido proceso sustantivo. Allí se afirma que “la libertad para contraer matrimonio siempre ha sido reconocida como uno de los derechos personales vitales, esencial en la búsqueda de la felicidad de los hombres” y que “el matrimonio es uno de los derechos civiles básicos del hombre, fundamental para nuestra existencia y supervivencia”.<sup>29</sup> En la lectura que Sunstein ofrece de estas decisiones, no se puede llegar a una respuesta conclusiva, en el sentido de que no ofrecen material suficiente para determinar cuál es el estatus de la institución del matrimonio en el derecho constitucional estadounidense.<sup>30</sup> Ofreciendo una reconstrucción doctrinaria, Sunstein presenta la pregunta por el derecho al matrimonio como un problema de acceso a una institución. Presentarlo como un contexto de ejercicio de derechos implica sostener que los estados tienen la obligación (constitucional) de sostener la institución en cuestión. En cambio, bajo la lógica del estándar de trato igualitario, no es necesario afirmar que los estados están constitucionalmente obligados a sostener la institución

---

25 434 U.S. 374 (1978).

26 482 U.S. 78 (1987).

27 388 U.S. 1 (1967).

28 Roberts, Dorothy, “*Loving v. Virginia* as a Civil Rights Decision”, en *New York Law School Law Review*, N°1, (Joe Christensen, Inc.), 2014, pp. 175-209.

29 388 U.S. 12 (1967).

30 Sunstein, Cass, “The right to Marry”, en *Cardozo Law Review*, N°5, (Yeshiva University), 2005, p. 2089.



del matrimonio, pero en el caso de que contingentemente lo hagan, negar el acceso a algunas personas supone discriminación. Esta es la manera en que usualmente procede la CS en casos de discriminación: en *Brown versus Board of Education* (1954) no se sostuvo que el Estado está obligado a mantener escuelas, sino que en caso de que las mantenga no puede discriminar en el acceso por raza; en *United States v. Virginia* (1996) no se sostuvo que el Estado está obligado a mantener un ejército, sino que si es el caso que lo mantiene no puede discriminar en el acceso por género. Ahora bien, lo anterior no obsta a que la justificación interna de la decisión de la Corte pueda incluir una reconstrucción del sentido y de la importancia para el derecho constitucional de la institución (la escuela o el ejército) respecto de la cual se discute la extensión del acceso (a negros en las escuelas para blancos, a mujeres en el ejército para hombres). Sunstein entiende que la institución del matrimonio tiene una dimensión material (relativa a los beneficios materiales) y una dimensión expresiva (del vínculo afectivo y sexual del cual la institución es la proyección).<sup>31</sup> Esta segunda dimensión es crucial en el argumento: Sunstein sostendrá que el acceso al matrimonio debe ser tematizado constitucionalmente, como parte de los derechos fundamentales que le interesan al estándar de trato igualitario y no como un derecho fundamental en sí mismo. Disponer del estándar de debido proceso sustantivo en estos casos es un error. La lógica del derecho fundamental puede implicar una obligación del Estado de proveer las condiciones de ejercicio como correlato de la titularidad del derecho. El goce de un derecho igualitariamente no necesita de ese correlato, sino solo de una afirmación de igualdad especificada en el contexto relevante.

La razón por la cual el acceso debe reforzarse con una consideración de trato igualitario se encuentra en la dimensión expresiva del matrimonio. De este modo, el argumento evita quedar encerrado en una vinculación entre sexualidad, privacidad y matrimonio. Esa asociación da cuenta de la vigencia de la matriz conceptual de la doctrina del debido proceso sustantivo, de modo tal que la pregunta por el acceso a la institución (matrimonio) se vuelve dependiente del estatus de la prohibición legal al ejercicio de sexualidad; pero en realidad, el problema es de definición de la orientación sexual como categoría para efectos de expandir, por razones igualitarias, el acceso a la institución.

La postura que afirma la correlación entre el derecho a la privacidad sexual y el derecho al matrimonio pone énfasis en un fallo que recibe escasa atención

---

31 Ibid., pp. 2089 y ss.

por la doctrina: *McLaughlin versus Florida* (1964).<sup>32</sup> Esta decisión invalidó constitucionalmente una norma de rango estatal del estado de Florida, que castigaba penalmente la cohabitación interracial de personas no vinculadas por matrimonio. El matrimonio interracial, como se sabe, seguía prohibido por una norma distinta, que en *Loving versus Virginia* (1967) fue declarada inconstitucional. La doctrina no siempre da cuenta de la conexión entre ambas decisiones.<sup>33</sup> La CS se rehusó a aplicar la *ratio* de *McLaughlin* al problema de la extensión del matrimonio a parejas de distinta raza, pero es evidente que el precedente asentado permitió ese resultado pocos años después en *Loving*. De esta manera, hay evidencia de que la extensión constitucional del matrimonio a parejas que expresan o cultivan rasgos diversos (raza u orientación sexual) depende del levantamiento previo de prohibiciones penales a la interacción sexual entre esas parejas. En este sentido, *Lawrence versus Texas* produce, en lo que respecta a la orientación sexual como categoría, el efecto que *McLaughlin* produjo respecto de la raza.

Ahora bien, en *Lawrence*, a diferencia de *McLaughlin*, la CS omitió referirse al problema de la extensión del matrimonio,<sup>34</sup> y además resolvió la inconstitucionalidad de la prohibición penal de la homosexualidad por la vía de la doctrina del debido proceso sustantivo. *McLaughlin* dispuso del estándar de trato igualitario, pero permitió asentar algo así como un “derecho fundamental” al matrimonio interracial. De esta forma quedaron disponibles los dos argumentos posibles para cuestionar la constitucionalidad de la definición de matrimonio de DOMA: el derecho fundamental al matrimonio y la prohibición de discriminación arbitraria. Un informe publicado en 2004 por el *Harvard Law Review* dispone precisamente de esta estructura argumentativa para preparar el camino hacia el cuestionamiento constitucional de la tercera sección de DOMA.<sup>35</sup> En lo que respecta al argumento de debido proceso sustantivo, la principal dificultad es la falta de reconocimiento explícito en la jurisprudencia constitucional de un derecho fundamental al matrimonio

---

32 379 U.S. 184 (1964).

33 Dubler, Ariela, “From *McLaughlin v. Florida* to *Lawrence v. Texas*: Sexual freedom and the road to marriage”, en *Columbia Law Review*, N°5, (Columbia Law Review Association Inc.), 2006, pp. 1165-1187.

34 Rosen, Mark, “Why the Defense of Marriage Act is not (yet?) unconstitutional: Lawrence, Full Faith and Credit, and the many societal actors that determine what the Constitution requires”, en *Minnesota Law Review*, 90, 2006.

35 Harvard Law Review Association, “Litigating the Defense of Marriage Act: The next battleground for Same-Sex Marriage”, en *Harvard Law Review*, N°8, (Harvard Law Review Association), 2004, pp. 2684-2707.

homosexual, lo que se explica en parte por el criterio frecuentemente usado por la CS para identificar tales derechos: su reconocimiento como parte de la historia y la tradición. Se citan *Loving* y *Lawrence* como ejemplos de decisiones que reconocieron (aunque sea de modo implícito) libertades de acción y rompieron así con la tradición y la historia.<sup>36</sup> Para efectos de dotar de contenido a un derecho al matrimonio, el informe cita *Turner versus Safley* (1987), allí donde la CS da cuenta de lo que Sunstein llamaría la dimensión expresiva (“espiritual” en *Turner*) del matrimonio.<sup>37</sup> Para construir este argumento, sin embargo, tanto *Loving* como *Lawrence* siguen siendo los componentes fundamentales. El punto de *Loving* es la proclamación de un derecho a elegir el cónyuge, sin la interferencia de prohibiciones fundadas en categorías sospechosas.<sup>38</sup> La referencia a *Lawrence* se apoya en la indeterminación del estatus de la sexualidad homosexual, que es un resultado del fallo, pues no expande la protección conferida a la sexualidad privada a la dimensión pública matrimonial, pero tampoco la restringe de modo explícito.<sup>39</sup> El informe, en todo caso, avanza en la tesis de que aun cuando se restrinja la protección de la homosexualidad a la dimensión de la privacidad, los efectos se extienden al objeto de regulación del matrimonio, en la medida en que se produce entre ambos un solapamiento.<sup>40</sup>

En lo que respecta al argumento de trato igualitario, el informe invoca *Romer versus Evans*, única decisión que de modo explícito dispone de la categoría “orientación sexual” al hacer operativo el criterio de no discriminación arbitraria. El informe no sostiene (aunque remite a doctrina que sí lo hace) que es necesario elevar el nivel de exigencia (escrutinio) del examen de racionalidad cuando está en uso esta categoría en casos de igualdad (que desde *Romer* hasta hoy solo gatilla el nivel más bajo de exigencia),<sup>41</sup> pues espera mostrar que DOMA no satisface ni el nivel menos exigente de racionalidad, en la medida en que la norma expresa una genuina animosidad hacia quienes cultivan la homosexualidad.<sup>42</sup>

---

<sup>36</sup> *Ibíd.*, p.2689.

<sup>37</sup> *Ibíd.*, p. 2691.

<sup>38</sup> *Ibíd.*, p. 2692.

<sup>39</sup> *Ibíd.*, p. 2693.

<sup>40</sup> *Ibíd.*, p. 2694.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, p. 2695.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, pp. 2696 y ss.

El voto de mayoría del Juez Kennedy en *US versus Windsor* (2013), el fallo que este informe anticipa, parece disponer en parte de un argumento de debido proceso sustantivo y en parte de trato igualitario, pero no sigue la estructura que la jurisprudencia ha asentado en ninguno de los dos; es decir, no argumenta del modo que el informe lo habría anticipado. No desarrolla sofisticadamente el contenido de un derecho al matrimonio libre de prohibiciones discriminatorias, ni aplica la estructura de niveles de escrutinio al mencionar tangencialmente el estándar de trato igualitario. En este sentido, la decisión es doctrinariamente pobre.<sup>43</sup> Se puede extraer de ella, como ya se ha mencionado en este comentario, que para la CS la sección tercera de DOMA lesiona a las parejas homosexuales que desean contraer matrimonio, y eso en parte supone el daño a un derecho fundamental y también a un estándar básico de trato igualitario. Ahora bien, dada esta pobre recepción de los criterios jurisprudenciales desarrollados en líneas paralelas en el precedente previo a *Windsor*, y considerando que esta es una decisión relativa a la definición federal de matrimonio de DOMA (sección tercera) que deja intacta la posibilidad de cuestionar constitucionalmente la prerrogativa de los estados en la configuración institucional del matrimonio (sección segunda), el camino hacia *Obergefell* se construye sobre la expectativa de una definición constitucional respecto al segundo asunto mencionado, y una respuesta definitiva en cuanto al estatus del matrimonio en el derecho constitucional.

#### **4. La solución en *Obergefell***

En *Obergefell*, a diferencia de su predecesor *Windsor*, la CS resuelve la constitucionalidad disponiendo de la XIVE, de una decisión de la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito. En tanto la Corte invoca su autoridad para determinar la legitimidad de decisiones judiciales de tribunales de inferior jerarquía sobre la base de la Constitución, la decisión en cuestión se vuelve norma autoritativa, tanto para efectos del precedente vinculante, para la misma CS y cortes estatales, como para su implementación en legislación federal y estatal. La decisión de la Corte de Apelaciones que la CS revisa en *Obergefell*, reconoce la autonomía de los estados para definir el matrimonio (heterosexual), de modo que, de manera implícita o indirecta, lo que está

---

<sup>43</sup> Klarman, Michael, "Windsor and Brown: Marriage equality and racial equality", en *Harvard Law Review*, N°1, (Harvard Law Review Association), 2013, pp. 141-143.

en cuestión es la sección segunda de DOMA. En *Windsor*, en cambio, la CS ejerció control de constitucionalidad de la legislación (federal) vigente (la sección tercera de DOMA).

Esta diferencia impacta en el modo en que se desempeña argumentativamente la Corte, pues es claro que la decisión de *Obergefell* será cúlmine en una línea jurisprudencial de progresivo reconocimiento a la forma de vida homosexual. Además, al no tener material legislativo que cuestionar, el razonamiento tiende a la abstracción. La Corte desarrolla, en la sección tercera del fallo (III) cuatro principios que fundamentan la conclusión de que la XIVE valida constitucionalmente el matrimonio homosexual.

*Primer principio: autonomía.* Contra la propuesta de Sunstein, la Corte invoca *Loving* y *Zablocki*, entre otros, para enfatizar el reconocimiento jurisprudencial de un derecho al matrimonio, fundado en la importancia que tiene el acto de contraer este tipo de vínculo como forma de ejercicio de la autonomía individual.<sup>44</sup>

*Segundo principio: intimidad.* El matrimonio no solo es expresión de autonomía individual, sino también provee a las partes de un contexto de intimidad conyugal. El precedente citado es *Griswold*, fallo de 1965 que inaugura la línea jurisprudencial de reconocimiento de un derecho fundamental a la privacidad y autonomía sexual, al validar la distribución de anticonceptivos a cónyuges unidos matrimonialmente. El párrafo citado de esta decisión enfatiza la unión matrimonial como una que promueve un vínculo sagrado, que no es político, social ni comercial. La Corte insiste en esta lógica de privacidad al invocar a continuación *Lawrence*, a pesar de que es consciente de que este fallo no se pronuncia respecto del estatus de la unión marital homosexual. Tal como se ha venido exponiendo en este comentario, la CS entiende que el levantamiento de la prohibición penal a la interacción sexual homosexual es el primer paso para la legitimación del derecho al matrimonio homosexual:

[Si] bien *Lawrence* afirmó una dimensión de la libertad, que permite a los individuos interactuar en la intimidad sin adquirir responsabilidad penal, no se sigue de ello que esa libertad se acaba allí. Levantar la prohibición es un paso adelante, pero no realiza todavía la promesa definitiva de la libertad.<sup>45</sup>

44 576 U.S. 12 (2015).

45 *Ibíd.*, 14.

*Tercer principio: interés en la procreación y la protección de la familia.* Se invoca *Windsor* reproduciendo la tesis de que la consolidación del vínculo afectivo en el matrimonio provee a los hijos de un soporte para comprender la integridad de la familia. Esa opción de estabilidad le es negada –afirma la CS, siempre apoyada en *Windsor*– a las parejas homosexuales que desean formar una familia. En todo caso, la aptitud para la procreación es solo uno de los principios o fundamentos del matrimonio, de modo tal que de la afirmación de este principio no se sigue que el vínculo entre aquellos que no pueden o no quieren procrear sea menos significativo.<sup>46</sup>

*Cuarto principio: matrimonio como base fundamental del orden social.* Este principio se desarrolla con mayor detención y permite apreciar el desempeño de los dos criterios alternativos que este comentario ha explorado: el debido proceso sustantivo y el estándar igualitario. El párrafo se introduce con una cita de Tocqueville, alabando en su texto clásico *La democracia en América* la estabilidad que el matrimonio le otorga al hombre americano cuando se retira regularmente a su espacio privado, para luego proyectar esa estabilidad de vuelta en su desempeño en asuntos públicos.<sup>47</sup>

En los principios precedentes se afirma el derecho al matrimonio, haciendo abstracción de las particularidades de cada uno de los tres fallos de esta línea jurisprudencial: *Loving*, *Turner* y *Zablocki*. La Corte reniega de la fundamentación clásica de los derechos fundamentales en la doctrina tradicional del debido proceso sustantivo (en virtud de la cual, para ser tales, estos derechos deben manifestarse en la tradición e historia de la nación), al afirmar que los derechos “surgen también de una comprensión más informada de la manera en que los imperativos constitucionales definen una libertad que sigue siendo urgente en la era actual”.<sup>48</sup> A continuación se presentan los dos criterios, derechos y estándar igualitario, como complementarios (“conectados de manera profunda”) a pesar de ser en sí mismos principios independientes. La Corte los contrasta denominando a los primeros “derechos implícitos de libertades”, y a los segundos “derechos asegurados por el estándar igualitario”. Sin favorecer ninguno, se cita *Loving* como un ejemplo

---

<sup>46</sup> *Ibid.*, 15 – 16.

<sup>47</sup> *Ibid.*, 16.

<sup>48</sup> *Ibid.*, 19.

en el que se desempeñan ambos a la vez.<sup>49</sup> Cuando corresponde interpretar *Lawrence*, la Corte hace explícito lo que solo estaba implícito en el voto de mayoría de esa decisión (no así en la opinión concurrente de O'Connor): que la invalidación de la prohibición penal a la homosexualidad, en rigor, se fundó en la pretensión de remediar el trato discriminatorio histórico que afectaba a quienes cultivan dicha orientación sexual. Esa discriminación histórica persiste en la legislación que orienta el matrimonio al paradigma heterosexual, de modo que la mayoría en *Obergefell* está reconociendo a los homosexuales la titularidad de un derecho al matrimonio y a la vez reparando otro vestigio de discriminación histórica dirigida a esta clase.<sup>50</sup> Este último principio deja en una incertidumbre el futuro de los criterios de derechos fundados en libertades y derechos sustentados en la igualdad, como puntos de vista diferenciados e independientes.

## 5. Los votos disidentes

La Corte presenta cuatro disidencias separadas. En general discurren entre dos argumentos: una crítica a la legislación negativa que ejerce la CS al revisar y decidir con autoridad final la configuración de instituciones jurídicas a escala nacional, y un argumento de interpretación constitucional textual y originalista. Este segundo argumento es funcional a la negación de la tesis de que la Constitución configura un derecho al matrimonio extendido a uniones homosexuales. La disidencia del Juez Roberts introduce con el primero:

[E]sta Corte no es un legislador. La cuestión de si el matrimonio homosexual es una buena idea no debiera ser nuestra preocupación [...] Simpatizantes del matrimonio homosexual han tenido bastante éxito convenciendo a sus conciudadanos –a través del procedimiento democrático– a adoptar su postura. Eso se acaba hoy. Cinco abogados han clausurado el debate y han impuesto su propia visión de lo que es el matrimonio como un asunto de derecho constitucional.<sup>51</sup>

---

49 Id.

50 *Ibíd.*, 22.

51 *Ibíd.*, Roberts, p. 2.

Este voto tiene algo que decir respecto a la institución en cuestión. Se presenta, con apoyo de doctrina, el clásico argumento histórico a favor de cierta configuración institucional del matrimonio funcional a la posibilidad de procreación.<sup>52</sup> El objetivo que cumple la introducción de esta postura clásica es reforzar la idea de que el núcleo estructural del matrimonio (como unión entre un hombre y una mujer) no ha variado a nivel federal a pesar de decisiones como *Loving*. En otras palabras, la prohibición de matrimonio fundada en la raza es cualitativamente distinta a la sustentada en la orientación sexual: solo la primera es ilegítima. En este sentido, el voto disidente ignora *Windsor*, pero no necesariamente *Loving*. De hecho, esta interpretación del devenir histórico posterior a *Loving* se presenta como un argumento constitucional. Así, se sostiene que “los casos relativos al ‘derecho al matrimonio’ (de los cuales *Loving* es el más importante) dan cuenta de la importante pero limitada proposición de que ciertas restricciones de acceso al matrimonio *en su configuración tradicional* vulneran el debido proceso”.<sup>53</sup> El voto, entonces, toma distancia de la interpretación doctrinaria que reconstruye *Loving* como parte de la línea jurisprudencial de trato igualitario, o bien lo sitúa en la misma línea jurisprudencial de *Romer* y *Lawrence*. Se hace parte de la tesis que interpreta *Lawrence* de modo estricto en la línea de los fallos relativos al derecho de privacidad.<sup>54</sup> De este modo, el voto no necesita negar que la CS reconoce un derecho a la privacidad extendido a homosexuales y un derecho al matrimonio extendido a parejas interraciales, pero no vincula ambas tradiciones.

Respecto al estándar de trato igualitario, lo primero que la disidencia le reprocha a la mayoría es el desprecio que muestra por el desempeño de este estándar en la jurisprudencia de la Corte, refiriéndose a la exigencia de justificación racional de medios y fines. La mayoría no provee –se sostiene acertadamente– ningún fundamento a la tesis de que igualdad y derechos fundamentales, en tanto estándares constitucionales, están interrelacionados. Este argumento se asume derrotable. En subsidio se hace operativo el estándar tradicional de igualdad y se ofrece la conclusión: la distinción entre parejas

52 *Ibíd.*, Roberts, p. 5. Robert P. George es el exponente más consistente de la posición conservadora en torno al matrimonio. La obra escrita en coautoría por George, Sherif Girgis y Ryan Anderson: *What Is Marriage? Man and Woman: A Defense* (Encounter Books), 2012, es citada por el Juez Alito en su voto disidente en *Windsor*. Roberts cita (p. 6) una contribución del volumen co-editado por George, Robert y Elshstain, Jean, *The Meaning of Marriage: Family, State, Market, and Morals* (Witherspoon Institute), 2006. Véase recientemente además, Lee, Patrick y George, Robert, *Conjugal Union*, (Cambridge University Press), 2014.

53 *Ibíd.*, Roberts, p. 16 (énfasis en el original). Incluye una referencia a la disidencia de Alito en *Windsor*.

54 *Ibíd.*, Roberts, p. 17.



heterosexuales y homosexuales satisface el estándar de racionalidad mínimo que exige la preservación de la institución tradicional del matrimonio, cuya defensa cuenta como un interés estatal legítimo.<sup>55</sup>

En último término, en la sección IV y última del voto de Roberts, la objeción contramayoritaria vuelve a ocupar un lugar central. El problema de la definición constitucional del matrimonio a este respecto es particularmente sensible por dos razones: se trata de una materia tradicionalmente definida por los estados por medio de procedimientos genuinamente democráticos; y, en segundo lugar, ha exigido al voto de mayoría extender el espectro de ciertos derechos fundamentales interpretándolos en sintonía con el estándar de trato igualitario, desconociendo la interpretación que tradicionalmente ha sostenido y elaborado la Corte en el uso de estos estándares.<sup>56</sup> Por cierto, el voto de mayoría de Kennedy, también en la sección IV, anticipa y responde a la objeción contramayoritaria, invocando el carácter dinámico de la Constitución y afirmando que el derecho fundamental triunfa ante la legislación. Dice Kennedy:

Lo dinámico de nuestro sistema constitucional radica en que los individuos no necesitan esperar al legislador para afirmar un derecho fundamental. Las cortes de la nación están disponibles para individuos lesionados para permitirles defender su interés directo y personal en nuestra carta básica. Un individuo puede reclamar protección constitucional de su derecho cuando este resulta lesionado incluso si la mayoría de los ciudadanos están en desacuerdo con su postura o si el legislador se rehúsa a actuar.<sup>57</sup>

La disidencia de Scalia insiste en desarrollar la objeción contramayoritaria enfatizando el contenido democrático del desempeño autónomo de los estados en sus respectivas legislaciones relativas al matrimonio.<sup>58</sup> Scalia acusa a los jueces de la mayoría de usurpar poder legislativo, ignorar la voluntad del pueblo, la historia y la tradición, y elaborar cuatro principios que fundamentan su decisión, en uso de lo que él denomina “súper-poder legislativo”.<sup>59</sup>

55 *Ibíd.*, Roberts, p. 24.

56 *Ibíd.*, Roberts, pp. 24 – 25.

57 576 U.S. 24 (2015) (voto de mayoría).

58 *Ibíd.*, Scalia, pp. 2-3.

59 *Ibíd.*, Scalia, p. 5

También, al igual que Roberts y en el mismo estilo coloquial de argumentación, cuestiona el abuso de la categoría de derechos fundamentales y su interrelación con la cláusula del trato igualitario.

Alito concurre en el énfasis en la objeción contramayoritaria, y en la autonomía de los estados para adherir a definiciones tradicionales de matrimonio, pero es la opinión del Juez Thomas la que ofrece una elaboración sofisticada de los derechos fundamentales cuya interpretación divide a la CS. Thomas niega que la cláusula de debido proceso permita derivar de ella derechos fundamentales implícitos en la Constitución y en este sentido, niega el debido proceso *sustantivo*.<sup>60</sup> Disponiendo de una interpretación textual de la cláusula, Thomas sostiene que la configuración tradicional del matrimonio no lesiona la “vida, la libertad o la propiedad” de ningún individuo. En esto se aferra a una interpretación estricta de la libertad, como libertad de desplazamiento. Luego, citando a Locke, refuerza la libertad instrumental constitucionalmente protegida en su dimensión de libertad negativa, esto es, de posibilidad de acción sin interferencia (primariamente) estatal.<sup>61</sup> Tomando distancia de una comprensión de la libertad como autonomía (o positiva) el voto niega que la libertad constitucionalmente protegida pueda incluir de modo implícito la protección de una reclamación de prestaciones dirigidas al Estado. Por cierto, nada de esto desmiente que la libertad de interacción sexual (en privado) esté constitucionalmente protegida incluso para parejas homosexuales, pues ello es coherente con una interpretación de la libertad como posibilidad de acción sin interferencia. El problema fundamental para este voto parece estar, entonces, en las implicancias institucionales del acceso al matrimonio, es decir, los beneficios estatales que los cónyuges pueden legítimamente reclamar.<sup>62</sup>

Por último, Thomas plantea colisiones de derechos, más allá del desacuerdo fundamental en torno a la concepción de la libertad constitucionalmente protegida. Si puede ampliarse el espectro de la libertad, sostiene el voto, debiera incluir lo que otras tradiciones constitucionales llaman “derechos políticos”, esto es, la libertad para participar del proceso democrático. Esta es la primera

---

60 En esto Thomas es consistente con su adhesión a la doctrina del derecho natural. Véase Baker, John, “Natural Law and Justice Thomas”, *Regent University Law Review*, N°X, (Regent University’s School of Law), 2000. Una reflexión crítica, posterior a *Lawrence*, en Sandefur, Timothy, “Clarence Thomas’s Jurisprudence Unexplained”, *New York University Journal of Law and Liberty*, N°3, (New York University School of Law), 2009.

61 576 U.S. Thomas, p. 7.

62 *Ibid.*, Thomas, p. 11.

colisión (con la libertad como autonomía a la que adscribe el voto de mayoría) que esta disidencia plantea, reproduciendo la objeción contramayoritaria que invocan las otras tres disidencias. También presenta una eventual colisión con la libertad religiosa.<sup>63</sup>

Podría ser el caso que la tesis fundamental de la mayoría en *Obergefell*, no descansara en una interpretación de la libertad protegida explícitamente en la cláusula de debido proceso de la Constitución como libertad *positiva*, sino que en una necesaria protección de la dignidad individual. La dignidad, para este voto disidente, no es un constructo de la humanidad, sino una atribución de Dios, de modo que el Estado no puede quitarla ni reconocerla. De esta manera, la esclavitud no despoja al individuo de su dignidad. Es un atributo demasiado importante como para dejarlo a disposición de interacciones humanas.

\*\*\*

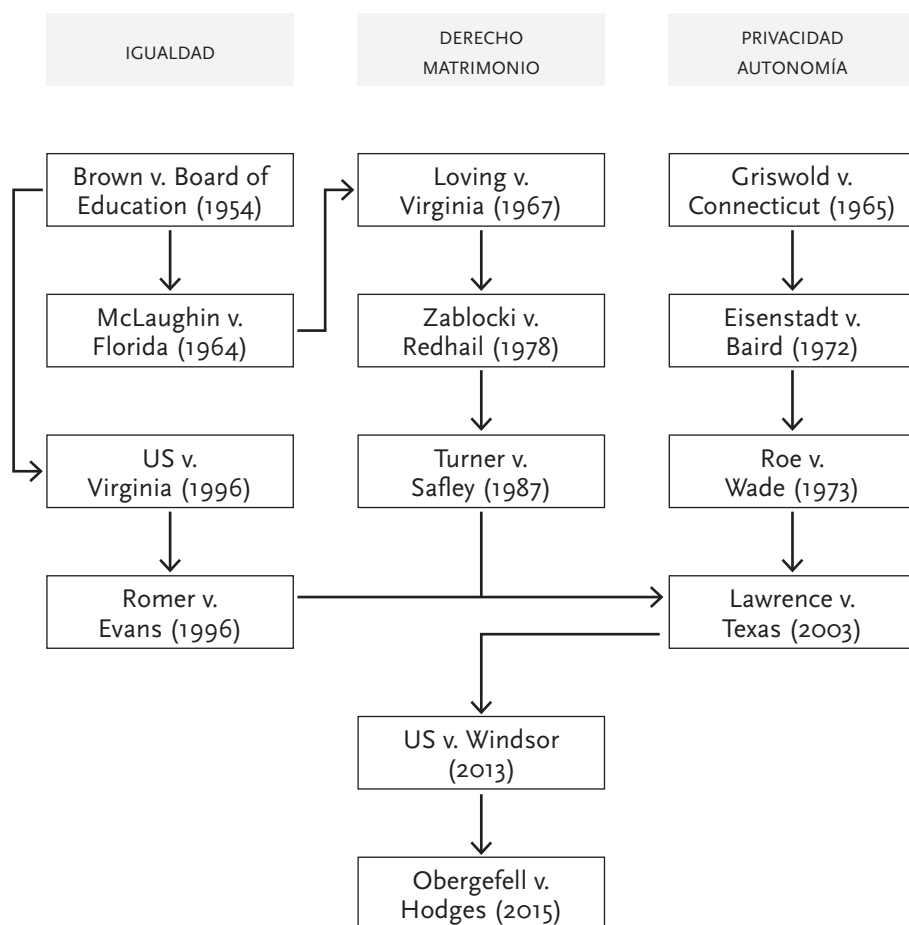
*Adenda:* Mientras se escribe este comentario, la opinión pública norteamericana debate en torno a las posibles consecuencias del reemplazo del juez Scalia, fallecido en febrero de 2016. La razón es que la ideología (o la “lectura moral” particular) que exprese en sus votos el juez designado, alterará el futuro de la configuración institucional del matrimonio, en tanto la preservación del estado de cosas mandado por la CS en *Obergefell* depende de la alineación de la futura Corte. Por lo pronto, considérese que Kennedy ha sido el autor del voto de mayoría de las cuatro decisiones más importantes de la CS en materia de orientación sexual: *Romer versus Evans*, *Lawrence versus Texas*, *US. versus Windsor* y *Obergefell*. En todas lo han secundado Breyer y Ginsburg. En las dos últimas Kagan y Sotomayor completan el bloque liberal. Scalia y Thomas expresaron su disidencia en las cuatro decisiones, acompañados por Roberts y Alito en las dos últimas (ambos nominados por George W. Bush). El bloque conservador, entonces, es minoría desde el fallecimiento de Scalia, al menos en materias relativas a derechos fundamentales y estándar de trato igualitario. De hecho, considerando esta alineación histórica, se ha dicho que la designación de un juez favorable a la ideología liberal por el Presidente Obama configuraría la “Corte Suprema más liberal en décadas”,<sup>64</sup> de modo que *Obergefell* debiera quedar a salvo. A menos claro, que se repita el

63 *Ibíd.*, Thomas, pp. 13 – 15.

64 The New York Times: “A Supreme Court With Merrick Garland Would Be the Most Liberal in Decades”, Alicia Parlapiano y Margot Sanger-Katz, marzo 2016.

fenómeno del que se quejaba el Presidente Eisenhower, según relata Dworkin en la introducción a *Freedom's Law*: denunciando el activismo judicial de la CS durante la década de los 50' y 60', habría declarado que durante su mandato solo había cometido dos errores, y ambos en la Corte Suprema, haciendo referencia a la nominación de los jueces Earl Warren y William Brennan.<sup>65</sup> Ambos magistrados fueron designados por un presidente republicano, y sin embargo traicionaron la ideología conservadora al fallar sistemáticamente a favor de la lucha por derechos civiles y libertades. Si algo similar ocurre, los seguidores de Dworkin podrán seguir sosteniendo que la lectura moral de la Constitución no es necesariamente política.

### Esquema jurisprudencia constitucional



<sup>65</sup> Dworkin, Ronald, *Freedom's Law*, ob. cit., p. 5.

# REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA GRAN SALA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS 2015

*Marcela Díaz*<sup>1</sup>

*Judith Schönsteiner*<sup>2</sup>

## Resumen

Como en ocasiones anteriores, el Anuario ofrece una revisión de la jurisprudencia del año que emitió la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Mientras en 2014, varios fallos tenían por objeto la discusión de las obligaciones positivas bajo el Convenio Europeo, en 2015, el tema de la libertad de expresión volvió a la palestra, con cuatro casos sobre este derecho. Además, asuntos de extraterritorialidad y “control efectivo” en situaciones de ocupación siguen preocupando la Gran Sala, esta vez, con dos fallos relacionados con el conflicto armado en Nagorno Karabakh. Este artículo revisa en total catorce sentencias y las vincula con jurisprudencia discutida anteriormente en el Anuario, si esto contribuye a su comprensión.

**Palabras clave:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos - margen de apreciación - libertad de expresión - eutanasia FIV - extraterritorialidad - privacidad - propiedad - tortura.

---

<sup>1</sup> Abogada y candidata a Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional por la Universidad Diego Portales.

<sup>2</sup> 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.

## 1. Introducción

La Gran Sala, compuesta por 17 jueces, decide algunos de los casos que le son sometidos por una de las partes. Esto sucede si las partes quedaron insatisfechas con una decisión en Sala, y –en especial y obligatoriamente– cuando una Sala cede la jurisdicción a la Gran Sala, porque un caso involucra aspectos de desarrollo jurisprudencial que sean relevantes para otros casos actuales o futuros.

En esta oportunidad, la Gran Sala deliberó y falló sobre el conflicto armado de Nagorno-Karabakh entre Armenia y Azerbaiyán, y, más específicamente, sobre los derechos de las personas forzosamente desplazadas a causa del conflicto, en los casos *Sargsyan contra Azerbaiyán*, y *Chiragov contra Armenia*. Lo hizo sobre la suspensión de alimentación artificial a una persona en estado vegetativo, en caso de desacuerdo entre los familiares; en *Lambert contra Francia*. Falló sobre la posibilidad de los Estados de prohibir la investigación con embriones aunque estos ya no iban a poder ser implantados, por prohibición de ley, en *Parrillo contra Italia*. Se pronunció respecto a la libertad de expresión en distintas situaciones en *Pentikäinen contra Finlandia* (detención de un periodista durante una manifestación); *Delfi AS contra Estonia* (responsabilidades de prevenir discurso ofensivo en una plataforma de noticias en internet). En *Perinçek contra Suiza* falló sobre la penalización de la negación de genocidio y en *Haldimann contra Suiza* sobre la obtención de información de interés público mediante una cámara secreta. Brevemente, reportaremos también *Morice contra Francia*, un caso de supuesta difamación de jueces; *Couderc y otros contra Francia*, un caso de supuesta violación de privacidad del príncipe de Mónaco; y *Kudrevičius contra Lituania*, el primero sobre libertad de asociación que llegó a la Gran Sala. Finalmente, revisaremos un fallo sobre tortura y malos tratos, *Bouyid contra Bélgica*, donde la Gran Sala confirmó la prohibición absoluta de la tortura; y *Zakharov contra Rusia*, un caso del derecho a la vida privada, más específicamente, sobre escucha telefónica. En la conclusión, ubicamos a estas sentencias en su contexto jurisprudencial e histórico-político.<sup>3</sup>

3 El TEDH también decidió seis casos que no se discutirán en este artículo, porque versan principalmente sobre puntos técnicos del derecho procesal interno de algún país europeo que no tenemos espacio para describir con el suficiente detalle: el caso *Schatschaschwili contra Alemania*, sentencia del 15 de diciembre de 2015, sobre debido proceso y la posibilidad de examinar los testigos en un juicio en contra del demandante; el caso *Dvorski contra Croacia*, sentencia del 20 de octubre de 2015, sobre el derecho de escoger su abogado en un juicio penal en contra del demandante; el caso *Rohlena contra República Checa*, sentencia del 27 de enero del 2015, sobre supuesta aplicación retroactiva de una norma penal en un caso de violencia intrafamiliar; caso *Khoroshenko contra Rusia*, sentencia del 30 de junio de 2015, sobre la violación del derecho a la vida familiar por una prolongada prohibición de visitas familiares en la cárcel, durante 10 años; el caso *Tunç contra Turquía*, sentencia del 14 de abril de 2015, sobre la falta de

## 2. Obligaciones extraterritoriales y obligaciones en situación de ocupación

El 16 de junio del año 2015, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictó sentencia en dos casos relacionados: *Chiragov contra Armenia* y *Sargsyan contra Azerbaiyán*. El contexto en ambos casos, es el conflicto bélico y político entre los estados de Armenia y Azerbaiyán, producido por las pretensiones de autonomía del territorio de Nagorno-Karabakh perteneciente al estado de Azerbaiyán, pero cuya población es predominantemente armenia. En esta situación muchas familias han resultado desplazadas de sus hogares e imposibilitadas de regresar a ellos por causa de la inestable situación que vive la región y cuyas raíces son la ocupación armenia de territorios pertenecientes a Azerbaiyán, en apoyo a las pretensiones de autonomía de la provincia de Nagorno Karabakh. Esta ocupación ha significado, de acuerdo a cifras entregadas por Human Rights Watch,<sup>4</sup> que alrededor de 800.000 personas de origen Azerí fueran desplazadas de los territorios de Armenia, Nagorno Karabakh y otros siete distritos pertenecientes a Azerbaiyán y cercanos a Nagorno Karabakh.

Estas pretensiones de autonomía se remontan a la época de la desaparecida Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Los primeros intentos independentistas se dieron en 1988 y fueron rechazados por quienes eran las máximas autoridades de la URSS y de la República Soviética de Azerbaiyán. La petición concreta era la anexión como territorio a la República Soviética de Armenia. Más adelante, en 1991, el que fuera conocido como el Soviet de Nagorno Karabakh anunció su establecimiento como república, a propósito de la declaración de independencia de Azerbaiyán de la URSS. Este anuncio fue rechazado por parte del parlamento de Azerbaiyán y sus elecciones internas a favor de la secesión fueron boicoteadas por la población azerí que vivía en la región. Se suma a lo anterior el colapso de la URSS, que significó que sus tropas –que abogaban por la permanencia de Nagorno Karabakh bajo el control de Azerbaiyán– se retirasen de la zona de Nagorno Karabakh, lo cual dio paso rápidamente al control de la región por tropas de origen armenio y a una escalada de violencia que culminó con un conflicto bélico entre ambos estados por el control de los territorios en cuestión.<sup>5</sup>

---

investigación de la muerte de un conscripto de 21 años, durante el servicio militar; el caso *Bochan contra Ucrania*, sentencia del 5 de febrero de 2015, sobre la aplicación de un fallo anterior del TEDH a favor de la demandante, en un nuevo juicio sobre su propiedad en los tribunales ucranianos.

4 TEDH, caso *Sargsyan contra Azerbaiyan* [GC], sentencia de fecha 16 de junio del 2015, párrafo 22.

5 *Ibid*, párrafo 20.

Han pasado 20 años desde el acuerdo de cese al fuego y las comunidades desplazadas aún no han logrado regresar a sus territorios.

Los fallos de la Gran Sala son relevantes, ya que tiene que ponderar, por un lado, la situación de un estado que debe cumplir con sus obligaciones dentro de su territorio internacionalmente reconocido (pero sobre el cual no tiene control absoluto por causa de la ocupación militar que un estado extranjero, en este caso Armenia, efectúa en dicha zona) y, por otro lado, los derechos fundamentales de los que gozan los afectados. Es en este sentido que el TEDH fija criterios interesantes para determinar la responsabilidad extraterritorial de un estado, así como también la extensión del derecho de propiedad para personas desplazadas en el contexto de conflictos territoriales, que será relevante para los demás casos que se encuentran en tramitación actualmente de otros países fronterizos con contextos similares al del conflicto de Nagorno Karabakh.

El caso *Sargsyan contra Azerbaiyán*<sup>6</sup> fue iniciado por el ciudadano armenio Minas Sargsyan, quien llegó al TEDH recurriendo al artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que pasó a la Gran Sala luego de que le fuera cedida la jurisdicción por parte de la Cámara de origen en virtud del artículo 30 del mismo cuerpo legal.

En cuanto a los hechos de este caso: el solicitante es armenio y vivía junto a su familia en Azerbaiyán. Tenía, además, propiedades en un pueblo en Shaumyan, una región que comparte fronteras con la autodenominada autónoma de Nagorno Karabakh, donde hoy no queda ningún civil viviendo. En 1991, las fuerzas de la URSS y de la milicia de Azerbaiyán iniciaron una operación militar en contra de militantes armenios en la región, producto de lo cual se inició una ocupación armada de la zona, acompañada de persecuciones y expulsiones de población armenia que ocupaba ese territorio.<sup>7</sup> En el año 1992, la región de Shaumyan fue objeto de un ataque militar directo y serios bombardeos, tras lo cual el demandante tuvo que dejar su hogar y escapar con su familia para buscar refugio en Armenia. Incluso posterior a un cese de fuego en 1994, Nagorno Karabakh ejerció control sobre Shaumyan y reclamó la provincia como propia. Las violaciones al cese al fuego son recurrentes y la situación precaria de esa zona aún se encuentra sin resolver.<sup>8</sup>

6 TEDH, caso *Sargsyan c. Azerbaiyan* [GC], sentencia de fecha 16 de junio del 2015.

7 Ibid., párrafo 32.

8 Ibid., párrafos 229 y 230.



La Gran Sala decidió el fondo del asunto por 15 votos contra 2, declarando que existió violación continua del artículo 1 del protocolo número 1, del artículo 8 de la Convención; y violación continua del artículo 13.<sup>9</sup> Uno de los puntos claves que el TEDH tenía que resolver, decía relación con la presunta responsabilidad del Estado de Azerbaiyán por el incumplimiento de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos, consagrados bajo el artículo 1 de la Convención. Siguiendo el criterio utilizado en los casos *Illascu*<sup>10</sup> y *Assanidze*<sup>11</sup>, el Tribunal reiteró que existe una presunción de jurisdicción respecto al territorio internacionalmente reconocido del Estado, sin embargo, hay determinadas situaciones bajo las cuales, si bien no desaparecen estas obligaciones, están sujetas a un límite respecto de las obligaciones positivas exigibles, a causa de la presencia de otras fuerzas fácticas. Pesa sobre Azerbaiyán la carga de probar que el Estado se encuentra dentro de una situación limitante, en la que la intervención militar extranjera le impide cumplir con sus obligaciones.<sup>12</sup> A juicio del TEDH y siguiendo la normativa internacional, el criterio para determinar que un territorio se encuentra efectivamente ocupado es cuando está bajo las órdenes de un ejército hostil, con una autoridad que ejerce control efectivo sobre las autoridades del lugar.<sup>13</sup>

Lo que está en juego para el TEDH, visto lo anterior, son los actos y las omisiones de Azerbaiyán en este caso. El TEDH reconoció que es el primer caso en que debe juzgar sobre un Estado que tiene parte de su territorio bajo ocupación producto de un conflicto armado con otro Estado y, por lo tanto, ejerce solamente un control efectivo parcial, a pesar de seguir reclamando la jurisdicción completa sobre el territorio.<sup>14</sup> Estamos hablando de personas étnicamente armenias, pero en territorio que se encuentra bajo control de Azerbaiyán y no bajo ocupación de Armenia. Para resolver esta situación el TEDH aplicó el principio de proporcionalidad, equilibrando, por un lado, el interés público y, por otro, el derecho a goce del derecho de propiedad de particulares, lo que constituye una piedra angular y estructural del artículo 1 del protocolo

---

9 Cabe señalar que en esta decisión hubo dos votos concurrentes: juez Ziemele y Yudkivska; un voto parcialmente disidente del juez Gyulumyan y dos votos disidentes del juez Hajiyev y del juez Pinto de Alburquenque.

10 TEDH, caso *Ilascu otros contra Moldova y Rusia*, sentencia de fecha 8 de julio de 2004.

11 TEDH, caso *Assanidze con Georgia*, sentencia de fecha 8 de abril de 2004.

12 TEDH, caso *Sarsgyan con Azerbaiyán*, ob. cit., párrafo 142.

13 Ibid, párrafo 144.

14 Ibid, párrafo 224.

1. Existen consideraciones de seguridad que justifican la prohibición de acceso a la zona donde está la propiedad de Sargsyan, pero, por otra parte, está la obligación que pesa sobre el Estado de Azerbaiyán de asegurar los derechos de las personas. En la búsqueda de este balance, el Tribunal debió asegurarse de que las medidas tomadas por el Estado no significasen al mismo tiempo una carga desproporcionada sobre los particulares.<sup>15</sup> En cuanto esta situación no cambie, un mecanismo sugerido en orden de salvaguardar el derecho de propiedad del recurrente es implementar mecanismos de reclamaciones de propiedad que sean fácilmente accesibles con procedimientos operativos y estándares flexibles que permitan que los derechos sean restaurados y las pérdidas indemnizadas.<sup>16</sup> Esto con independencia de la determinación de responsabilidad que se pueda realizar respecto de uno u otro Estado: una medida que sugirió el Tribunal mientras no se pueda garantizar el acceso a las propiedades en el área de conflicto.

El Tribunal concluyó que es una limitación injustificada de los derechos del demandante el hecho de que Azerbaiyán no haya tomado las medidas alternativas necesarias para resguardar derechos como la restitución de la propiedad o indemnización y, por consecuencia, encontró una violación del artículo 1 del Protocolo 1. El hecho de que el demandante no pueda regresar a su tierra con la cual tiene un vínculo cultural y religioso, así como vínculos sociales –según el Tribunal–, afecta su vida privada y familiar. Por lo anterior, el hecho de que el estado de Azerbaiyán no tome las medidas para restaurar sus derechos ni lo haya compensado por su pérdida, implica una carga desproporcionada para el demandante, por lo cual el Tribunal consideró que también hubo una violación continua del artículo 8.

La argumentación de la mayoría recibió considerables críticas por parte de varios jueces. Principalmente, consideraron que un hecho procesal (que Armenia no era co-demandado por su eventual responsabilidad en el caso) no debiera haber llevado a imputar toda la responsabilidad internacional por las violaciones a Azerbaiyán, “simplemente porque no hay nadie más que culpar”.<sup>17</sup> En segundo lugar, varios jueces que emitieron votos concurrentes o disidentes consideraron que el tribunal debiera haber analizado la prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH) y encontrado una violación porque se

<sup>15</sup> Ibid, párrafo 227.

<sup>16</sup> Ibid, párrafo 234.

<sup>17</sup> TEDH, caso Sargsyan, voto disidente Pinto, párrafo 17. En el mismo sentido sobre este punto, voto concurrente Ziemele, párrafo 6, y voto concurrente Yudkivska, párrafo 1.

trató a Sargsyan de manera distinta que a los desplazados internos de origen étnico azerí.<sup>18</sup> Finalmente, consideraron que el tribunal debiera haber analizado como causante de responsabilidad parcial –compartida con Armenia– el hecho de que no hayan avanzado en los pasados 20 años en la negociación de una solución concreta al conflicto.<sup>19</sup>

Desde el lado opuesto del conflicto –un juez lo denomina el caso gemelo de Sargsyan<sup>20</sup> – se plantea el caso *Chiragov contra Armenia*,<sup>21</sup> que fue revisado por la Gran Sala el mismo día que *Sargsyan contra Azerbaiyán*. La diferencia es que aquí el demandante es de origen kurdo-azerí y ha vivido hasta el año 1992 en la zona de Lachín, ubicada en Azerbaiyán, pero cuyo territorio se encuentra bajo ocupación de Armenia. En el año 1992 fueron obligados a trasladarse a la ciudad de Baku en el territorio no ocupado de Azerbaiyán y no han podido regresar a su hogar desde entonces. Se trata por lo tanto de un desplazado interno.

Respecto a la responsabilidad de Armenia en este caso, por hechos ocurridos en territorio de Azerbaiyán, como lo es la zona de Lachín, el Tribunal se refirió a la responsabilidad extraterritorial de un Estado. Siguiendo jurisprudencia de casos anteriores,<sup>22</sup> el Tribunal señaló que recae sobre un estado la responsabilidad sobre hechos ocurridos fuera de sus fronteras cuando hay un control efectivo del territorio ajeno y de sus habitantes a través del dominio militar o del consentimiento, invitación o aquiescencia del gobierno de ese lugar.<sup>23</sup> Para determinar la jurisdicción de Armenia sobre dicho territorio fue necesario determinar si ejerció en el momento de las alegadas violaciones un control efectivo sobre la zona de Nagorno Karabakh y sus territorios colindantes. El TEDH concluyó que Armenia tenía jurisdicción sobre los territorios reclamados para los propósitos del artículo 1 de la Convenio.<sup>24</sup> Los antecedentes expuestos en la causa *Chiragov* revelaron que desde los inicios

18 TEDH, caso Sargsyan, voto disidente Gyulumyan, y voto concurrente Ziemele, párrafo 7 y 8.

19 Voto concurrente Ziemele, párrafo 7 y 8.

20 TEDH, caso *Chiragov y otros contra Armenia*, sentencia de fecha 16 de junio de 2015, voto disidente de juez Pinto Albuquerque, párrafo 1.

21 TEDH, caso *Chiragov y otros contra Armenia*, ob.cit.

22 TEDH, *Caso Ilascu y otros contra Moldavia y Rusia*, sentencia de fecha 8 de julio de 2004, *Caso Catan y Otros contra Moldavia y Rusia*, sentencia de fecha 19 de octubre de 2012 y *Al-Skeini y otros contra Reino Unido*, sentencia de fecha 7 de julio de 2011.

23 Ibid, párrafo 168.

24 Ibid, párrafo 186.

de la “República de Nagorno Karabakh”, Armenia ha tenido una influencia significativa sobre el territorio, y de facto ambas estructuras gubernamentales y militares se encuentran integradas en todos los asuntos importantes hasta el día de hoy. Señaló que la administración de Nagorno Karabakh subsistiría básicamente debido al apoyo que le entrega Armenia.<sup>25</sup> Eso, al mismo tiempo, no exime a Azerbaiyán de toda su responsabilidad, ya que mantiene un deber de resguardar los derechos consagrados en el Convenio respecto de su territorio internacionalmente reconocido.

Para el Tribunal existió una violación al artículo 1 del Protocolo 1 y el responsable es el estado de Armenia, dado que no encontró ninguna justificación para la falta de recursos internos eficaces que permitiera resguardar el derecho de los demandantes, ya sea en Armenia o en Nagorno Karabakh, ni para no compensarlos adecuadamente por su pérdida.<sup>26</sup>

Los mismos elementos de jurisdicción fueron considerados a la hora de analizar una eventual violación del artículo 13. En este sentido, el gobierno armenio no pudo probar que dispuso a favor de los demandantes los recursos necesarios frente a la negación de sus posesiones y hogares en la zona de Lachín. Eso es interesante en cuanto la obligación de proporcionar un recurso jurídico está vinculada a procurar una estructura institucional que permita ejercer las funciones del poder judicial, a pesar de posibles ambigüedades que puedan surgir del conflicto armado. Finalmente el TEDH decidió, por 14 votos contra 3, que este asunto recae dentro de la jurisdicción de Armenia y que hubo una violación continua del artículo 13; y por 15 votos contra 2, que ha habido una violación continua del artículo 1 del protocolo número 1 del artículo 8 del Convenio.

El fallo en Chiragov fue claramente menos controvertido que el del caso Sargsyan; sin embargo, la jueza Ziemele observó que el tribunal estaba ante la misma confusión de conceptos que en Sargsyan, a saber, entre argumentos de jurisdicción del Estado y otros sobre sus obligaciones positivas. Lo que estaría en juego en ambos casos serían las obligaciones positivas de los estados, consideración que no se debiera vincular o decidir exclusivamente con miras a la jurisdicción que tiene un Estado sobre un territorio particular.

---

<sup>25</sup> Íd.

<sup>26</sup> Ibid, párrafo 201.

### 3. Suspensión de alimentación artificial: *Lambert contra Francia*

Otro caso relevante resuelto por el TEDH durante el año 2015, es el caso *Lambert contra Francia*. El asunto principal de este caso es una solicitud de suspensión del suministro de alimento, de carácter artificial, que recibe un paciente en estado vegetal irreversible y que es lo que lo mantiene con vida. Esta solicitud se fundó en lo que sería la voluntad manifestada en vida por el ciudadano Vincent Lambert. Veremos a continuación los hechos del caso y el razonamiento de la Gran Sala, adelantando desde ya que el criterio utilizado fue el de aplicar el margen de apreciación a favor de Francia en atención a la falta de consenso europeo en la materia.

El caso se originó en una aplicación en contra de Francia en la que los demandantes alegaron que la suspensión de la alimentación artificial suministrada a Vincent Lambert importaría una violación a los artículos 2, 3 y 8 del Convenio. Posteriormente la Cámara cedió su jurisdicción en favor de la Gran Sala en virtud del artículo 30, la cual resolvió este caso el 5 de junio del 2015.

En cuanto a los hechos de la causa: Vincent Lambert sufrió un accidente de tránsito que lo dejó tetraplégico y en estado de completa dependencia. De acuerdo a los reportes médicos de febrero de 2014, Lambert se encontraba en estado vegetativo crónico. En conjunto con su esposa y ante su irreversible situación, el equipo médico inició los trámites para disminuir su alimentación con la finalidad de que Lambert falleciera.

Respecto a la violación del artículo 2, a juicio de la Gran Sala, la norma aplicable en este caso es aquella contenida en la primera frase de dicho artículo, donde se prescribe que los Estados deben abstenerse de quitarle intencionalmente la vida a otro individuo (obligación negativa) así como surge también un deber de proteger la vida de aquellos bajo su jurisdicción (obligación positiva). Se observó que en la Ley de abril de 2005 referente a la temática, no se autorizó ni la eutanasia ni el suicidio asistido, sino que tan solo discontinuar un tratamiento cuando aparece que este obedece a una “irracional obstinación”.<sup>27</sup> Asimismo, notó la Gran Sala que tanto el gobierno como los denunciantes distinguían entre quitar la vida intencionalmente y suspender un tratamiento con fines terapéuticos, a lo que se suma que de acuerdo a la legislación francesa, se le prohíbe al Estado quitarle la vida intencionalmente a otra persona, pero se permite suspender

<sup>27</sup> TEDH, caso *Lambert contra Francia*, sentencia de fecha 5 de junio de 2015, párrafo 121.

un tratamiento que esté sosteniendo una vida artificialmente bajo ciertas circunstancias específicas.

Respecto a sus obligaciones positivas, la Gran Sala reconoció no tener jurisprudencia que trate un caso como este, no obstante tener casos parecidos. Citó el caso *Sanles Sanles*<sup>28</sup> en el cual el solicitante actuó en favor de su hermano que había quedado tetrapléjico y solicitaba poner término a su vida con ayuda de un tercero, con el fin de que se le reconociera su derecho a morir con dignidad. El TEDH declaró que ello resultaba incompatible con el Convenio en virtud del principio *ratione personae* y por tanto rechazó la solicitud. El Tribunal tampoco encontró violación a los artículos de la Convención en el caso de la ciudadana británica *Diane Pretty*,<sup>29</sup> que se encontraba en la fase terminal de una enfermedad neurodegenerativa y que pedía que su marido la pudiera ayudar a morir sin ser juzgado por homicidio. Los casos *Haas y Koch*,<sup>30</sup> también dicen relación con el suicidio asistido, y el Tribunal tampoco encontró violación a los artículos de la Convención que le facultara para fallar en favor de los solicitantes de manera que accedieran a una dosis letal de medicamentos que les permitiera terminar con sus vidas.<sup>31</sup>

La Gran Sala determinó que en casos como este, en que se ventilan asuntos de complejidad científica, legal y ética, y en ausencia de consenso respecto del asunto entre los demás países contratantes, corresponde otorgar un margen de apreciación a favor del Estado de origen de los demandantes.<sup>32</sup> Lo relevante aquí es que a los estados se les entrega un margen de apreciación, pero deben resguardar la voluntad del paciente y especialmente, cuidar un balance proporcional entre los derechos que se encuentran en juego en estos casos, a saber, el derecho a la vida de un paciente y el derecho al respeto a su vida privada y autonomía personal.

En su aplicación al caso concreto de *Vincent Lambert*, el Conseil d'Etat francés fue meticuloso en el procedimiento que siguió y decidió que aunque los solicitantes no estén de acuerdo en el resultado obtenido, este satisface

---

28 TEDH, caso *Sanles Sanles contra España*, ECHR 2000.

29 TEDH, caso *Pretty contra Reino Unido*, sentencia de fecha 29 de abril de 2002.

30 TEDH, caso *Haas contra Suiza*, sentencia de fecha 20 de enero de 2011 y caso de *Koch con Alemania*, sentencia de fecha 17 de diciembre de 2012.

31 Un segundo grupo de casos son aquellos que involucran la suspensión de tratamientos, aquí tenemos el caso *Glass con Reino Unido*, sentencia de 9 de marzo de 2004, el caso *Burke contra Reino Unido*, sentencia de fecha 11 de julio de 2006 y el caso *Ada Rossi y otros contra Italia*, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2008.

32 TEDH, caso de *Ciechońska contra Polonia*, sentencia de fecha 14 de junio del 2011.

los requerimientos del artículo 2. Así, corresponde a las cortes domésticas verificar que el procedimiento a través del cual se decide la suspensión de un tratamiento, se realice con cumplimiento a la legislación nacional –así como al Convenio Europeo– y establecer cuáles fueron los deseos del paciente de acuerdo a la legislación. En este sentido, el TEDH consideró que tanto la legislación de Francia como el marco jurídico que llevó a la toma de decisiones por parte del Conseil d’Etat, cumplió con el artículo 2 de la Convención. Comentaristas del caso se enfocaron especialmente en lo que podría leerse como un reconocimiento incipiente y cauto del TEDH de la autonomía de las personas en decisiones sobre el final de la vida.<sup>33</sup>

#### 4. Donación de embriones para investigación científica

Una decisión sobre la vida humana –ahora del inicio de ella– es el caso de *Adelina Parrillo contra Italia*.<sup>34</sup> La mujer alegó que la sanción impuesta por una ley de febrero del 2004 que regula la donación de embriones para investigación científica, es incompatible con su derecho a la vida privada y el uso pacífico de sus posesiones de acuerdo al artículo 8 de la Convención y artículo 1 del protocolo 1. Alegó también una violación al artículo 10 sobre Libertad de Expresión en relación a la prohibición de investigación científica. En enero del 2014 la Cámara de la segunda sección del TEDH cedió su jurisdicción a la Gran Sala en base al artículo 30 de la Convención, la cual resolvió el 27 de agosto del año 2015.

Al igual que en el caso *Lambert contra Francia*, en este caso el TEDH resolvió aplicando el margen de apreciación en favor del Estado italiano, en atención a que se trata de un caso complejo desde el punto de vista ético y moral y, en consecuencia, no existe consenso entre los países contratantes sobre el modo de resolverlo.

Sobre los hechos, la requirente el año 2002 comienza un tratamiento de fecundación *in vitro* junto con su pareja en un centro de medicina reproductiva en la ciudad de Roma. Se obtuvieron 5 embriones los cuales se encontraban en criopreservación.

33 Ver Tretyakov, Konstantin, “From Therapeutic Abstention to the Right to Die. The Case of Lambert and Others v France” 7 de junio de 2016. Disponible en: <http://strasbourgobservers.com/2015/07/06/from-therapeutic-abstention-to-the-right-to-die-the-case-of-lambert-and-others-v-france/>.

34 TEDH, caso *Parrillo contra Italia*, sentencia de fecha 27 de agosto de 2015.

En noviembre del 2003, la pareja de Adelina murió por la explosión de una bomba en Irak, antes de que los embriones fueran implantados. Adelina decidió no implantarse esos embriones y donarlos para investigación científica. El año 2011 envía una carta al director del centro de fertilización para que libere sus embriones para destinarlos a la investigación, a lo cual él se niega, señalando que esas conductas son sancionadas penalmente en Italia.

Respecto a las alegaciones de la demandante sobre una violación del artículo 8, señaló que luego del fallecimiento de su pareja, ella había tenido solo 4 meses para decidir qué hacer con los embriones, antes de que entrara en vigencia la nueva ley. Señaló además que la legislación tampoco le permitió implantarse esos embriones, ya que es ilegal hacerlo con posterioridad a la muerte de uno de los dos padres, por lo cual la única opción legalmente aceptada era la destrucción de dichos embriones; por lo que decidió que era mejor donarlos para investigación científica.

La Gran Sala, al analizar la violación del artículo 8 de la Convención, sostuvo que el asunto a resolver en este caso dice relación con la restricción que se le impuso a la demandante a su derecho a decidir el destino de sus embriones y que se relaciona con su derecho a la vida privada.<sup>35</sup> En este sentido, la definición de vida privada es amplia bajo el alero del artículo 8 y carece de una definición exhaustiva, conteniendo entre otros, el derecho a la autodeterminación.<sup>36</sup>

Otro punto que la Gran Sala consideró, es el hecho de que existe un vínculo entre la persona que se somete a la fertilización *in vitro* y los embriones que se generan, ya que estos últimos contienen el material genético de la primera y representan parte constituyente de esa persona formando parte de su identidad biológica.<sup>37</sup> En consecuencia, la habilidad de la persona para tomar una decisión considerada y consciente respecto al destino de sus embriones importa un aspecto íntimo de la vida personal y en este sentido, se relaciona con su derecho a la autodeterminación.<sup>38</sup> El Tribunal notó, sin embargo, que el presente caso no se trataba de un caso de parentalidad eventual y por tanto el derecho que invoca la denunciante no es uno de los derechos centrales que protege el artículo 8.<sup>39</sup>

35 *Ibid.*, párrafo 152.

36 TEDH, caso *Evans contra Reino Unido*, sentencia de fecha 10 de abril de 2005, párrafo 165.

37 *Ibid.*, párrafo 158.

38 *Ibid.*, párrafo 159.

39 *Ibid.*, párrafo 174.



La Gran Sala resolvió que debe otorgársele al Estado de Italia un amplio margen de apreciación en este caso.<sup>40</sup> Aún más, observó que la donación de embriones que no han sido destinados a la implantación no es un tema pacífico ya que levanta cuestiones morales y éticas delicadas, en este sentido, no hay consenso europeo en la materia. Se concluyó que aun suponiendo que existen inconsistencias en la legislación, estas no son capaces de afectar directamente el derecho invocado por la solicitante.<sup>41</sup> Se consideró por tanto que Italia no ha sobrepasado su margen de apreciación y que la sanción contenida en la legislación es necesaria en una sociedad democrática, por lo tanto se encuentra dentro de los márgenes del artículo 8 inciso 2 de la Convención, y en este sentido no hay violación del artículo 2.

Un punto importante en este caso es el alegato de la demandante acerca de la decisión del estado italiano que vulneraba su derecho de propiedad sobre los embriones producidos. Aquí la Gran Sala es clara en señalar que el artículo 1 del protocolo número 1 tiene un claro tenor económico y pecuniario y, por lo tanto, no puede ser aplicable a un embrión humano que no es susceptible de posesión. En lo que respecta a este caso, la aplicación de este artículo resulta imposible *ratione materiae*.<sup>42</sup>

Dos votos disidentes o parcialmente disidentes destacaron que no se podía considerar al embrión como “parte constituyente de la identidad” de sus padres, sino más bien se debía concebir como una “entidad distinta y separada”. Por tanto, los jueces Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano y Yudkivska sostuvieron que el caso no era sobre autodeterminación de la denunciante.<sup>43</sup> El juez Pinto Albuquerque concluyó en la misma línea que el embrión debe ser interpretado como un “otro” en el sentido de la Convención cuando establece límites a ciertos derechos “por los derechos y las libertades de otros” [en castellano, “los derechos y las libertades de *los demás*”, las autoras].<sup>44</sup>

---

40 Ibid, párrafo 175.

41 Ibid, párrafo 195.

42 Ibid, párrafo 216.

43 Voto parcialmente disidente, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano y Yudkivska, párrafos 6 y 9.

44 Voto disidente juez Pinto Albuquerque, párr. 31.

## 5. Responsabilidad del estado por personas bajo su custodia. Abusos Policiales

Dentro de esta categoría ubicamos el caso *Bouyid contra Bélgica*.<sup>45</sup> Lo relevante de este caso es la aplicación que la Gran Sala hizo del artículo 3 de la Convención en relación con la responsabilidad que tienen los estados sobre las personas que están bajo su custodia. Concretamente, se trata aquí de los malos tratos ejercidos por parte de los policías de una comisaría local en contra de un par de jóvenes hermanos –Saïd y Mohamed Bouyid– mientras estos se encontraban detenidos.

El caso fue sometido a la Gran Sala por petición de los solicitantes en virtud del artículo 43 de la Convención, dado que la cámara de la 5ta sección del TEDH resolvió el 21 de Noviembre del año 2013 que no había violación del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. La Gran Sala resolvió en sentido contrario el 28 de septiembre del 2015.<sup>46</sup>

Los demandantes fundaron su alegación en los artículos 3, 6.1 y 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Alegaron que habían sido golpeados por oficiales de la estación de policía de la cual son vecinos y con quienes tendrían tensas relaciones desde hace ya un tiempo. Los hechos en los cuales se fundaron las alegaciones habrían tenido lugar en dos ocasiones: el 8 de diciembre del 2003 y el 23 de febrero del 2004. El 8 de diciembre, uno de los policías de la estación en cuestión habría solicitado a uno de los demandantes su identificación mientras esperaba junto a un amigo afuera de la puerta de su casa. Ante la negativa del demandante a mostrar su identificación, este fue llevado a la estación de policía, puesto en un cuarto junto con el policía que lo detuvo, y golpeado mientras se quejaba por la causa de su detención. El 23 de febrero, el segundo demandante se encontraba en la estación de policía junto a su madre y un tercero. El demandante se encontraba involucrado en un altercado en virtud del cual lo llevan a la estación de policía para interrogarlo. En ese contexto, fue golpeado por el policía debido a que el demandante no hizo caso al llamado de atención del policía para que dejara de inclinarse con actitud laxa sobre su escritorio.

45 TEDH, caso *Bouyid contra Bélgica*, sentencia de fecha 28 de septiembre de 2015.

46 Este caso estuvo considerado como el mejor fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del año 2015. [strasbourgobservers.com](http://strasbourgobservers.com), The Winners: Poll on Best and Worst ECtHR Judgment of 2015, 18 de febrero de 2016.

El Tribunal sostuvo por 14 votos contra 3 que hubo violación del artículo 3 de la Convención en su aspecto sustantivo, y por unanimidad que hubo violación del artículo 3 en su aspecto procesal. Para llegar a esta decisión, el Tribunal comenzó señalando que el artículo 3 de la Convención contenía uno de los valores más fundamentales de la democracia, para luego agregar que está intrínsecamente unido con el respeto a la dignidad humana<sup>47</sup>. En estos casos, la prueba que se exige para rebatir una alegación de violación del artículo 3 debe superar el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”, y aún más cuando estos eventos ocurren bajo el conocimiento (ya sea mayoritario o exclusivo) de autoridades, como es el caso de personas que se encuentren bajo su custodia, surge una fuerte presunción de hecho respecto de los daños que sufra esa persona. El Gobierno en estos casos tiene que entregar una explicación convincente y satisfactoria capaz de rebatir lo señalado en su contra.<sup>48</sup>

Los malos tratos deben ser de un mínimo nivel de severidad, que normalmente involucra algún grado de lesiones físicas o intenso sufrimiento mental o físico, no obstante, aún en la ausencia de estos parámetros de agresión, cuando el maltrato es humillante, se traduce en una falta de respeto o disminuye al individuo en su dignidad humana al nivel de ser capaz de quebrar la resistencia moral o física de una persona, igualmente se considera como trato degradante y se encuentra bajo el alcance del artículo 3.<sup>49</sup> El Tribunal notó también que los demandantes no tenían lesiones al momento de entrar a la estación de policía. Por último, en virtud de que el gobierno no fue capaz de presentar evidencias concretas que contravengan lo señalado por los demandantes, se consideró el hecho como probado.<sup>50</sup> En este caso concreto, se consideró irrelevante lo que motivó al oficial de policía a golpear al demandante y aquí la Gran Sala se distanció de la Cámara, al señalar que aun en las circunstancias más difíciles, está prohibida la tortura y el trato inhumano y degradante en todas sus formas.<sup>51</sup> Es decir, no hay excepciones al cumplimiento del artículo 3, ni siquiera cede frente al interés público o al bien común. Aún más, la Gran Sala señaló que el artículo 3 de la Convención contiene una obligación positiva para los Estados de formar a sus oficiales y autoridades de modo tal

---

47 Ibid, párrafo 81.

48 Ibid, párrafo 83.

49 Ibid, párrafo 87.

50 Ibid, párrafo 98.

51 Ibid, párrafo 108.

que mantengan altos estándares profesionales. Dado que las lesiones físicas fueron menores, y que no se demostró que los demandantes hubieran sufrido graves secuelas físicas o mentales el tratamiento en cuestión no podría llamarse inhumano o tortura, sino que tan solo trato degradante.

En abstracto y atendiendo a los aspectos procesales, la Gran Sala señaló que existe una obligación de los estados, tomando en consideración los artículos 1 y 3, de investigar los casos en que existan indicios de que un oficial ha cometido trato inhumano o degradante. No hay una exigencia de resultados necesariamente, pero sí de emplear todos los medios necesarios para investigar lo ocurrido.<sup>52</sup> En este caso concreto, el Tribunal no consideró que el Estado haya hecho lo suficiente para investigar lo ocurrido, por lo tanto<sup>53</sup> determinó finalmente que hubo también violación del artículo 3 en su parte procedimental.<sup>54</sup>

## 6. Libertad de expresión y libertad de asociación

Hay cuatro casos que podemos destacar dentro de los fallos de la Gran Sala durante el año 2015 en esta materia. El primero de estos es el caso *Pentikäinen contra Finlandia*,<sup>55</sup> sobre la detención de un periodista y fotógrafo durante una manifestación. El segundo es el caso *Delfi AS contra Estonia* que trata sobre la responsabilidad de un medio digital respecto de los comentarios ofensivos que los lectores publican en su página web; en tercer lugar veremos el caso *Perinçek contra Suiza* sobre dichos en público negando la existencia del genocidio armenio y, por último, el caso *Haldimann contra Suiza*, relacionado con el derecho a la libertad de expresión en cuanto obtención de información de interés público a través de cámaras ocultas para luego exhibirlas en un programa de televisión. Estos cuatro casos tratan situaciones en las cuales han existido interferencias a la libertad de expresión y en que la Gran Sala ha

---

52 Ibid., párrafo 120.

53 La investigación se limitó a realizar entrevistas a los policías, sin confrontarlos con los testimonios de las víctimas, y la preparación de un informe con evidencias, fue realizado por los mismos policías sin participación de los demandantes. El tribunal notó que el gobierno tampoco ha dado explicaciones que justifiquen la excesiva tardanza en la investigación.

54 Ibid, párrafo 134.

55 Voorhoof, Dirk, "Journalist must comply with police order to disperse while covering demonstration". Disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2015/10/26/journalist-must-comply-with-police-order-to-disperse-while-covering-demonstration/>

debido analizar si el test de proporcionalidad realizado por las cortes domésticas atendido el margen de apreciación que se les reconoce a los estados en la materia, fue conforme a la CEDH.

Además de estos, en el ámbito de la expresión de disenso con políticas gubernamentales, pero desde el derecho a la asociación, la Gran Sala decidió el caso *Kudrevičius contra Lituania*, el primer fallo de la Gran Sala sobre el artículo 11, en relación con la aplicación del derecho penal por disturbios y bloqueos masivos de ruta del sector agrícola lituano, en el que no encontró violación,<sup>56</sup> al contrario de la Sala que determinó que sí hubo violación de la libertad de asociación.<sup>57</sup> Sorprende que la Gran Sala haya centrado su análisis en la falta de autorización de la manifestación;<sup>58</sup> aunque finalmente, decidió que la aplicación del derecho penal (o no) en relación a manifestaciones que tienen el propósito de interrumpir la libre circulación, entraba en el margen de apreciación del Estado.<sup>59</sup> Finalmente, el TEDH se pronunció en dos casos sobre libertad de expresión en Francia y en ambos encontró una violación del derecho. Primero, en el caso *Couderc y Hachette Filipacchi Associés contra Francia* (sentencia que no discutiremos en detalle), ante el cual la Gran Sala determinó que a pesar del derecho a la privacidad y a la protección familiar del que gozaba el Príncipe de Mónaco, el nacimiento de su primera hija era de interés público por su rol como heredera del trono y, por tanto, los periodistas que reportaron sobre el asunto no podían ser multados como había ocurrido en el procedimiento interno en Francia (multa de 50.000 euros). La publicación fue considerada no sensacionalista, y por ello la interferencia del Estado al fallar sobre las denuncias del príncipe contra los periodistas fue estimada excesiva. La Gran Sala encontró una violación del artículo 10 del Convenio.<sup>60</sup> En el caso *Morice*,<sup>61</sup> que ha sido declarado una “gran victoria para la profesión jurista”,<sup>62</sup> la Gran Sala, revirtiendo en forma unánime una decisión de la Sala, decidió

56 TEDH, caso *Kudrevičius contra Lituania*, sentencia del 15 de octubre de 2015.

57 Ver Ella Rutter, Jasmine Rayée, “Do you hear the people sing? The problematic expansion of principles that mute assemblies”. Disponible en <https://strasbourgobservers.com/2015/12/02/do-you-hear-the-people-sing-kudrevicius-v-lithuania-and-the-problematic-expansion-of-principles-that-mute-assemblies/>.

58 *Ibid.*

59 TEDH, caso *Kudrevičius contra Lituania*, sentencia del 15 de octubre de 2015, párrafos 173-175.

60 No profundizaremos en el análisis porque el criterio del tribunal es el mismo que en *Von Hannover (2)* contra Alemania, que habíamos discutido en el Anuario 2013.

61 TEDH, caso *Morice contra Francia*, sentencia del 23 de abril de 2015.

62 Inger Høedt-Rasmussen, Dirk Voorhoof, “A great victory for the overall legal profession”. Disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2015/05/06/a-great-victory-for-the-overall-profession-of-lawyers/>

que la publicación de una denuncia de falta de imparcialidad de dos jueces investigativos en un caso penal complejo, no podía concebirse difamatoria. La interferencia por parte del Estado francés, al condenar penalmente a los periodistas de *Le Monde*, no había sido “necesaria en una sociedad democrática”.

En el caso *Pentikäinen contra Finlandia*,<sup>63</sup> el demandante es un fotógrafo y periodista que fue detenido durante una manifestación ciudadana llevada a cabo en la capital finlandesa. En el momento en que la policía buscaba dispersar a la multitud y había ordenado a los manifestantes retirarse del lugar, el reportero habría desobedecido la orden policial. Como consecuencia, permaneció aislado por 17 horas durante las cuales no pudo reportear ni acceder al material gráfico que había obtenido. El recurrente alegó interferencia en su derecho a la libertad de expresión contemplada en el artículo 10 de la Convención, lo que fue rechazado por la Gran Sala por 13 votos contra 4.<sup>64</sup>

El asunto a dilucidar para la Gran Sala fue si la detención del demandante conllevaba una interferencia injustificada con el derecho a la libertad de expresión que garantiza el artículo 10 de la Convención. En este caso concreto, el Tribunal determinó que existió una interferencia en cuanto la detención del demandante implicó que el ejercicio de su trabajo periodístico se viera afectado,<sup>65</sup> sin embargo, la acción policial estuvo basada en la ley<sup>66</sup> y perseguía un fin legítimo y necesario en una sociedad democrática: asegurar la seguridad pública y la prevención del crimen y el desorden.<sup>67</sup> Respecto a la segunda exigencia, se concluyó en abstracto que un periodista no puede exigir inmunidad frente a la responsabilidad criminal por el solo hecho de que la vulneración del derecho a la libertad de expresión se produce mientras este realiza su trabajo. En el caso concreto, lo que estaba en juego eran las medidas impuestas contra un periodista que no obedeció las órdenes policiales en el momento en que tomaba fotografías de una manifestación que se había vuelto violenta.

Tomando en cuenta el margen de apreciación con el que cuenta Finlandia, la Gran Sala concluyó que las autoridades tuvieron suficientes razones y balancearon de manera justa los distintos intereses en juego a la hora de tomar

63 TEDH, caso *Pentikäinen contra Finlandia*, 20 de septiembre de 2015.

64 Hay votos disidentes de los jueces Spano, Spielmann, Lemmens y Dedov. Este caso fue seleccionado entre los peores fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del año 2015. [strasbourgobservers.com](http://strasbourgobservers.com), The Winners: Poll on Best and Worst ECtHR Judgment of 2015.

65 *Ibid.*, párrafo 83.

66 *Ibid.*, párrafo 85.

67 *Ibid.*, párrafo 86.

una decisión. En este sentido, recalcó que las autoridades en ningún momento impidieron a los medios cubrir el evento y al demandante no se le prohibió realizar su trabajo ni antes ni después de la detención, por lo tanto esta medida se tomó como una medida necesaria en una sociedad democrática con el fin de resguardar la seguridad pública.<sup>68</sup> Visto esto, la Gran Sala determinó que no hubo violación del artículo 10.<sup>69</sup>

El segundo caso sobre libertad de expresión, esta vez respecto a medios digitales, es *Delfi AS versus Estonia*,<sup>70</sup> fallado por la Gran Sala el 16 de junio del 2015, en el cual también se determinó que no había violación del artículo 10, esta vez, discutiendo la posición en la que se encuentra un portal de noticias para controlar la publicación de comentarios ofensivos en sus publicaciones. Las autoridades de Estonia sancionaron a Delfi AS por no haber removido de su portal de noticias comentarios ofensivos que algunos lectores habían realizado a raíz de los artículos publicados.

Respecto a la proporcionalidad de la interferencia, la Gran Sala observó el contexto de los comentarios; luego, las medidas que pudo haber tomado la empresa para prevenirlas; las medidas que pudiesen ejercerse en contra del autor de los comentarios y por último las consecuencias para la compañía respecto a sus procedimientos internos.<sup>71</sup> En particular en este caso, la Gran Sala para estimar que no existió violación del artículo 10, determinó que los comentarios en cuestión surgieron a propósito de uno de los artículos de prensa publicados por Delfi AS, cuyo contenido era de interés público y sobre el cual se podía prever que iba provocar comentarios negativos. En este sentido, la empresa podría haber anticipado mecanismos para evitar que se dañe la reputación de otras personas a propósito de esta clase de publicaciones. Además, los filtros previos que posee la compañía para evitar el perjuicio no fueron suficientes, considerando que la empresa tenía la envergadura suficiente para poder adquirir y aplicar la tecnología necesaria. Por último, se estimó que no es realista intentar perseguir civilmente a cada uno de los autores de los comentarios ya que no están claramente identificados al momento de comentar los artículos. En consecuencia, para la Gran Sala fue culpa de la compañía permitir que publicasen comentarios a sus artículos personas

---

68 Ibid, párrafo 114.

69 Ibid, párrafo 115.

70 TEDH, caso *Delfi As contra Estonia*, sentencia de fecha 16 de junio de 2015.

71 Ibid, párrafo 64.

no registradas.<sup>72</sup> Delfi AS, siendo el portal de noticias más grande de Estonia, estaba en posición para haber previsto los riesgos que acarrearía su actividad,<sup>73</sup> a pesar de que los comentarios que reciben por cada uno de los artículos forman parte de los ingresos comerciales de la compañía, es decir, mientras más comentarios reciben, más beneficios publicitarios tienen.

Destacamos de este razonamiento de la Gran Sala, que se le entregó un peso importante a los roles de cada una de las partes en este caso, a saber, un portal de internet por su posición está más capacitado para identificar comentarios agresivos en su página web que un particular o el mismo Estado. La Gran Sala consideró que los derechos e intereses de los demás individuos facultan a los estados contratantes a imponer responsabilidades a portales de internet sin que se viole el artículo 10. Si los sistemas de control de los comentarios estuvieran acompañados de procedimientos eficaces, el TEDH considera que puede lograrse un buen balance entre ambos derechos. Pero en este caso, dichas herramientas no fueron suficientes.

Tendremos que poner especial atención a las consecuencias de este fallo, tomando en cuenta que fijó nuevas condiciones para la participación en medios digitales. No resulta irrelevante la eventual responsabilidad que pueda surgir para quienes posean plataformas digitales y las utilicen de manera profesional (y/o comercial), ante la posibilidad de que terceros puedan publicar en esos espacios comentarios atentatorios contra la dignidad de las personas. Sin duda será una limitación a considerar por parte de los medios en qué medida deseen usar sus plataformas para crear debate entre sus lectores, ya que la decisión de la Gran Sala puede afectar, indirectamente, la libertad de expresión como derecho consagrado en la Convención.

En tercer lugar veremos el caso *Haldimann contra Suiza*.<sup>74</sup> Los solicitantes en este caso son Ulrich Mathias Haldimann, Hansjörg Utz, Monika Annemarie Balmer y Fiona Ruth Strebel. Todos ellos alegaron la vulneración del artículo 10 de la Convención, lo que fue aceptado por la Gran Sala por dieciséis votos contra uno.

Una de las solicitantes decidió llevar a cabo un reportaje utilizando una cámara oculta con la finalidad de comprobar diversas denuncias que espectadores de su programa de televisión habían realizado en contra de algunos

---

<sup>72</sup> Ibid, párrafo 65.

<sup>73</sup> Ibid, párrafo 129.

<sup>74</sup> TEDH, caso *Haldimann y otros con Suiza*, sentencia de fecha 24 de mayo de 2015.



agentes de compañías de seguros, a quienes se les había acusado de malas prácticas comerciales. Otro de los solicitantes, había arreglado una cita con uno de los corredores de seguros simulando ser un cliente que deseaba contratar un seguro de vida. Una vez realizada la reunión, se le informó al agente de seguros que la conversación había sido grabada, que sería transmitida por televisión y se le ofreció un espacio a la Compañía para que realizara sus descargos. Se le aseguró, además, que tanto la voz como la cara del agente de seguros sería distorsionada para proteger su identidad.

El agente de seguros interpuso una querrela criminal en contra de los cuatro involucrados en el caso, entre periodistas y editores, quienes resultaron sentenciados al pago de una multa por ruptura de confidencialidad y violación a la vida privada. Luego de apelar al fallo las penas fueron reducidas, pero la Corte Federal Suiza señaló que si bien hay un interés público respecto a los hechos que se querían reportear, se podrían haber usado medios menos lesivos para lograrlo en vez del uso de una cámara oculta.

Una vez sometido este caso al conocimiento de la Gran Sala, esta señaló que no es un hecho controvertido la existencia de una interferencia al derecho a la libertad de expresión respecto de los solicitantes, sin embargo, esta interferencia solo es contraria a la Convención si no se satisfacen los requisitos del inciso 2 del artículo 10, como ya lo hemos visto en los casos previos en la materia. Aquí el instrumento a través del cual fueron condenados –a saber, la norma aplicada a los solicitantes– era accesible, sin embargo, lo que se alega es que sus efectos no eran previsibles ya que no se contempla la prohibición del uso de cámaras ocultas. Atendiendo a la calidad de periodistas y editores de televisión de los solicitantes, la Gran Sala estimó que debieron haber previsto las consecuencias del uso de una cámara oculta para la realización del reportaje.<sup>75</sup>

Para la Gran Sala fue relevante el hecho de que el agente de la compañía de seguros no era una persona conocida, y los hechos sobre los que se le acusa dicen relación con el ejercicio de su profesión y no sobre aspectos de su personalidad, por lo tanto el impacto sobre su reputación se encontraría limitado.<sup>76</sup> Resultó fundamental en el mismo aspecto, que el reportaje pretendía ser un real aporte al debate público aun cuando no lo logre en la práctica.<sup>77</sup> Otro punto importante es el modo en que se consiguió la información y la veracidad

---

75 Ibid, párrafo 39.

76 Ibid, párrafo 52.

77 Ibid, párrafos 57.

de la misma. La Gran Sala ha señalado en casos anteriores que los periodistas para utilizar las salvaguardas que le entrega el artículo 10 deben actuar de buena fe y proveer de información confiable y precisa.<sup>78</sup> En este sentido, no se puede decir que los solicitantes hayan actuado con infracción a la ética periodística, ya que aun cuando se utilizó una cámara oculta y la información se transmitió por televisión, esta era veraz y tanto la voz como la cara del agente de seguros fue distorsionada para proteger su identidad, sus ropas no eran distintivas y la grabación fue en su oficina, la cual tampoco tiene características especiales; por lo tanto la interferencia con su derecho a la vida privada es más bien relativa.<sup>79</sup> Este punto fue clave para la Gran Sala.

Concluyó el TEDH, por ende, que la interferencia en este caso a la reputación del agente de seguros no tenía el peso suficiente como para superar al interés público de la información impugnada.<sup>80</sup> Para la Gran Sala la interferencia no resultó desproporcionada y –tal como se explica en el párrafo anterior– ya que se tomaron una serie de medidas para minimizar el grado de interferencia y evitar así dañar la reputación del afectado. Por ende, no fue excesiva la medida impuesta por las legislaciones doméstica en Suiza y la interferencia del Estado para con los periodistas no pudo objetarse como innecesaria en una sociedad democrática.<sup>81</sup>

Finalmente, revisamos el caso *Perinçek contra Suiza*,<sup>82</sup> cuya sentencia fue dictada el 15 de octubre del 2015. En este caso se llevó ante la Gran Sala el caso de Dogu Perinçek, quien sostiene la existencia de una interferencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión en cuanto fue acusado y más tarde condenado penalmente por dichos públicos en los cuales el demandante negó la existencia del genocidio armenio. Estos dichos se dieron en el marco de una conferencia pública, atendiendo a que el demandante es doctor en derecho y miembro del partido obrero de Turquía. La Gran Sala en un fallo dividido de 10 votos contra 7, determinó que hubo violación del artículo 10 de la Convención.

Respecto a los hechos, el 15 de julio del año 2005, la Asociación Suiza Armenia interpuso una querrela criminal en contra de Perinçek, quien posteriormente fue considerado culpable por sus dichos y condenado en virtud

---

78 Ibid, párrafo 61.

79 Ibid, párrafo 65.

80 Ibid, párrafo 66.

81 Ibid, párrafo 68.

82 TEDH, caso *Perinçek contra Suiza*, sentencia de fecha 15 de octubre de 2015.

del código penal suizo. No es un hecho disputado en este contexto que el castigo impuesto a Perinçek, sumado al pago de la indemnización al que fue condenado, configurará una interferencia al derecho a la libertad de expresión contemplado en el artículo 10 de la Convención bajo el supuesto de que no se cumpla con lo establecido en su inciso segundo.<sup>83</sup>

En particular en este caso concreto, el asunto a resolver para la Gran Sala, no es si el artículo en cuestión del código penal suizo era suficientemente previsible en su aplicación, sino si es que Perinçek al realizar sus declaraciones podría o debía haber previsto las consecuencias que producirían.<sup>84</sup> La Gran Sala determinó que el demandante razonablemente debió haber previsto las consecuencias de sus declaraciones y la responsabilidad criminal que podrían traer consigo, principalmente considerando que es él mismo quien señaló saber del reconocimiento del genocidio armenio por parte del gobierno suizo.<sup>85</sup>

Otro criterio es que interferir este artículo debía apuntar la persecución de objetivos legítimos, que en este caso según el gobierno suizo son dos: la prevención del desorden público y la protección de los derechos de terceros. La Gran Sala estimó que no se encontraba suficientemente probado que los eventos en los cuales se realizaron las conferencias pudieran causar desórdenes públicos, por lo cual no se satisfizo la primera exigencia.<sup>86</sup> Ahora bien, en lo que dice relación con la necesidad de la interferencia en una sociedad democrática, el punto de la Gran Sala aquí fue determinar si la interferencia resultó proporcionada en vista del fin legítimo que se buscaba y si en definitiva esta resultó relevante y suficiente. Para determinar eso, la Gran Sala recurrió a su jurisprudencia en la que ha establecido que el margen de interferencia para el artículo 10 inciso 2 es menor cuando se trata de debates políticos.

En su razonamiento, la Gran Sala aplicó el principio de proporcionalidad y el balance de derechos se realizó entre el artículo 10 y el 8 de la Convención. Además aplicó la misma jurisprudencia utilizada para el caso *Von Hannover contra Alemania*<sup>87</sup> donde indicó, en su momento, que ambos derechos

83 TEDH, caso Perinçek, párrafo 124.

84 Ibid, párrafo 137.

85 Ibid, párrafo 138.

86 Ibid., párrafo 153.

87 TEDH, caso *Von Hannover contra Alemania* N°2, sentencia de fecha 7 de febrero de 2012. También discutido en Aranís, Katerina; Benítez, Dinka; Macari, María Ignacia; Rey, Benjamín y Schönsteiner, Judith, "Revisión de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2012", Couso, Javier (dir.), Anuario de Derecho Público 2013, (Ediciones UDP), 2013, p. 557 y ss.

gozaban del mismo estatus y por tanto le entregó a los estados un margen de apreciación para determinar de qué modo se protege el derecho a la vida privada y qué elementos de la vida privada se deben cautelar, así como también para fijar la extensión de las interferencias a la libertad de expresión.

La Gran Sala en este contexto solo se atribuyó la facultad para revisar si es que la decisión de los tribunales domésticos fue tomada con arreglo a la Convención<sup>88</sup> y aplicado a este caso consideró que los tribunales suizos debieron balancear los derechos en colisión, analizando en detalle la conducta que se persigue en este caso concreto, ya que la interferencia debe ser necesaria considerando las circunstancias específicas.<sup>89</sup> La Gran Sala concluyó finalmente que para decidir que hay una violación del derecho a la libertad de expresión se debieran haber dado otros requisitos:

Tomando en cuenta todos los elementos analizados que los dichos del solicitantes trataron un asunto de interés público y no constituían un llamado al odio y la intolerancia, que el contexto en que los dichos fueron realizados no estaban marcados por fuertes tensiones o debates históricos en Suiza, que los dichos no pueden ser observados como que afecten la dignidad de los miembros de la comunidad armenia al punto de requerir una respuesta criminal en Suiza, que no hay una obligación internacional sobre Suiza que le exija criminalizar este tipo de dichos, que las cortes suizas han censurado al solicitante por emitir una opinión divergente a aquella establecida en Suiza y a que la interferencia se traduce en una condena criminal, el TEDH concluye que no era necesario en una sociedad democrática, el sometimiento del solicitante a una pena criminal con el fin de proteger los derechos de la comunidad armenia que están en juego en el presente caso.<sup>90</sup>

Este caso suscitó varias voces disidentes entre los jueces, de hecho, fueron 7 los votos que se mostraron contrarios a una violación del artículo 10 de la Convención, considerando que la negación del genocidio podía ser penalizada. Es por ello que resulta importante destacar parte de dichos argumentos. El voto disidente de los jueces Spielmann, Casadevall, Berro, de Caetano,

---

88 Ibid, párrafo 198.

89 Ibid, párrafo 275.

90 Ibid, párrafo 280.

Sicilianos, Silva y Kuris. Consideraron estos jueces que la aproximación de la mayoría en lo referente a la calificación del genocidio armenio había sido tímida, señalando que era un caso de genocidio evidente en sí mismo y que negarlo es desconocer un hecho obvio.<sup>91</sup> En este sentido resulta totalmente posible para un estado, sin sobrepasar su margen de apreciación, el calificar la negación de un genocidio como una ofensa criminal.

Un discurso como el realizado por el denunciante, para este voto disidente, puede constituir, con claridad, un llamado a la intolerancia contra los armenios, los denosta, y “claramente” sobrepasa los límites del artículo 10 de la Convención. Los jueces del voto de minoría consideran que tampoco deben utilizarse criterios geográficos para calificar los dichos en cuestión, ya que el factor que define a los derechos humanos es su carácter universal y *erga omnes*, por lo cual no puede aplicarse una limitante geográfica relativa al lugar en el cual se pronuncian ciertos discursos para minimizar su significado.<sup>92</sup> En el mismo sentido sería inadmisibles también someter estos dichos a límites temporales. Para este voto disidente, cae dentro del margen de apreciación de Suiza la facultad de criminalizar ciertas conductas, como en este caso la negación del genocidio, aun cuando no tenga una obligación de hacerlo bajo los instrumentos internacionales. Destacan los extensos debates parlamentarios en Suiza que llevaron a determinar que discursos como los de este caso merecían una sanción penal.<sup>93</sup> Por último, los jueces disidentes se mostraron de acuerdo con el balance de derechos realizado por los tribunales domésticos en Suiza, lo que consideraron como mesurado y bien razonado y concluyeron que no hubo violación del artículo 10 de la Convención. Sin embargo, esta argumentación, que consideraríamos la más sólida y justificada a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, no obtuvo la mayoría de los votos en la Gran Sala donde se encontró una violación del artículo 10 de la Convención por imponer una sanción penal a consecuencia de la negación del genocidio a los armenios.<sup>94</sup>

---

91 TEDH, *caso Perinçek contra Suiza*, Voto disidente de los jueces Spielmann, Casadevall, Berro, de Caetano, Sicilianos, Silva y Kuris, párrafo 4.

92 *Ibid*, párrafo 6.

93 *Ibid*, párrafo 11.

94 Ver defensa de la decisión en Voorhoof, Dirk, “Criminal Conviction for denying the Armenian Genocide in Breach with Freedom of Expression Grand Chamber confirms”. Disponible en: <http://strasbourgobservers.com/2015/10/19/criminal-conviction-for-denying-the-armenian-genocide-in-breach-with-freedom-of-expression-grand-chamber-confirms/#more-3005>

Este caso no es el único sobre genocidio que el TEDH decidió en 2015; de hecho, igualmente en octubre del 2015, se pronunció sobre la alegada aplicación retroactiva de la prohibición del genocidio en un caso penal en lo que hoy es Lituania.<sup>95</sup> El fallo fue aún más dividido que *Perinçek*, con 9 jueces que encontraron una violación del artículo 7 sobre *nullum crimen/poena sine lege* en cómo había sido aplicado por los tribunales internos, y 8 votos en contra, que coincidían con los tribunales de Lituania en que la definición consuetudinaria y convencional del crimen de genocidio había sido correctamente aplicado al caso, al considerar que los combatientes lituanos contra la ocupación estalinista habían sido perseguidos y asesinados sistemáticamente en 1953 por su pertenencia a un grupo nacional. Quienes critican el fallo, incluso aducen que el TEDH se habría pronunciado de manera contraria a la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, y los tribunales penales de Ruanda y Ex-Yugoslavia.<sup>96</sup>

## 7. Respeto a la Vida Privada y libertad de expresión

En solo un caso, la Gran Sala se pronunció en 2015 sobre el derecho a la privacidad. Es el caso *Zakharov contra Rusia* en el cual se consideró, por unanimidad, vulnerado el artículo 8 de la Convención producto de las medidas de vigilancia secreta de comunicaciones telefónicas impulsadas por el gobierno ruso en contra de usuarios de telefonía móvil.

Román Zakharov<sup>97</sup> recurrió ante el TEDH, alegando violación de su derecho a la vida privada, en cuanto el sistema secreto de interceptación de comunicaciones de teléfonos móviles vulneraba su vida privada y no dispuso de remedios efectivos en su favor. El caso llegó a la Gran Sala luego de que la Cámara cediera jurisdicción en su favor en virtud del artículo 30 de la Convención.

Este fallo es relevante ya que fijó los márgenes dentro de los cuales los Estados pueden implementar sistemas de vigilancia secreta, de un modo en

95 TEDH, *caso Vasiliauskas contra Lituania*, sentencia de fecha 20 de octubre de 2015.

96 Ver especialmente, Skander Galand, Alexandre, “The Strasbourg Court destroys ‘in part’ the Hague’s case-law on genocide”. Disponible en: [www.kuremer.ku.edu.tr/en/strasbourg-court-destroys-part-hagues-case-law-genocide](http://www.kuremer.ku.edu.tr/en/strasbourg-court-destroys-part-hagues-case-law-genocide). Ver también, muy sucinto, Marko Milanovic, European Court Tackles the Definition of Genocide, EJILTalk. Disponible en: <http://www.ejiltalk.org/european-court-tackles-the-definition-of-genocide/>.

97 TEDH, *caso Roman Zakharov contra Rusia*, sentencia de fecha 4 de diciembre de 2015.

que sean compatibles con la Convención. El TEDH se posicionó en un rol de protector de los derechos a la privacidad de las personas, así como del derecho a ser informado, siguiendo una tendencia en este ámbito que sin duda irá creciendo en importancia, como es la de los derechos digitales.<sup>98</sup>

El solicitante, editor en jefe de una compañía publicitaria y de una revista de aviación, pertenecía al mismo tiempo a una ONG encargada de la protección de las libertades de los medios en Rusia, así como de la libertad de expresión y del ejercicio de la profesión de periodistas a lo largo del país. Sostuvo que los operadores de telefonía móvil habían instalado instrumentos que permitían interceptar las comunicaciones de teléfonos móviles sin previa autorización judicial, en base a una normativa que nunca había sido publicada.

La Gran Sala siguió el razonamiento utilizado en el caso Kennedy,<sup>99</sup> de acuerdo al cual un solicitante puede alegar violación en su derecho a la vida privada con la sola existencia de los mecanismos secretos de vigilancia o de la legislación que lo permita. Lo precedente bajo ciertas condiciones que son las siguientes: en primer lugar, la existencia de la posibilidad de que la persona se vea afectada por la legislación que permite estas medidas de vigilancia (ya sea porque pertenece a un público objetivo, o vive en un sector determinado o porque la medida aplica a toda la población); en segundo lugar se analiza la existencia de recursos efectivos frente a cualquier individuo que se sienta amenazado, ya que la inexistencia o ineficacia de estos remedios justificadamente pueden llevar a pensar que se está abusando de dicho poder. Para estos casos, el nivel de escrutinio por parte del TEDH es mayor y por ello es que se permite una excepción a la regla, autorizando a individuos desafiar una norma en abstracto.<sup>100</sup>

Respecto a la legislación que permite esta clase de vigilancia secreta, el TEDH reiteró ciertos principios generales sobre la materia. La ley debe ser suficientemente clara así como los modos de interceptación ser detallados de modo tal que las personas tengan claras las condiciones y la forma en que dicha interceptación se llevará a cabo.<sup>101</sup> También debe la ley determinar el margen de discreción con que actúan las autoridades en este contexto así

98 Disponible en: <http://strasbourgoobservers.com/2015/12/23/case-of-roman-zakharov-v-russia-the-strasbourg-follow-up-to-the-luxembourg-courts-schrems-judgment/>

99 TEDH, *Caso Kennedy contra Reino Unido*.

100 Ibid, párrafo 171.

101 Ibid, párrafo 229.

como los detalles de su ejercicio, con el fin de entregar a los individuos la protección necesaria en contra de interferencias arbitrarias.<sup>102</sup> En relación a la necesidad de utilizar este recurso en una sociedad democrática, el TEDH reconoció que hay un margen de apreciación que se le entrega a los estados para decidir de qué modo protegen su seguridad nacional, sin embargo, dicho margen debe sujetarse a los límites de la Convención, entre los cuales resulta básico entregar a los individuos garantías suficientes que los protejan contra abusos. En la aplicación de los principios generales al presente caso, la Gran Sala concluyó que las provisiones legales del Estado ruso que rigen la interceptación de las comunicaciones no entregaban garantías adecuadas o efectivas en contra de la arbitrariedad o el riesgo de abuso, elementos que son inherentes a cualquier sistema de vigilancia secreta. Particularmente, las medidas que permitían estos accesos no estaban claramente definidas ni eran públicas y las provisiones para descontinuar la interceptación no entregan las garantías suficientes contra hechos arbitrarios. La ley permitía a su vez el acopio en archivo de datos irrelevantes sin estar claro si ese material será guardado o destruido una vez terminado un juicio. Además, los procedimientos de autorización no aseguraban que estas medidas se aplicaran solo cuando fuese necesario en una sociedad democrática.

## 8. Conclusión

La Gran Sala ha tenido la oportunidad de decidir algunos casos interesantes sobre el derecho a la propiedad de personas desplazadas forzosamente en situaciones de conflicto armado interno; sobre el inicio y el fin de la vida, a saber, la investigación con embriones y eutanasia; y, finalmente, sobre derechos a la integridad y la prohibición de la tortura y de malos tratos por parte de las policías. La mayor cantidad de casos, sin embargo, se concentró sobre la libertad de expresión: cuatro casos sobre responsabilidades de periodistas y de plataformas digitales de noticias, la detención de un periodista que cubría una manifestación, y considerar la negación de un genocidio como un posible crimen. En este plano, la decisión de Delfi SA ha provocado muchas reacciones,<sup>103</sup> desde temores de restricciones a la libertad de

---

<sup>102</sup> Ibid, párrafo 230.

<sup>103</sup> Disponible en: <http://strasbourgobservers.com/2015/06/18/delfi-as-v-estonia-grand-chamber-confirms-liability-of-online-news-portal-for-offensive-comments-posted-by-its-readers/>



expresión, hasta apreciaciones de que el TEDH habría traicionado su propia jurisprudencia.<sup>104</sup>

En este año, más que en los anteriores, se nota una considerable diferencia en la calidad de los fallos, que también ha sido objeto de comentarios de parte de analistas y expertos del sistema europeo. Especialmente, se ha criticado el caso Pentikäinen, pero también surgen preguntas sobre el raciocinio del caso Perinçek, y la dupla de casos Sargsyan y Chiragov. En el primero, sobre la consistencia de condenar a Suiza por haber sancionado penalmente la negación de un genocidio, cuando esto mismo –en relación al holocausto– fue considerado conforme al Convenio en un *obiter dictum* por parte de la misma Gran Sala del TEDH.<sup>105</sup> En Sargsyan y en Chiragov, la crítica se encuentra desarrollada en los votos de los mismos jueces; el tribunal perdió una oportunidad de clarificar la responsabilidad internacional compartida de los Estados y, en cambio, trató de resolver el caso Sargsyan simplemente considerando la eventual responsabilidad de Azerbaiyán, por un argumento meramente formal, ya que el caso no estaba dirigido contra ambos países potencialmente responsables (Armenia y Azerbaiyán). Sin embargo, encontrarse con solamente un Estado demandado no significa que la responsabilidad no podría estar compartida.

Considerando los debates públicos en Europa, surge la pregunta por casos sobre el uso de la burka o del velo islámico en la vía pública. La Gran Sala ya había asentado su criterio en S.A.S. en 2014, indicando que la prohibición total de estos velos en público no contravenía la Convención; un caso sobre el uso del velo en el sector público francés fue decidido en la misma línea,<sup>106</sup> y casos sobre la temática están pendientes en relación a Bélgica.<sup>107</sup> De la misma forma, los casos de discriminación se decidieron en las salas, no en la Gran Sala. Un ejemplo destacable es *Y.Y. contra Turquía*,<sup>108</sup> en el cual se decidió por unanimidad que producto de la negativa del gobierno turco a autorizar una cirugía de reasignación de sexo a una persona transexual,

---

104 Disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.cl/2015/06/delfi-v-estonia-curtailling-online.html>

105 Caso *Léhideux e Isorni contra Francia*, 23 de septiembre de 1998, párrafos 47 y 54.

106 Brems, Eva, “Ebrahimian v France: Headscarf ban upheld for entire public sector”. Disponible en: <http://strasbourgobservers.com/2015/11/27/ebrahimian-v-france-headscarf-ban-upheld-for-entire-public-sector/>.

107 Brems, Eva, “Face veils in Strasbourg bis: The Belgian cases”. Disponible en: <http://strasbourgobservers.com/2015/12/28/face-veils-in-strasbourg-bis-the-belgian-cases/>.

108 Caso *Y.Y. contra Turquía*, sentencia de fecha 10 de Junio de 2015, Versión única en francés, razón principal por la que reportamos el caso aquí.

se había violado el artículo 8 sobre vida privada. El Estado había impuesto como condición para el permiso de la intervención médica que Y.Y. fuera permanentemente impedido de procrear. La Sala indicó que la reasignación de sexo solo constituía un eventual riesgo a la salud de la persona (sujeto al consentimiento informado), pero no un problema de salud pública; por tanto, compromete los derechos individuales de las personas en cuanto a su libertad para establecer su género, que es parte esencial de la autodeterminación de los individuos, y debe ser permitida.

Tampoco se comprende de qué forma podría exigirse que una persona se encuentre imposibilitada de manera permanente para procrear sino someténdola a un procedimiento de infertilidad.<sup>109</sup> Todo lo anterior se tradujo en que esta interferencia no es aceptable desde el punto de vista de la necesidad dentro de una sociedad democrática.<sup>110</sup> Al negar la posibilidad de esta cirugía por tantos años, se vulneró la Convención respecto a su artículo 8 CEDH.

Sorprende que la Gran Sala no tuviera que decidir sobre el fondo de ningún caso de migración, a pesar de la llegada masiva de migrantes y refugiados a Europa en 2015.<sup>111</sup> Sin embargo, pudo archivar tres casos que versaron sobre el principio de no-devolución o la prohibición de expulsión por el derecho a la familia. En los tres casos, los gobiernos habían decidido suspender las expulsiones antes de que la Gran Sala se pronunciara en el fondo.<sup>112</sup> En cambio, a nivel de sala, los jueces se tuvieron que pronunciar sobre casos en la línea de las decisiones en *Tarakhel* y *M.S.S.*, que habíamos comentado en el Anuario anteriormente.<sup>113</sup> Pero lo más sorprendente es que hubo solo 100 casos de medidas cautelares que ordenaron suspender una expulsión de inmigrantes, comparado con 1440 casos de esta índole en 2014.<sup>114</sup> Además, en términos de la aceptación del sistema europeo de

---

109 Ibid, párrafo 116.

110 Ibid, párrafo 121.

111 Ver sobre la crisis de refugiados en 2015, el artículo en este volumen por María Carmen Pérez.

112 TEDH, caso M.E. contra Suecia y W.H. contra Suecia, decisiones de archivo del 8 de abril de 2015; caso *S.J. contra Bélgica*, decisión de archivo de 19 de marzo de 2015.

113 Salvo Nicolosi, "Another episode in the Strasbourg saga on the Dublin system to determine the State responsible for asylum applications". Disponible en: <http://strasbourgobservers.com/2015/02/20/another-episode-in-the-strasbourg-saga-on-the-dublin-system-to-determine-the-state-responsible-for-asylum-applications/>.

114 Marie-Bénédicte Dembour, "Migrants avoidance of the European Court of Human Rights concerns us all". Disponible en: <http://strasbourgobservers.com/2016/02/10/migrants-avoidance-of-the-european-court-of-human-rights-concerns-us-all/>.

derechos humanos, y la legitimidad que se le otorga al TEDH, el Reino Unido sigue al borde de salirse del Convenio por las decisiones que toma, incluyendo una sentencia piloto en *Green y M.T. contra Reino Unido*, relativo a que las personas privadas de libertad no podían ser privadas de su derecho de voto automáticamente.<sup>115</sup> De manera similar, hay oposición en Rusia por un fallo que trata el mismo tema, *Anchugov y Gladkov contra Rusia*, del 2013, y que hasta hoy sigue sin cumplimiento. La prohibición de que las personas privadas de libertad voten, es una norma constitucional que Rusia considera superior a las decisiones del TEDH.<sup>116</sup>

---

115 Ver entrada de blog en <http://johnwadham.com/2016/01/29/bending-the-jurisprudence-and-uk-threats-to-leave-the-echr/>

116 Dzehtsiarou, Kanstantsinyotros, "The Russian response to prisoner voting". Disponible en [http://echrblog.blogspot.cl/2016/04/the-russian-response-to-prisoner-voting.html?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Feed:+blogspot/KCGaBs+%28ECHR+BLOG%29](http://echrblog.blogspot.cl/2016/04/the-russian-response-to-prisoner-voting.html?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+blogspot/KCGaBs+%28ECHR+BLOG%29).

# LA CUESTIÓN DE LA APATRIDIA EN REPÚBLICA DOMINICANA Y SU TRATAMIENTO POR EL SISTEMA INTERAMERICANO

*Felipe González Morales*<sup>1</sup>

## Resumen

La situación de apatridia de dominicanos de origen haitiano y de migrantes haitianos se ha agravado notablemente en los últimos años en República Dominicana. Esta práctica había venido siendo abordada desde los años noventa del siglo pasado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y luego por la Corte Interamericana, pero lejos de subsanarse, se volvió más aguda con una sentencia del Tribunal Constitucional dominicano en 2013, que, de acuerdo a las estimaciones de organismos internacionales, colocó en calidad de apátridas a cientos de miles de personas. Ante esta situación, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos adoptó diversas medidas, incluyendo una visita *in loco*, un informe de país y medidas cautelares de la Comisión Interamericana, así como una sentencia de la Corte Interamericana. El trabajo revisa el desarrollo de estos acontecimientos, así el grado de impacto de las iniciativas adoptadas por el Sistema Interamericano en la situación de apatridia en República Dominicana.

**Palabras clave:** apatridia - República Dominicana - sistema interamericano de derechos humanos - derecho a la nacionalidad - migrantes - discriminación racial.

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Internacional Público y Director del Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Diego Portales. Ex Presidente y ex Relator sobre Migrantes, Refugiados, Apátridas y otras personas en situación de movilidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

## 1. Introducción

En las últimas décadas la comunidad internacional y los organismos internacionales han venido prestando atención creciente a la cuestión de la apatridia, por las graves implicancias que ella conlleva para el ejercicio de los derechos humanos. Los Estados han adoptado por la vía de acuerdos una serie de tratados y medidas para prevenirla y –cuando existe– subsanarla, y las organizaciones internacionales de derechos humanos han emitido numerosos pronunciamientos– por medio de sentencias, resoluciones, medidas urgentes y otros mecanismos– para concluir con esta práctica. Cabe resaltar especialmente los dos convenios generales en la materia: la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954, y la Convención para Reducir los casos de Apatridia, de 1961.

El mencionado proceso de preocupación creciente por la cuestión de la apatridia ha conducido a que efectivamente ella haya sido encarada en una serie de países. Sin embargo, en el continente americano, un Estado donde el problema, lejos de disminuir, ha aumentado significativamente es República Dominicana, afectando a una enorme cantidad de personas dominicanas de ascendencia haitiana. Cabe agregar que la atención internacional que ha convocado la situación de apatridia en ese país ha alertado sobre situaciones de apatridia en otros Estados de la OEA, que si bien la presentan en números mucho menores, también la poseen.

Se trata, en el caso de República Dominicana, de una situación que ha venido incubándose desde hace ya tiempo, agravándose progresivamente, hasta el punto de hacerse crítica en los últimos años, en especial con una sentencia del Tribunal Constitucional en septiembre de 2013.

La Constitución Política de República Dominicana vigente hasta 2010 reconocía la nacionalidad a todas las personas nacidas en su territorio, excepto cuando se trate de hijos de diplomáticos extranjeros o de quienes se hallaren en tránsito. Durante décadas, en aplicación de esta norma, se reconoció la nacionalidad dominicana –entregándoles los documentos de identidad respectivos– a personas hijas de migrantes haitianos, muchos de ellos trabajadores durante décadas en las plantaciones de caña de azúcar. En efecto, se trataba de personas avecindadas en República Dominicana, es decir, que no se hallaban solamente de paso por el país. En la práctica, sin embargo, esto tuvo alcances limitados, ya que en su situación de marginalidad, la gran mayoría de los trabajadores haitianos de las plantaciones no llegaban a solicitar la documentación para sus hijos nacidos en República Dominicana.

En las últimas décadas comenzó a incubarse una nueva interpretación del concepto de extranjero en tránsito en el país y así, primero de manera esporádica y luego de forma más recurrente, las autoridades administrativas empezaron a denegar la documentación a los hijos de migrantes haitianos nacidos en territorio dominicano o la renovación de la misma a personas que ya la poseían.<sup>2</sup>

Esto, en la práctica, dejó a numerosas personas en situación de apatridia y tuvo también un impacto en el ejercicio de una serie de otros derechos humanos, tales como el derecho a la educación y el derecho al trabajo. A través de una serie de casos e informes, la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fueron llamando la atención de la comunidad internacional acerca de la gravedad de esta situación.

En el año 2010, República Dominicana promulgó una nueva Constitución Política, que modificó el derecho a la nacionalidad, añadiendo como excepción a la regla general de *ius soli* a los hijos de quienes “residan ilegalmente en territorio dominicano.”

El caso que produjo el detonante de la crisis más amplia fue el de Juliana Deguis, hija de inmigrantes haitianos, quien, habiendo nacido en territorio dominicano en 1984, poseía la nacionalidad dominicana, según constaba en su partida de nacimiento. Sin embargo, al momento de ir a solicitar un documento de identidad, su solicitud le fue denegada. Si bien en su caso, como en muchos otros, había funcionarios que alegaban un fraude en la obtención original de la documentación, supuestamente ocultando el hecho de que sus padres fuesen haitianos, lo cierto es que su partida de nacimiento consta expresamente que su padre y madre eran haitianos. Lo que realmente sucedió fue que cuando ella nació se respetaba el derecho a la nacionalidad de los hijos e hijas de inmigrantes avecindados, mientras que al momento en que pidió la renovación de su documento de identidad se había desfigurado el sentido de la expresión “extranjero en tránsito” y se la privó de su nacionalidad.

Juliana Deguis presentó su caso en forma individual ante los tribunales, caso que, en último término, concluyó en el Tribunal Constitucional.<sup>3</sup> El asunto cobró un giro inesperado, al pronunciarse dicho tribunal con alcances mucho más allá del caso específico, privando de la nacionalidad dominicana

---

2 Constitución de República Dominicana, artículo 18 N°3.

3 Sobre la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional dominicano, consúltese Prats, Eduardo, *Derecho Constitucional*, (Ius Novum), 2013, pp.503 y ss.

no solo a la requirente sino a muchos miles de personas que no tuvieron la oportunidad de comparecer presentando sus argumentos.<sup>4</sup>

La situación llamó fuertemente la atención de la comunidad internacional, que se expresó a través de diversas vías y mecanismos. Por lo que se refiere al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana efectuó una visita *in loco* a República Dominicana, publicó un documento con las Observaciones Preliminares<sup>5</sup> basado en dicha visita y, más recientemente, un Informe completo<sup>6</sup>, además de adoptar otras iniciativas. Próximamente publicará un Informe completo sobre la situación en materia de derechos humanos y apatridia en República Dominicana. A estos pronunciamientos se suma una serie de decisiones de la propia Comisión, así como de la Corte Interamericana en relación con la cuestión de la apatridia en dicho país durante los últimos 20 años. Cabe añadir que en 2012 el colectivo de las personas apátridas fue expresamente incorporado en el nombre y el mandato de la Relatoría Temática que anteriormente se llamaba Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias, y que pasó a denominarse Relatoría sobre Migrantes, Refugiados, Apátridas, Desplazados Internos y Otras Personas en Situación de Movilidad.

## 2. Primeros antecedentes

República Dominicana y Haití son los dos países que comparten la isla de La Española, en el Mar Caribe, y sus relaciones han pasado por altos y bajos. En República Dominicana se recuerda con frecuencia la ocupación haitiana que tuvo lugar durante más de 20 años en el siglo XIX. Posteriormente, en el siglo XX, y en el contexto de la ocupación de República Dominicana por Estados Unidos, comenzó a hacerse masiva la contratación de trabajadores provenientes de Haití para las plantaciones dominicanas. Esto significó el asentamiento de miles de personas haitianas en territorio dominicano. La gran mayoría de dichos inmigrantes vivían en una situación de gran

---

4 Tribunal Constitucional de República Dominicana, sentencia TC/0168/13, de 23 de septiembre de 2013.

5 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Observaciones Preliminares de la Visita de la CIDH a República Dominicana, 6 de diciembre de 2013.

6 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en República Dominicana, 31 de diciembre de 2015.

marginalidad y extrema pobreza, en los *bateyes* ubicados cerca de las plantaciones.<sup>7</sup>

Como antes mencionamos, la Constitución de 1929 reconocía el derecho a la nacionalidad dominicana a todas las personas nacidas en su territorio, salvo a los hijos de diplomáticos extranjeros y a los de personas en tránsito. En consecuencia, los descendientes de los trabajadores haitianos de las plantaciones tenían derecho a la nacionalidad. Sin embargo, precisamente por su situación de marginalidad y por residir en lugares alejados de las ciudades, en su mayor parte dichos trabajadores no registraban civilmente a sus hijos, los cuales carecían de documentación.

Con el paso de las décadas, y en la medida en que algunos descendientes de haitianos salían de la marginalidad, fueron adquiriendo la nacionalidad dominicana, obteniendo la documentación que lo acreditaba.

Al mismo tiempo, a la inmigración haitiana mediante contratos de las plantaciones se sumó la inmigración irregular. Este hecho, en conjunto a los atavismos derivados de la ocupación haitiana del siglo XIX y a connotaciones racistas, fue produciendo una creciente reacción de sectores nacionalistas, que han llegado a sostener que lo que se pretendería es fusionar República Dominicana y Haití en un solo país.

En dicho contexto, comenzaron a surgir iniciativas para frenar la inmigración haitiana y evitar que los descendientes de haitianos nacidos en territorio dominicano adquirieran la nacionalidad dominicana mediante la reformulación del concepto de migrante en tránsito, asimilándolo a migrantes indocumentados. En esta dirección, una de las primeras iniciativas, desconocida públicamente hasta hace poco, provino de las Fuerzas Armadas. En 1976, el Secretario de dichas Fuerzas, Mayor General Juan Rene Beauchamp Javier, le envió una nota al entonces Presidente de la República, Joaquín Balaguer, alertándole sobre la necesidad de preparar una ley a partir de la cual se pudiese considerar a los migrantes indocumentados como “extranjeros en tránsito”, señalando que:

Se llevó a cabo una reunión de autoridades de la Jefatura del Estado Mayor del Ejército Nacional, en la cual se acordó que la Junta Central Electoral, de acuerdo con la Dirección General de Migración, prepare un proyecto de ley mediante el cual se declaren como extranjeros en

---

<sup>7</sup> Véase, CEFASA y CEFINOSA, *Condición y aportes de la mano de obra de origen haitiano a la economía dominicana* (Ediciones de Premium), 2012.



tránsito a las personas oriundas de otros países que mediante contratos colectivos de trabajo sean traídas al país, mientras dure la vigencia de dichos contratos, lo cual modificaría sustancialmente las leyes de Cédula y Migración en este aspecto, evitando así la expedición de documentos de permanencia en el país a personas que solamente vienen a cumplir con un contrato de trabajo temporero, el cual una vez finalizado, deben retornar a su país de origen<sup>8</sup>

En las décadas siguientes, de manera paulatina y creciente, se les fueron poniendo obstáculos a las personas nacidas en territorio dominicano de origen haitiano, en unos casos para obtener la documentación respectiva y en otros para acceder a su renovación. Ante esta situación, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos fue incrementando su atención al respecto.

Así, en 1996 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) efectuó una visita *in loco* a República Dominicana, la cual tuvo como uno de sus ejes centrales la situación de las personas dominicanas de origen haitiano y los migrantes haitianos. La CIDH poseía una larga historia de seguimiento de la situación en ese país, al punto que suele considerarse que, junto con la Revolución Cubana, la dictadura de Rafael Trujillo –desde 1930 a 1961 en República Dominicana– fue el otro factor central para la creación de la Comisión.<sup>9</sup> En los años sesenta, la CIDH incluso instaló una oficina temporal por un período de más de un año en República Dominicana, lo cual constituye un hecho inédito que no ha vuelto a repetirse respecto de ningún Estado.

Pero en esas iniciativas históricas el objetivo principal era la superación de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos de la población dominicana en general y el establecimiento de un sistema democrático de gobierno. Recién fue en la visita de 1996 que la CIDH tuvo como uno de sus objetivos centrales la cuestión de los derechos humanos de los dominicanos de origen haitiano, precisamente porque las malas condiciones de esos habitantes se habían agudizado.

En el Informe publicado por la CIDH como resultado de la visita de 1996 se señala respecto de la situación de este colectivo y del uso que se viene haciendo del concepto de persona en tránsito:

8 República Dominicana, Comunicación 4411 del Secretario de Estado de las Fuerzas Armadas, Mayor General Juan René Beauchamp Javier al Presidente de la República, Joaquín Balaguer. Santo Domingo, 2 de marzo de 1976.

9 González, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, (Tirant LoBlanch), 2013, p. 31.

[...] en la República Dominicana residen alrededor de 500.000 trabajadores haitianos indocumentados. En numerosos casos se trata de personas que han residido por 20 o 40 años y muchas de ellas han nacido en territorio dominicano. La mayoría enfrenta una situación de ilegalidad permanente que transmiten a sus hijos, quienes no pueden obtener la nacionalidad dominicana, porque de acuerdo a la interpretación restrictiva que hacen las autoridades dominicanas del artículo 11 de la Constitución, son hijos de ‘extranjeros en tránsito’. No es posible considerar en tránsito a personas que han residido por numerosos años en un país donde han desarrollado innumerables vínculos de toda índole.<sup>10</sup>

### 3. Casos y medidas urgentes ante el Sistema Interamericano

Después de la visita *in loco* de la CIDH de 1996 comenzaron a recibirse en la Comisión Interamericana una serie de casos relacionados con la cuestión que nos ocupa. Se trata de casos paradigmáticos, que ilustran el alcance, gravedad y extensión de prácticas que conducen a la privación de la nacionalidad de dominicanos de origen haitiano y a la pérdida correlativa de una serie de otros derechos humanos. También comenzaron a recibirse una serie de solicitudes para tomar medidas urgentes en relación con el tema.

En el año 2000, en las Medidas Provisionales sobre haitianos y dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana, la Corte Interamericana abordó una serie de derechos, señalando que “los antecedentes presentados por la Comisión en su solicitud demuestran *prima facie* una situación de extrema gravedad y urgencia en cuanto a los derechos a la vida, integridad personal, protección especial a los niños en la familia y derecho de circulación y residencia de las personas”.<sup>11</sup> En la parte resolutive de su decisión, además de ordenar medidas para garantizar la vida e integridad de una serie de personas, la Corte dispuso a favor de dos de ellas requerir al Estado que se abstuviera de expulsarlas o deportarlas; respecto de otras dos, que permitiera su retorno

<sup>10</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II.104, doc.49, rev. 1, de 7 de octubre de 1999, párr. 363.

<sup>11</sup> Corte IDH, Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana, Caso de haitianos y dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana, Resolución de 18 de agosto de 2000.

inmediato a territorio dominicano, y en cuanto a otras, que permitiera a la brevedad la reunificación familiar, entre otras medidas.

El más conocido de los casos decididos por la Corte Interamericana en la materia es el de las *Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana*, el cual llegó hasta la Corte y fue decidido por ésta en 2005.<sup>12</sup> Se trataba de dos personas afrodescendientes nacidas en dicho país y de ascendencia haitiana a las cuales se les negaba la nacionalidad dominicana y que corrían el riesgo de ser expulsadas del país. A favor de estas niñas la Comisión había acogido un pedido de medidas cautelares para impedir su expulsión y garantizar su derecho a la educación. Según se señala en el Informe Anual en que se sintetiza dicha medida, “[l]a Comisión requirió al Estado la adopción de las medidas necesarias, a fin de evitar de que fueran expulsadas del territorio de la República Dominicana y que Violeta Bosico no fuera privada del derecho de asistir a clases y de recibir la educación que se brinda a los demás niños de nacionalidad dominicana”.<sup>13</sup>

Según describe un testigo citado por la sentencia, los hechos ocurrieron de la siguiente manera:

La licenciada Thelma Bienvenida Reyes, Oficial del Estado Civil, se negó a aceptar la documentación porque hijos de inmigrantes haitianos no podían ser declarados, ya que sus padres son ilegales. Si los padres son haitianos, los niños también son haitianos, ya que los padres están en tránsito. La Oficial agregó que estas eran órdenes superiores, las cuales tenía por escrito, aunque se negó a mostrar el documento. Ella procedió a comentar sobre la naturaleza “extraña”, “afrodizada” o haitiana de los apellidos de las niñas. Finalmente, la Oficial los dirigió a la Oficina de Migración del Municipio de Cabecera de la Provincia de Monte Plata.<sup>14</sup>

Respecto del alcance de los conceptos “transeúnte” o “en tránsito”, la Corte señaló que “independientemente de la clasificación que se utilice, el Estado debe respetar un límite temporal razonable, y ser coherente con el hecho de que un extranjero que desarrolla vínculos en un Estado no puede

<sup>12</sup> Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

<sup>13</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1999.

<sup>14</sup> Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, ob. cit., párrafo 86 a).

ser equiparado a un transeúnte o a una persona en tránsito”.<sup>15</sup> El Tribunal hace referencia también al Reglamento de Migración vigente al momento de la solicitud de inscripción tardía de nacimiento en el caso de las niñas Yean y Bosico, conforme al cual el transeúnte tiene solamente la finalidad de pasar por el territorio, fijándose para tal efecto un plazo máximo de diez días.<sup>16</sup>

Refiriéndose al caso concreto de las niñas Yean y Bosico, la Corte Interamericana consideró que bajo ninguna circunstancia se les podría aplicar la excepción referente a los hijos de una persona en tránsito para denegarles la nacionalidad dominicana, ya que las madres de las presuntas víctimas poseen dicha nacionalidad y las niñas nacieron en territorio dominicano, por lo que concurrirían los requisitos establecidos en la Constitución para el otorgamiento de la nacionalidad dominicana.

La Corte se refiere además al impacto de la apatridia en las dos niñas, señalando que la vulnerabilidad derivada de ella “comprometió el libre desarrollo de su personalidad, ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de que son titulares se vio imposibilitado”.<sup>17</sup> Además, el tribunal interamericano observó “que el tratamiento discriminatorio impuesto por el Estado a las niñas Yean y Bosico, se enmarca dentro de la condición vulnerable de la población haitiana y dominicana de ascendencia haitiana en la República Dominicana, a la cual pertenecen las presuntas víctimas”.<sup>18</sup>

La Corte resalta tres aspectos de la mayor importancia en relación con el derecho a la nacionalidad de los hijos de personas migrantes en la República Dominicana, basada en la Constitución y la normativa internacional:

- a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad mi-

---

<sup>15</sup> *Ibíd.*, párrafo 157.

<sup>16</sup> La Corte detalla al respecto: “La Sección V del Reglamento de Migración No. 279 del 12 de mayo de 1939 define que “[a] los extranjeros que traten de entrar a la República con el propósito principal de proseguir a través del país con destino al exterior se les concederá privilegios de transeúntes. Estos privilegios serán concedidos aunque el extranjero sea inadmisibles como inmigrante si su entrada no fuese contraria a la salud y al orden público. Al extranjero se le requerirá declarar su destino, los medios que haya escogido para su transporte y la fecha y el lugar de salida de la República. Un período de 10 días se considerará ordinariamente suficiente para poder pasar al través de la República; [ y ] [a] un extranjero admitido con el propósito de proseguir al través del país, se le concederá un Permiso de Desembarco, válido por 10 días [...]” (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 21, folios 364 y 365)”. Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, ob. cit., párrafo 157.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, párrafo 167.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, párrafo 168.

gratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos<sup>19</sup>;

b) el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y  
c) 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.”<sup>20</sup>

La Corte declaró violados sus derechos a la nacionalidad, a la igualdad ante la ley, al nombre, al reconocimiento de su personalidad jurídica y a la integridad personal y señaló, entre otras cosas, que: “[e]l Estado debe adoptar en su derecho interno, dentro de un plazo razonable, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento. Dicho procedimiento debe ser sencillo, accesible y razonable, en consideración de que, de otra forma, los solicitantes pudieran quedar en condición de ser apátridas”.<sup>21</sup>

El caso *Nadege Dorzema y Otros*, decidido algunos años después, no se refería específicamente al derecho a la nacionalidad ni a la cuestión de la apatridia, no obstante lo cual corresponde mencionarlo, ya que da cuenta de las prácticas discriminatorias existentes en República Dominicana respecto de los migrantes haitianos. En este caso se trató de una respuesta desproporcionada del Ejército al hecho de que un camión que llevaba migrantes indocumentados haitianos no se detuviera, causando la muerte o lesiones de muchos de ellos. Posteriormente, aquellas personas que sobrevivieron fueron expulsadas masivamente desde República Dominicana. El tribunal interamericano deja constancias del carácter discriminatorio recibido por los migrantes haitianos<sup>22</sup>.

El caso más reciente decidido por la Corte Interamericana acerca de este tema respecto de República Dominicana fue el de *Personas Dominicanas y*

19 Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 134, citado en Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, ob. cit., párrafo 156.

20 Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, ob. cit., párrafo 156.

21 *Ibíd.*, párrafo 260.8.

22 Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y Otros vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de octubre de 2012.

*Haitianas Expulsadas*, resuelto en 2014.<sup>23</sup> En su sentencia la Corte resalta el deber del Estado de prevenir, reducir y evitar la apatridia, así como el derecho de las personas a la igualdad y no discriminación; el hecho de que el estatus migratorio de los padres no puede transmitirse a sus hijos, y el derecho a la identidad y los derechos del niño (ya que la mayoría de las víctimas lo eran), entre otros aspectos relevantes.

La Corte determinó que se violaron los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad, con relación a los derechos del niño de algunas de las familias expulsadas. Señaló violados además el derecho a la libertad personal, la prohibición de las expulsiones colectivas, así como los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial y de la familia, el derecho a la honra y a la dignidad, y a la igualdad ante la ley. La Corte Interamericana añadió que bajo ninguna circunstancia pueden ser expulsadas personas dominicanas.

Mientras el caso se encontraba en trámite ante la Corte Interamericana, el Tribunal Constitucional dominicano emitió el fallo al cual ya hemos hecho referencia. La Corte Interamericana consideró dicha sentencia interna como un hecho sobreviniente en el caso, ya que al tener el mismo un carácter general o *erga omnes* afectaba también a los peticionarios. En este sentido, la Corte señaló que:

La sentencia TC/0168/13 trae aparejada una medida de carácter general que afectaría a las presuntas víctimas en el goce de sus derechos. Así, privaría de seguridad jurídica en el disfrute de su derecho a la nacionalidad a quienes tienen la nacionalidad dominicana y disponían en el momento en que fueron llevados fuera de República Dominicana (*supra* párrs. 201 y 221), de documentación oficial para acreditar tal calidad: Willian Medina Ferreras, Awilda Medina, Luis Ney Medina, Carolina Isabel Medina y Rafaelito Pérez Charles. Lo anterior, debido a que sus actas de nacimiento o su inscripción en los registros de nacimiento serán sometidos a la revisión de la Junta Central Electoral que podría ser que se encuentren “irregularmente inscritos”. Esto menoscaba, asimismo, los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, y al nombre, así como por el conjunto de dichas violaciones el derecho a la identidad.<sup>24</sup>

23 Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2014.

24 *Ibid.*, párrafo 314.

La sentencia de la Corte Interamericana también se refiere a una ley dictada en 2014 para implementar el fallo del Tribunal Constitucional, cuestión a la que nos referiremos más adelante.

Cabe hacer notar que, luego del fallo de la Corte Interamericana, el Tribunal Constitucional dominicano declaró inconstitucional el instrumento de aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual había tenido lugar 15 años antes, lo cual resulta insostenible desde el punto de vista del Derecho Internacional. En este sentido, en un comunicado de prensa a propósito de la decisión del tribunal dominicano, la Comisión Interamericana señaló que:

Durante los más de 15 años en que ha estado en vigencia la aceptación de la competencia de la CorteIDH, República Dominicana ha actuado en las medidas provisionales y casos contenciosos sometidos a la CorteIDH por violaciones a la Convención Americana que ocurrieron o continuaron ocurriendo con posterioridad al 25 de marzo de 1999. La invocación por parte del Tribunal Constitucional de la excepción contenida en el artículo 46 de la Convención de Viena [sobre el Derecho de los Tratados], conforme al cual una violación manifiesta a una norma interna de ‘importancia fundamental’ puede ser alegada como un vicio del consentimiento, resulta abiertamente incompatible con el derecho de los tratados, particularmente con los principios de buena fe y estoppel. En virtud del principio del estoppel, un Estado que ha adoptado una determinada posición, la cual produce efectos jurídicos, no puede luego asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera y que cambie el estado de cosas en base al cual se guió la otra parte.<sup>25</sup>

25 CIDH condena sentencia de Tribunal Constitucional de República Dominicana, 6 de noviembre de 2014. La Comisión añadió que “[t]ampoco existe base en el derecho internacional para entender que la sentencia del Tribunal Constitucional puede tener efectos en el futuro. La Convención Americana no establece la posibilidad de que un Estado que continúa siendo parte del Tratado se desvincule de la competencia de la Corte Interamericana. Así fue interpretado por la propia Corte, a la que corresponde pronunciarse sobre el alcance de su propia competencia. En palabras de la CorteIDH, en ausencia de referencia explícita, interpretar la Convención en el sentido de limitar el alcance de la competencia de la Corte sería contrario al objeto y fin de la protección internacional de los derechos humanos.” Además, la Comisión expresó “su profunda preocupación frente al pronunciamiento hecho por el Gobierno dominicano el 23 de octubre de 2014, en el sentido de rechazar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) del 28 de agosto de 2014, en el caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/130.asp>

En efecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”<sup>26</sup>, norma que se ve afectada en una situación como la recién descrita al invocarse, luego de muchos años, un supuesto vicio en el procedimiento seguido a nivel interno en República Dominicana. En su Informe de fines de 2015, la Comisión resalta la importancia para este caso del principio de *forum prorogatum*, ampliamente utilizado por la Corte Internacional de Justicia y conforme al cual cuando los Estados “de manera espontánea, realicen actos procesales que solo realizarían como consecuencia de su reconocimiento de la competencia de un órgano jurisdiccional, se entiende que estos han aceptado de manera válida su competencia”<sup>27</sup>.

#### **4. La Sentencia del Tribunal Constitucional de República Dominicana, de septiembre de 2013**

El problema de la apatridia en República Dominicana adquirió una enorme magnitud a raíz del fallo del Tribunal Constitucional de ese país de fecha 23 de septiembre de 2013.<sup>28</sup> En efecto, la decisión de dicho tribunal tuvo un alcance mucho mayor del que se le había originalmente planteado. El asunto llegó a conocimiento del Tribunal Constitucional a propósito de un amparo presentado por Juliana Deguis, nacional dominicana de ascendencia haitiana, a quien, al momento de ir a solicitar su documento de identidad, le fue denegada dicha documentación y se le quitó la copia de su partida de nacimiento.

Su caso resulta paradigmático no solo por las consecuencias que acarreo para miles de personas dado el alcance de la mencionada sentencia, sino por poner de manifiesto que la alegación de fraude por ocultar la nacionalidad haitiana de los padres para la obtención de la documentación dominicana – frecuentemente invocada por las autoridades– era completamente infundada. Juliana Deguis nació en República Dominicana en 1984 y en su partida de nacimiento consta expresamente que tanto su padre como su madre son haitianos, antecedente que no fue obstáculo para que se le reconociera la

<sup>26</sup> Artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados.

<sup>27</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en República Dominicana, ob. cit., párrafo 142. Se han eliminado las referencias a pie de página.

<sup>28</sup> Tribunal Constitucional de República Dominicana, sentencia TC/0168/13, ob. cit.



nacionalidad dominicana. Se trata de algo nada inusual para la época de su nacimiento, ya que por ese entonces aún resultaba excepcional que se cuestionara el derecho a la nacionalidad dominicana de los descendientes de haitianos. Sin embargo, pasadas más de dos décadas –y habiendo cambiado la perspectiva al respecto–, a Juliana Deguis se le negó la renovación de su documentación dominicana basándose en una reinterpretación de las normas.

Juliana Deguis presentó una demanda judicial en contra de la mencionada decisión de la Junta Electoral, la cual culminó en el Tribunal Constitucional. La demanda era en carácter exclusivamente individual, es decir, se refería a su caso específico. No obstante ello, el Tribunal Constitucional, en una decisión sin precedentes, resolvió el asunto con carácter general afectando el derecho a la nacionalidad de miles de personas. El tribunal vino así a consolidar la reinterpretación del concepto de personas transeúntes –equiparándolo a migrantes irregulares– y lo hizo con efecto retroactivo hasta 1929, el año en el que entró en vigor la Constitución que contiene dicha regulación. La decisión tuvo un alcance *erga omnes*, abarcando a todas las personas nacidas en territorio dominicano desde 1929 hasta 2010, año en que, como hemos señalado, la nueva Constitución estableció que no tendrían derecho a ella los hijos de extranjeros en situación migratoria irregular.

Sin entrar todavía a las consideraciones desde el punto de vista de los estándares internacionales en materia de derecho a la nacionalidad, llama la atención el razonamiento del Tribunal Constitucional atendida la evolución de las regulaciones en la materia. En efecto, si la Constitución de 2010, al tiempo que mantuvo como excepción a la regla general de *ius soli* la de ser hijo de persona en tránsito, añadió la de ser hijo de migrante irregular, mal podría interpretarse –sin caer en contradicción– que bajo el texto constitucional vigente entre 1929 y 2010 esta segunda excepción quedara subsumida en la primera, como asumió el Tribunal Constitucional en el caso de Juliana Deguis.

Como antes hemos expuesto, en su sentencia sobre el caso de las Niñas Yean y Bosico, la Corte Interamericana había refutado la interpretación extensiva del concepto de migrante en tránsito que se les había aplicado a ellas. El Tribunal Constitucional en su fallo, no solo no siguió la sentencia de la Corte Interamericana, sino que se refiere a ella para discrepar de su razonamiento y reafirmar su definición amplia de transeúnte, asimilándolo a migrante irregular.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional ordenó que el Plan Nacional de Regularización de Extranjeros en Situación Migratoria Irregular se hiciera extensivo no solo a aquellas personas que se encontraban efectivamente

en dicha situación, sino también a las miles de personas en la situación de Juliana Deguis, es decir, nacidas en territorio dominicano y despojadas de su nacionalidad, que pasaban a ser considerados como migrantes irregulares. En el intertanto, de acuerdo a lo ordenado por el Tribunal Constitucional, debía concedérseles un permiso migratorio temporal. Según señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al proceder así “se desnacionalizó a un amplio grupo de personas nacidas en República Dominicana entre 1929 y 2010”, agregando que “se ha estimado por diversas fuentes, incluyendo fuentes gubernamentales, que serían por lo menos 200.000 las personas afectadas por esta sentencia, aunque su número no está definido”.<sup>29</sup>

Cabe agregar que la sentencia del Tribunal Constitucional dedica un apartado completo a las regulaciones constitucionales de Colombia y Chile, por tratarse de los otros dos países latinoamericanos cuyas constituciones establecen como excepción a la regla del *ius soli* la de ser hijo de extranjero transeúnte.<sup>30</sup> Respecto de Chile, si bien jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema ha establecido que la situación de los inmigrantes en situación irregular no puede asimilarse a la de los transeúntes y que, por lo mismo, sus hijos nacidos en el país tienen derecho a la nacionalidad chilena, hasta hace poco el Registro Civil se negaba a inscribirlos como tales.<sup>31</sup> Últimamente las autoridades políticas han tomado cartas en el asunto, de tal forma que la Dirección de Extranjería emitió una circular dirigida al Registro Civil para que proceda a realizar dichas inscripciones. No obstante, el problema no se encuentra subsanado por completo, ya que existe una cantidad indeterminada de niños y niñas que nacieron antes de que se modificara esta práctica y permanecen en calidad de apátridas. Una investigación en terreno realizada en 2015 en el extremo norte de Chile –por la Clínica de Migrantes de la Universidad Diego Portales, la Clínica de Migrantes de la Universidad Alberto Hurtado y el Servicio Jesuita de Refugiados– encontró 161 niños y niñas en esa situación, cuyos casos fueron presentados ante la Corte Suprema, pero aún no se cuenta con cifras exhaustivas acerca de cuántas personas permanecen en carácter de apátridas en Chile.<sup>32</sup>

29 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Observaciones Preliminares de la Visita de la CIDH a República Dominicana, ob. cit., p.7.

30 Tribunal Constitucional de República Dominicana, sentencia TC/0168/13, ob. cit., apartado 3, titulado “La excepción de hijos de padres extranjeros en tránsito también existe en otras Constituciones latinoamericanas”.

31 Véase, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014*, ediciones Universidad Diego Portales, 2014, pp.351-352.

32 La Segunda, Revista Viernes, *Hijos de extranjeros transeúntes: Niños Sin Bandera*, 27 de noviembre de 2015, pp.12-15.

## 5. La visita *in loco* de la Comisión Interamericana

Unos días después de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional dominicano, la CIDH emitió un comunicado de prensa en el que expresaba su profunda preocupación por dicha resolución.<sup>33</sup> Paralelamente, la Comisión Interamericana iniciaba las gestiones para efectuar a la mayor brevedad una visita *in loco* a República Dominicana y monitorear así la situación en el terreno. Inicialmente el Estado comunicó a la CIDH que por el momento no podría realizarse la visita.<sup>34</sup> La autorización del Estado –indispensable para la visita– se concretó una vez que los países de la Comunidad del Caribe, CARICOM, comenzaron a plantear la gravedad de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Consejo Permanente de la OEA.

La visita tuvo lugar del 2 al 6 de diciembre de 2013 y su objetivo central, según indican las Observaciones Preliminares formuladas por la Comisión al concluir la misma, fue “observar la situación en lo relativo a los derechos a la nacionalidad, la identidad, la igualdad, la no discriminación, así como otros derechos y problemáticas relacionadas”.<sup>35</sup>

La delegación de la CIDH estuvo compuesta por 20 personas, seis de ellas comisionados/as, y, como es habitual en este tipo de visitas, se reunió con autoridades de los diferentes poderes del Estado, instituciones públicas autónomas, organizaciones de la sociedad civil, incluyendo grupos de personas afectadas, académicos, etc. La Comisión Interamericana se dividió en varios grupos para poder cubrir diversos lugares de República Dominicana, entre ellos sectores fronterizos con Haití y una serie de *bateyes*, cercanos a las plantaciones azucareras, donde viven mayoritariamente dominicanos de ascendencia haitiana y migrantes haitianos.

Durante la visita, la Comisión recibió más de dos mil denuncias por situaciones análogas a la de Juliana Deguis, así como solicitudes de medidas cautelares.

En conexión con la cuestión del derecho a la nacionalidad y la apatridia en República Dominicana, durante su visita *in loco* la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constató la existencia de discriminación racial en

33 CIDH expresa profunda preocupación ante sentencia del Tribunal Constitucional de República Dominicana, comunicado de prensa de 8 de octubre de 2013. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/073.asp>

34 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en República Dominicana, 31 de diciembre de 2015, ob. cit., párrafo 8.

35 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Observaciones Preliminares de la Visita de la CIDH a República Dominicana, ob. cit., p.1.

contra de los dominicanos de origen haitiano y los migrantes haitianos. Se trata de una práctica que se enfrenta con una negación social negada por parte importante de la población dominicana, la cual a menudo señala la inconsistencia de tal afirmación con el hecho de que gran parte de la población es, en mayor o menor medida, afrodescendiente. Sin embargo, el fenotipo de los haitianos y de sus descendientes se diferencia claramente del predominante en República Dominicana, lo que sirve de base para su identificación y consecuente discriminación hacia aquellos. En la misma línea que la CIDH, se pronunció al respecto el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU, el cual ha llamado la atención sobre tres aspectos particularmente relevantes en este sentido en dicho país: “la persistencia de racismo estructural y la discriminación basada en el color y origen nacional; el vínculo entre pobreza y racismo en general; y la ‘firme negación’ del Estado de la discriminación racial, que constituye un obstáculo importante en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales”<sup>36</sup>.

Considerando los serios problemas planteados por la sentencia del Tribunal Constitucional, la CIDH señaló que las siguientes deberían ser las características de las medidas a adoptarse para solucionarlo:

- 1) Debe garantizar el derecho a la nacionalidad de las personas que ya tenían este derecho bajo el régimen interno vigente entre 1929 y 2010.
- 2) No se puede exigir que las personas con derecho a la nacionalidad, como aquellas desnacionalizadas bajo la sentencia TC/0168/13, se registren como extranjeros para el reconocimiento de sus derechos.
- 3) Las medidas para garantizar el derecho a la nacionalidad de las personas perjudicadas por la sentencia TC/0168/13 deben ser generales y automáticas. Dichos mecanismos deben ser sencillos, claros, rápidos y justos. No pueden ser discrecionales o implementados en forma discriminatoria.
- 4) Los mecanismos deben ser accesibles en términos económicos.<sup>37</sup>

Cabe hacer notar que un mes luego de la visita, la Comisión Interamericana adoptó medidas cautelares a favor de los integrantes del movimiento

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, p 12.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p 20.

“Reconocido”, organización de la sociedad civil dedicada a la defensa del derecho a la nacionalidad en República Dominicana. Ello en razón de las graves amenazas a la vida y la integridad personal de sus integrantes, a raíz de las protestas realizadas por dicho movimiento en relación con la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional.<sup>38</sup>

En febrero de 2014, la Comisión Interamericana presentó en una sesión del Consejo Permanente de la OEA sus Observaciones Preliminares sobre la visita *in loco*. El hecho de que se haya abierto un espacio para dicho fin en el Consejo Permanente da cuenta de la preocupación sobre la materia, ya que es excepcional que ello ocurra luego de una visita de la CIDH.

Con posterioridad a ello, la Comisión Interamericana ha realizado cuatro audiencias públicas sobre el tema, dando así seguimiento a su visita, manteniendo la visibilidad del asunto y actualizando la información sobre la materia. Como anotáramos, a fines de 2015 la CIDH publicó el Informe basado en su visita *in loco*, al cual se le dará seguimiento por la propia Comisión.

## 6. Evolución de la situación con posterioridad a la visita

Con posterioridad a la visita *in loco* de la CIDH, es decir, durante los años 2014 y 2015, los principales acontecimientos respecto de la situación descrita han sido la adopción de la ley N°169-14<sup>39</sup> y su implementación. Como señaláramos, la sentencia del Tribunal Constitucional de República Dominicana había ordenado la revisión completa de las partidas de nacimiento de aquellos nacidos de padres extranjeros entre 1929 y 2010. Lo que vino a hacer la ley N°169-14 fue distinguir a tales efectos dos grupos. El primero de ellos, denominado “Grupo A”, compuesto por aquellas personas que, habiendo nacido en territorio dominicano y siendo hijos de inmigrantes indocumentados, poseyeran o hubieran poseído la documentación dominicana.<sup>40</sup> El segundo grupo, denominado “Grupo B”, integrado por

38 Medida Cautelar. MC 408/13, Integrantes del Movimiento “Reconocido” (República Dominicana), 30 de enero de 2014.

39 Ley N°169-14, de 23 de mayo de 2014.

40 Literalmente, la letra a) del artículo 1 de la Ley N°169-14 señala que integran el grupo los “hijos de padres y madres extranjeros no residentes nacidos en territorio nacional entre el 16 de junio de 1929 y el 18 de abril de 2007 inscritos en los libros del Registro Civil dominicano en base a documentos no reconocidos por las normas vigentes para esos fines al momento de la inscripción”.

personas en similar situación a las del Grupo A, con la diferencia de no haber poseído nunca documentación dominicana.<sup>41</sup>

Respecto del Grupo A, el artículo 2 de la ley N°169-14 establece que “la Junta Central Electoral procederá a regularizar y/o transcribir en los libros del Registro Civil, libre de todo trámite administrativo a cargo de los beneficiarios, las actas de las personas que se encuentren en el literal a) del artículo anterior”.

En relación con el Grupo B, la ley dispone que las personas que se encuentren en esa situación pudieran inscribirse en el libro de extranjeros previsto en la Ley General de Población, para posteriormente postular a acogerse al Plan Nacional de Regularización de Extranjeros en situación migratoria irregular, todo ello dentro de plazos breves. Transcurridos dos años desde que se acojan al mencionado Plan, las personas podrán optar por la naturalización.

La ley implicó un avance respecto de la situación producida por la sentencia del Tribunal Constitucional, no obstante lo cual presenta serios problemas. En este sentido el Informe de la CIDH señala que “la Comisión reconoce que el Estado ha realizado acciones para responder a la situación de las personas afectadas por la sentencia 0168/13”, añadiendo que aunque “rechaza los fundamentos que subyacen a la ley N°169-14, reconoce la importancia práctica del procedimiento establecido para restituir la nacionalidad dominicana a los hijos de padres y madres extranjeros no residentes nacidos en el territorio dominicano y que fueron inscritos en los libros del Registro Civil, es decir las personas del Grupo A”.<sup>42</sup>

Como una observación general, corresponde hacer notar que en ningún pasaje la ley reconoce la afectación del derecho a la nacionalidad, señalando, en cambio, que “el Tribunal Constitucional puso de manifiesto una deficiencia del Estado dominicano que perduró en el tiempo y se extendió en todo el territorio nacional, lo que causó que un determinado número de personas nacidas en territorio dominicano recibiera del propio Estado dominicano la documentación, que hizo presumir que se trataba de nacionales dominicanos, en base a lo cual desarrollaron su vida civil con certezas y expectativas concretas en función de esa condición”.<sup>43</sup>

41 La letra b) del artículo 1 de la mencionada ley establece que se trata de los hijos “de padres extranjeros en situación irregular que habiendo nacido en el territorio nacional no figuren inscritos en el Registro Civil dominicano”.

42 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en República Dominicana, 31 de diciembre de 2015, pág.15.

43 Ley N°169-14, Considerando 3°.

Tampoco se concreta a través de la ley la restitución automática de la nacionalidad, como lo habían planteado la CIDH y ACNUR.<sup>44</sup> Tanto el Grupo A como el B deben transitar por una fase en la cual carecen de nacionalidad y se hallan en una situación de apatridia. La afectación es mayor en el caso de los miembros del Grupo B, ya que la tramitación se prolonga mucho más en el tiempo y la decisión es más incierta.

En cuanto al alcance de la nacionalidad que podría obtenerse, este no es claro respecto del Grupo A y resulta a todas luces insuficiente en cuanto al Grupo B. La ley N° 169-14 no indica si acaso la nacionalidad de los integrantes del Grupo A será considerada de origen o adquirida. En el segundo supuesto, ella podría ser eventualmente revocada y presentaría limitaciones, por ejemplo, en materia de derechos políticos. Respecto de los integrantes del Grupo B, la nacionalidad que eventualmente puedan obtener, será indudablemente adquirida, ya que en una primera fase tendrán el estatus de migrantes regulares.

Como antes apuntáramos, en el caso *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, la Corte Interamericana abordó en su sentencia la ley N° 169-14, considerándola como un hecho sobreviniente, al afectar a los peticionarios. El fallo establece que dicha ley, “al igual que la sentencia TC/0168/13 en la cual se basa, parte de considerar extranjeras a las personas nacidas en territorio dominicano que sean hijas de extranjeros en situación irregular. Ese entendimiento, aplicado a personas que nacieron antes de la reforma constitucional de 2010, implica en los hechos, una privación retroactiva de la nacionalidad”.<sup>45</sup> Ello –indica la Corte– implica un obstáculo a la plena vigencia del derecho a la nacionalidad de las víctimas. Añade la Corte –refiriéndose a las personas que integran el llamado Grupo B– que la necesidad de que ellas se sometieran a un plan de regularización de extranjeros, que puede eventualmente conducir a un proceso de naturalización, “por definición, es contrario a la adquisición de la nacionalidad de pleno derecho por el hecho del nacimiento en territorio estatal”. “Si bien lo anterior –continúa la sentencia– aparentemente podría tener por resultado que las personas en cuestión ‘adquieran’ la nacionalidad dominicana, ello, precisamente, resulta de darles un trato de extranjeros que no se condice

44 ACNUR insta a República Dominicana a restituir la nacionalidad a ciudadanos de origen haitiano, 5 de diciembre de 2013. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=28184#\\_v189\\_VKFOUK](http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=28184#_v189_VKFOUK)

45 Corte IDH, *Caso Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2014, párrafo 323.

con la plena observancia de su derecho a la nacionalidad al que debieron acceder desde su nacimiento. Por tanto, someter a las personas referidas a una posibilidad, sólo por un limitado tiempo, de acceder a un proceso que eventualmente puede derivar en la ‘adquisición’ de una nacionalidad que en realidad ya deberían detentar, implica someterlas a un obstáculo en el goce de su derecho a la nacionalidad”.<sup>46</sup>

En el mismo sentido se pronuncia la Comisión Interamericana en su informe, observando que “no puede dejar de expresar su rechazo a que personas nacidas en territorio dominicano y que de conformidad con la legislación dominicana les correspondía la nacionalidad dominicana sean tratadas como extranjeras y que la opción que se les dio para volver a contar con la nacionalidad dominicana sea optar a la naturalización tras un plazo de 2 años de haberse regularizado de conformidad con el Plan Nacional de Regularización de Extranjeros en Situación Migratoria Irregular”.<sup>47</sup>

En el mismo sentido, el Comité de Derechos del Niño de la ONU emitió un pronunciamiento, sobre la inconsistencia de la ley N°169-14 con la Convención sobre Derechos del Niño.<sup>48</sup>

En lo que se refiere a la implementación de la mencionada ley, en primer lugar, en lo relativo al Grupo A, la Junta Central Electoral procedió a revisar la situación de todas las personas que se hallaran en esa situación. En mayo de 2015, el Presidente de dicho organismo anunció que, respecto de este grupo, se habían revisado las partidas de nacimiento de 60.089 personas, de las cuales 27.510 habían sido “autorizadas”, 25.378 habían sido “transcritas”, 4391 continuarían bajo investigación, y 2678 se hallaban en proceso de ser reconstruidas. No existe claridad acerca de lo que, en este contexto, significa “autorizada” o “transcrita”. Para Amnistía Internacional, pareciera ser que las personas que tengan su partida transcrita recibirán un certificado de nacimiento que no hará referencia al hecho de que ellas se hallaban anteriormente registradas, agregando que “[n]o existe una definición precisa sobre el mecanismo de ‘transcripción’ ni base legal para ello en la legislación

---

46 *Ibid.*, párrafo 324.

47 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en República Dominicana (2015), *ob. cit.*, p.15. Añade la Comisión: “Dado que la solución que prevé la Ley 169-14 para las personas del Grupo B ha sido considerarlas como extranjeras, decenas de miles de personas y sus descendientes continúan sin que se les haya restituido su nacionalidad y por ende sin que se les haya reparado efectivamente por la privación arbitraria de la nacionalidad y la situación de apatridia en la que fueron dejadas tras la sentencia TC/0168/13.” (*idem*)

48 Comité de Derechos del Niño, Concluding Observations on the combined third to fifth periodic report of the Dominican Republic, (CRC/C/DOM/CO/3-5), 4 de febrero de 2015, párrafos 27-28.



dominicana, lo cual podría dar lugar en el futuro a interpretaciones arbitrarias y discriminatorias”.<sup>49</sup>

La situación de la implementación de la ley N°169-14 respecto del denominado Grupo B es mucho más grave, ya que solo un pequeño porcentaje de las personas que se estima se hallan potencialmente dentro de este grupo, han completado la tramitación requerida. De acuerdo a cifras oficiales, 8755 personas lo han hecho. Aunque solo existen estimaciones acerca de la cantidad de personas que se hallan potencialmente dentro de este grupo, usualmente se las cifra en alrededor de 200.000.

Cabe agregar que en su informe publicado a fines de 2015, la Comisión Interamericana formula a República Dominicana una serie de recomendaciones respecto del derecho a la nacionalidad y la prevención de la apatridia.<sup>50</sup>

## 7. Conclusión

Debido al incremento sostenido de las normativas y prácticas que conducen a una situación masiva de apatridia en República Dominicana, resulta difícil pensar que, a pesar del conjunto de iniciativas emprendidas desde el ámbito internacional al respecto, se vaya poder avanzar hacia una solución expedita del problema.

49 Amnesty International, *Without Papers, I Am No One: Stateless in the Dominican Republic*, Londres, 2015, pág.28.

50 Entre las recomendaciones se encuentran las siguientes:

“1. 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 práctica, 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.

2. 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, no discriminatorio 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.

3. Adoptar, a la brevedad posible, 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.

4. Adoptar, a la brevedad posible, las medidas necesarias para garantizar el derecho a la nacionalidad de las personas que ya tenían este derecho bajo el régimen interno vigente entre 1929 y 2010. Las medidas para garantizar el derecho a la nacionalidad de las personas perjudicadas por la Sentencia 16813 deben ser generales y automáticas. Dichos mecanismos deben ser sencillos, claros, rápidos y justos. No pueden ser discrecionales o implementados en forma discriminatoria. Los mecanismos deben ser accesibles en términos económicos.

5. Garantizar que no se exija que las personas que tenían derecho a la nacionalidad dominicana, pero que no figuraban inscritas en el Registro Civil dominicano, se tengan que registrar como extranjero tal como lo dispone el artículo 6 de la Ley N°.169-14.” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en República Dominicana, ob. cit., párrafo 131).

En lo que se refiere al Sistema Interamericano, será, por una parte, relevante el papel que desempeñe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dando seguimiento a su Informe recientemente emitido y continuando con sus labores de monitoreo y, por otra, se deberá estar atento a la actitud que asuma el Gobierno dominicano en relación con la cuestión del reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesta en tela de juicio a fines de 2014 por el Tribunal Constitucional de República Dominicana, sin que hasta la fecha se registre un pronunciamiento del Ejecutivo. Como con posterioridad a la toma de posición sobre esa materia por el Tribunal Constitucional no ha llegado ningún caso a la Corte Interamericana en relación con el Estado dominicano, el Ejecutivo no se ha visto puesto en la encrucijada de pronunciarse.

A los aspectos anteriores hay que añadir el papel que jueguen los órganos políticos de la OEA, que eventualmente podrían llegar a tener mucha relevancia. Habrá que ver en este sentido qué eco encuentra en dichos órganos el Informe reciente de la CIDH y si acaso ello conduce a que los órganos políticos refuercen su seguimiento de la situación.

## 3.000 NIÑOS ESPERANDO SU NACIONALIDAD. LA NECESIDAD DE CONTAR CON REMEDIOS COLECTIVOS PARA RESOLVER VULNERACIONES INDIVIDUALES DE DERECHOS

*Claudio Fuentes Maureira*<sup>1</sup>, *Víctor Hugo Lagos*<sup>2</sup>,  
*Delfina Lawson*<sup>3</sup> y *Macarena Rodríguez*<sup>4</sup>

### Resumen

Como consecuencia de una interpretación equivocada de lo establecido en la Constitución Política de la República en materia de adquisición de nacionalidad, el Estado desconoció la nacionalidad chilena a aproximadamente 3.000 niños y niñas por la situación migratoria de sus padres. Actualmente esos niños y niñas, se encuentran en riesgo de apatridia. En el año 2015, la Clínica de Migrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, la Clínica Jurídica de Inmigrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado y el Servicio Jesuita a Migrantes iniciaron un trabajo colaborativo para abordar esta situación. El artículo describe las actividades realizadas por las tres instituciones, y refleja la forma en que, a través del desarrollo de una iniciativa de litigio estratégico, se abordó la vulneración del derecho a la nacionalidad de 167 niños y niñas. Finalmente, a raíz de la

---

1 Claudio Fuentes Maureira es abogado y Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Diego Portales. Master of the Science of Law (J.S.M.) Stanford University. Profesor de derecho procesal e investigador, UDP. Correo electrónico: claudio.fuentes@mail.udp.cl

2 Víctor Hugo Lagos Lasch es abogado y Máster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la Universidad Diego Portales. Actualmente se desempeña como abogado litigante y profesor de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados y como docente de pre-grado de la misma Universidad. Correo electrónico: lagos.victorhugo@gmail.com

3 Delfina Lawson es abogada de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente se desempeña como investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, y como profesora a cargo de la Clínica de Migrantes y Refugiados de dicha universidad. Correo electrónico: delfina.lawson@mail.udp.cl

4 Macarena Rodríguez Atero es abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Actualmente se desempeña como directora de la Clínica Jurídica de la Universidad Alberto Hurtado y directora de carrera en la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Correo electrónico: mrodrigu@uahurtado.cl

vulneración sistemática del derecho a la nacionalidad, el artículo plantea la necesidad de contar con remedios colectivos para abordar las vulneraciones individuales de derechos, y hace un recorrido por las diferentes alternativas para ello.

**Palabras clave:** nacionalidad - apatridia - *ius soli* - hijo de extranjero transeúnte - litigio estratégico - clínicas jurídicas - reclamo de nacionalidad - litigación colectiva - legitimación colectiva - remedios colectivos.

## 1. Introducción

La Constitución Política de la República reconoce el derecho a la nacionalidad chilena a todas las personas nacidas en su territorio, con la excepción de los hijos de extranjeros que se encuentran en Chile al servicio de su gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes (artículo 10). Una interpretación equivocada del concepto de “extranjero transeúnte” por parte de las autoridades administrativas, desconoció este derecho a miles de niños que en la actualidad residen en el país y cuyos certificados de nacimiento registran la inscripción de “hijo de extranjero transeúnte” (en adelante, HET).

Durante el año 2015, la Clínica de Migrantes y Refugiados del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, la Clínica de Atención a Inmigrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado y el Servicio Jesuita a Migrantes decidieron abordar esta situación en forma conjunta y coordinada de manera de aunar los esfuerzos de incidencia, investigación, trabajo comunitario y litigio estratégico para lograr una solución lo más amplia posible para todas las personas.

De acuerdo a información provista por el Registro Civil (en adelante, SRCEI) a través de una respuesta a una solicitud de acceso a la información, hasta octubre de 2014 había 2.843 personas inscritas como HET. De este total, 1.340 inscripciones fueron realizadas en la I Región de Tarapacá y en la XV Región de Arica y Parinacota.<sup>5</sup>

Lo que las organizaciones buscaban era, por una parte, resolver la situación individual de todas las personas con las que habían tenido contacto durante el proyecto (un total de 167), pero por otra parte, involucrar al Poder

---

<sup>5</sup> Información obtenida mediante solicitud de acceso a la información cursada al SRCEI N°AK002W004336

Judicial para forzar al Estado a generar un remedio colectivo para todas las personas que se encuentran en Chile afectadas por el desconocimiento de su nacionalidad. En otras palabras, que la sentencia no beneficiara solamente a las personas individualizadas en la acción, sino a todos los HET en Chile.

El caso supuso muchos desafíos de distinta índole: jurídicos, sociales, éticos, económicos, entre otros. Algunos de ellos habían sido previstos desde el inicio, pero muchos de ellos fueron surgiendo con el desarrollo del proyecto. Este artículo busca reflejar estos desafíos, el diseño y desarrollo del litigio estratégico y las necesidades que existen en materia de remedios colectivos en Chile.

## **2. El derecho a la nacionalidad: su reconocimiento e interpretación a nivel interno e internacional y la vulneración del derecho<sup>6</sup>**

El derecho a la nacionalidad es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano. La nacionalidad es la identificación jurídica de una persona con un Estado determinado. Se trata de un vínculo recíproco, por cuanto importa el sometimiento del nacional al derecho y eventual competencia personal de su Estado por una parte, y el otorgamiento de la protección de ese Estado, por la otra.<sup>7</sup>

El Estado, dentro de sus potestades y del ejercicio de su soberanía, puede fijar los requisitos en materia de adquisición de la nacionalidad. Sin embargo, actualmente esta facultad se encuentra limitada por la evolución del derecho internacional y en particular por los compromisos asumidos por el Estado en materia de protección de los derechos humanos.<sup>8</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha señalado al respecto:

---

6 En este texto se ha utilizado parte del artículo de las mismas autoras “Nacionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, Colecciones Jurídicas de la División de Estudios de la Corte Suprema y de la Contribución a la Observación General Conjunta CDN-CTM sobre los derechos humanos de la niñez en el contexto de la migración internacional, elaborado por la Clínica Jurídica de la Universidad Alberto Hurtado, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales y Servicio Jesuita a Migrantes, entre otras organizaciones.

7 Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, (Konrad Adenauer Stiftung) 2005, p. 193.

8 Brotóns, Antonio, *Derecho Internacional*. (Tirant Lo Blanch) 2007, p. 822: “...se ha sostenido desde ciertos sectores doctrinales, sin que tales posiciones encuentren decidido apoyo en la práctica estatal, que la normativa internacional sobre derechos humanos, al concebir la nacionalidad como un derecho fundamental de la persona humana, erige nuevas limitaciones a la competencia de los Estados para legislar sobre la materia”.

[l]a nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos. [...] En efecto, de la perspectiva doctrinaria clásica en que la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, se va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana.<sup>9</sup>

El derecho a la nacionalidad se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales,<sup>10</sup> entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), y la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN). Este último instrumento garantiza y protege el derecho de todo niño a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento; el derecho al nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.<sup>11</sup> Asimismo, la Convención señala que los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.<sup>12</sup>

9 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 4-84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, párrafos 32 y 33

10 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, artículo 15), Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, artículo 24), Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación (CERD, artículo 5), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, artículo 9), la Convención para la protección de los trabajadores migrantes y sus familias (artículo 29), la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (artículo 18), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, artículo 7), y en el sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, artículo.20) y Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo XIX)

11 CDN, artículo 7.1

12 CDN, artículo 7.2

El artículo 20.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que una persona nacida en el territorio de un Estado tiene derecho a la nacionalidad de ese Estado “si no tiene derecho a otra”. La Corte IDH ha interpretado dicho artículo señalando lo siguiente: “Este precepto debe ser interpretado a la luz de la obligación de garantizar a toda persona sujeta a la jurisdicción estatal el ejercicio de los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención. Por lo tanto, 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”.<sup>13</sup> Para determinar si la persona tiene derecho a otra nacionalidad, el Estado debe considerar los aspectos fácticos que podrían obstaculizar el acceso a otra nacionalidad.<sup>14</sup> Por lo tanto, la eventual nacionalidad de otro Estado (a los fines de que no opere la obligación del Estado territorial), no debe ser una mera hipótesis o conjetura, sino una realidad efectiva, que debe tener lugar inmediatamente.<sup>15</sup> Ello sentado, el hecho de que el niño tenga *de iure* la posibilidad de acceder a una nacionalidad –vgr., porque las leyes del Estado del que sus padres son nacionales reconoce el criterio *ius sanguini*–, no basta. Debe haber, materialmente, una posibilidad concreta de que el niño o niña acceda a un vínculo efectivo de nacionalidad.

A nivel interno, el derecho a la nacionalidad se encuentra contenido en el artículo 10 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR). Allí se reconoce que son chilenos y chilenas “1°.- Todos los 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 [...]”.<sup>16</sup>

13 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2014.

14 *Ibíd.*, párrafo 261.

15 En respuesta al alegato de la República Dominicana según el cual las víctimas no presentaban riesgo de eventual apatridia en función de las normas *ius sanguini* presentes en la Constitución haitiana, (lo que la eximiría de otorgar su nacionalidad en función del art. 20.2), la Corte refirió un peritaje rendido en el trámite del caso en el sentido indicado: “...la perita Julia Harrington... expresó que ‘una nacionalidad teórica disponible en otro Estado no constituye ciudadanía en ese Estado. Si bien puede pensarse que una persona posee o puede obtener otra nacionalidad por sus antecedentes étnicos o nacionales, no puede presumirse que tenga esa nacionalidad a menos que se halle en posesión de una prueba o reconocimiento de la misma. En particular, la posibilidad de reclamar otra nacionalidad no constituye nacionalidad por sí misma’ ... La Corte entiende que las consideraciones efectuadas por la perita resultan adecuadas también para el examen de las obligaciones estatales bajo los artículos 1.1 y 20 de la Convención Americana”, *Ibíd.*, p. 105, nota a pie N° 344.

16 El destacado es nuestro.

Hasta el año 1995, el Ministerio del Interior entendió que la condición de extranjero transeúnte estaba asociada a una estadía transitoria, de paso, y por ello exigía a los padres un tiempo de vecindamiento en el país igual o superior a un año –anterior al nacimiento del niño o niña– para considerar al niño o niña, como chileno o chilena. En el año 1995, la autoridad administrativa modificó este criterio incluyendo dentro de la categoría HET a los niños cuyos padres se encontraran en condición migratoria irregular al momento de su nacimiento, sin considerar, por lo tanto, el tiempo ni el ánimo de permanencia en el país.

El documento que dio cuenta de este cambio señalaba que “existía la necesidad de explicitar el concepto constitucional de extranjeros transeúntes mientras no se promulgara la ley correspondiente, por lo que a su juicio, interpretándolo en su sentido natural y obvio, extranjeros transeúntes son aquellos que se encuentran en el país en una situación de residencia transitoria, como los turistas o tripulantes, o en forma irregular en el territorio nacional”.<sup>17</sup>

Por su parte, y dando cumplimiento a las indicaciones entregadas a través del respectivo oficio, el SRCel dictó diversas circulares tendientes a detallar la manera y los casos en que debían efectuarse las inscripciones de nacimiento de los hijos de extranjeros y, particularmente, de los hijos de extranjeros cuyos padres se encontraran de manera irregular en el país.<sup>18</sup>

Durante los años en los que se utilizó esta interpretación administrativa, se inscribieron en Chile al menos 2.843 personas como HET, tal como fuera señalado en la introducción. En otras palabras, el Estado desconoció la nacionalidad chilena de casi 3.000 niños y niñas al momento de su nacimiento, simplemente porque sus padres se encontraban en situación migratoria irregular en el país.

La inscripción como HET es la materialización del desconocimiento del derecho a la nacionalidad chilena que les corresponde a los niños y niñas nacidos en el territorio chileno y, por ende, se produce la vulneración de distintos derechos fundamentales, como el derecho a la educación, a la salud y a la identidad. Las personas inscritas como HET deben obtener una visa para residir en el país como extranjeros, hasta que cumplan la mayoría de edad. En

---

<sup>17</sup> Lo anterior consta en el Oficio N° 6241 del Ministerio del Interior, de fecha 25 de octubre de 1995.

<sup>18</sup> Dan cuenta de ello la Circular DG N° 51/95 de 26 de octubre de 1996; Circular DG N° 05/96, de 14 de abril de 1996; Circular DG N° 28/96 de 23 de julio de 1996; Ordinario N° 735 de 21 de octubre de 1999; Circular DN N° 20/99 de 22 de octubre de 1999; Circular DN N° 20/08, de 1 de octubre de 2008 y la Circular DN N° 18/09 de 7 de mayo de 2009, todas del SRCel.



muchos casos, tampoco acceden a otra nacionalidad, como podría ser a la de sus padres. Por lo tanto, permanecen en riesgo de apatridia durante muchos años, e incluso en algunos casos durante todas sus vidas.

El desconocimiento de la nacionalidad de los niños y niñas por la situación migratoria de sus padres vulnera principios fundamentales del sistema de protección de los derechos humanos como el de no discriminación, el interés superior del niño y el derecho a la identidad, entre otros. Los órganos que supervisan el cumplimiento de los tratados se han pronunciado en numerosas oportunidades acerca de la universalidad de los derechos humanos, entendiéndose que su ejercicio debe ser garantizado a todas las personas sin importar (entre otros motivos) su nacionalidad o su situación migratoria.<sup>19</sup>

Asimismo, como analizaremos en el siguiente acápite, esta interpretación es contraria al criterio sostenido por la Corte Suprema en reiterados reclamos de nacionalidad interpuestos durante los últimos años.

Por último, con el desconocimiento de la nacionalidad de niños y niñas se cierra también una posibilidad de regularización de sus padres, quienes no pueden optar en este caso a una de las categorías de residencia que la legislación nacional contempla: la residencia temporaria por vínculo con chileno.

### **3. Avances en materia de acceso a la nacionalidad hasta el año 2015**

Durante los últimos años, la comunidad internacional y las organizaciones académicas y de la sociedad civil del país han abordado la situación de las personas a quienes se les desconoció su derecho a la nacionalidad chilena con mayor intensidad. Así, entre los años 2012 y 2014, la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y la Clínica de Inmigrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado presentaron varios reclamos de nacionalidad ante la Corte Suprema de Justicia.

Los Comités que supervisan el cumplimiento de los tratados se han referido a este tema en sus observaciones sobre el Estado chileno. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés) ha manifestado su preocupación por esta práctica sistemática y sugiere al Estado asegurar, en una futura ley de migraciones, que los niños cuyos

---

<sup>19</sup> Corte IDH, *caso de las Niñas Yean y Bosico con República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130

padres se encontraban en situación migratoria irregular al momento de su nacimiento, puedan acceder a la nacionalidad chilena.<sup>20</sup> En este mismo sentido, el Comité CDN, en sus Observaciones Finales del año 2015, recomienda al Estado chileno que “revise y enmiende su legislación para que todos los niños nacidos en su territorio, que de otra manera serían apátridas, puedan adquirir la nacionalidad chilena en el momento de su nacimiento, independientemente de la condición de inmigrantes de sus padres”.<sup>21</sup> Asimismo, el Comité le recomienda al Estado que ratifique la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954) y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia (1961). Idénticas sugerencias han realizado el Comité de los Derechos de los Trabajadores Migratorios<sup>22</sup> y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.<sup>23</sup>

En el ámbito judicial interno, durante los últimos años, la Corte Suprema ha sostenido en diferentes fallos, en forma reiterada, que el concepto de extranjero transeúnte debe ser entendido en “su sentido natural y obvio”, según lo dispuesto por el artículo 20 del Código Civil.<sup>24</sup> Sobre el particular, el Diccionario de la Real Academia atribuye al término “transeúnte” el significado de “el que transita o pasa por algún lugar, que está de paso, que no reside sino transitoriamente en un sitio (...)”. En este contexto se estima indubitablemente transeúntes a los turistas y tripulantes, pero aquellas personas que demuestran un ánimo de permanencia en el país no pueden ser consideradas como “extranjeros transeúntes”.<sup>25</sup>

Como resultado de la interposición de estos reclamos de nacionalidad, y del trabajo de incidencia de las organizaciones dedicadas a la defensa y promoción de los derechos de las personas migrantes, el Ministerio del Interior

---

20 Comité CERD, Observaciones finales sobre Chile, CERD/C/CHL/CO/19-21, párrafo 18.

21 *Ibid.*, párrafo 33 a y b

22 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, observaciones finales sobre Chile, 2011, CMW/C/CHL/CO/1, párrafo 33.

23 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, observaciones finales sobre Chile, 2012, CEDAW/C/CHL/CO/5-6, párrafo 27 a y b.

24 Código Civil de la República, “Artículo. 20. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

25 Corte Suprema, Rol 12.551-2013, sentencia de fecha 7 de marzo de 2013; Rol 10.897-2013, sentencia de fecha 14 de enero de 2014; Rol 9.422-2013, sentencia de fecha 6 de enero de 2014; Rol 5.482-2013, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2011; Rol 4.108-2013, sentencia de fecha 16 de septiembre de 2013; Rol 300-2013, sentencia de fecha 29 de abril de 2013 y Rol 9.168-2012, sentencia de fecha 11 de marzo de 2013.

y Seguridad Pública, a través de su Departamento de Extranjería y Migración, reconoció que la interpretación administrativa que se utilizaba desde el año 1995 no era la correcta. Se señaló públicamente que los únicos que deben ser inscritos como hijos de extranjeros transeúntes son los niños y niñas cuyos padres efectivamente se encontraban en tránsito en el país al momento de su nacimiento, como podría ser el caso de los turistas y tripulantes.

En efecto, en el oficio N° 27601 de 14 de agosto de 2014 se señala que “... [A] tratarse de una excepción al principio constitucional de *ius solis*, el precepto [constitucional] en comento debe interpretarse en forma restrictiva. Por lo anterior, no corresponde extender la aplicación del concepto de transeúnte a situaciones que no se encuadren estrictamente en el marco fáctico mencionado, como lo es la eventual irregularidad migratoria de los padres (...)”.

Este cambio en la interpretación de la autoridad, constituye una evolución significativa en la materia, sin embargo, es un acto administrativo que no deja sin efecto la mencionada resolución del año 1995 y que no resuelve ni repara la vulneración del derecho que se produjo a través del desconocimiento de la nacionalidad chilena de los miles de niños, niñas (algunos de ellos ya adultos) y que se encuentran inscritos como HET. Lo anterior significa que todos los niños/as inscritos erróneamente bajo este criterio persisten en la misma situación.

Un número muy pequeño de personas logró el reconocimiento de su nacionalidad chilena a través de los reclamos de nacionalidad. La Constitución consagra dicha acción en su artículo 12, señalando que puede ser interpuesta por la persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca. Lo cierto es que por razones económicas, de ubicación geográfica, de escaso acceso a asesoría jurídica y de desconocimiento de los efectos de la inscripción como hijo de extranjero transeúnte, ha sido una acción muy poco utilizada por los afectados de manera individual. Muestra de ello es que entre enero de 2008 y julio de 2013, solo se fallaron 13 recursos de reclamación de nacionalidad.

Desde el cambio de criterio interpretativo, un número de personas ha logrado el reconocimiento de su nacionalidad chilena a través de una solicitud administrativa. Sin embargo, al igual que en los reclamos de nacionalidad, el procedimiento administrativo no ha sido utilizado masivamente por falta de información, impedimentos económicos o por la imposibilidad de reunir los documentos que son requeridos por la autoridad administrativa.

#### **4. La estrategia jurídica: el reclamo de nacionalidad como remedio colectivo a vulneraciones individuales**

Frente a la situación descrita en los párrafos precedentes, la Clínica de Atención a Inmigrantes de la Universidad Alberto Hurtado, la Clínica de Migrantes y Refugiados del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, y el Servicio Jesuita a Migrantes, decidieron abordar en forma conjunta y coordinada la situación de los HET a quienes se les había desconocido erróneamente su nacionalidad al momento del registro de nacimiento.

Ambas Clínicas ya habían entablado exitosamente reclamos de nacionalidad en años anteriores, pero en esta instancia y frente a la masividad de la vulneración al derecho, era necesario desarrollar una estrategia más amplia, pluricompreensiva, y que incluyera una etapa de trabajo con las comunidades afectadas.

Como fuera mencionado anteriormente, de la información brindada por el SRCeI, aproximadamente el 50% de las 2.843 personas inscritas como HET, entre el año 2000 y el 2014, residían en la I Región de Tarapacá y en la XV Región de Arica y Parinacota (1.340) y un porcentaje importante de ellas residía en localidades rurales alejadas de las ciudades (Huara, Pica, Pozo Almonte, Colchane, Valle de Azapa). Por esta razón, el equipo de trabajo decidió viajar hasta dichos pueblos durante el segundo semestre del año 2015. Con el apoyo del equipo local del Servicio Jesuita a Migrantes, de residentes de la zona, y del personal de las escuelas públicas, recorrieron durante dos semanas el Valle de Azapa, y los pueblos del interior de la región de Tarapacá: Huara, Pozo Almonte, Pica, Colchane.

Cuando se tomó la decisión de viajar al norte del país, el equipo esperaba encontrar como mucho a 50 personas inscritas como HET. Al finalizar las dos semanas de trabajo junto a las comunidades, se habían registrado 167 personas como HET.

El proceso no fue sencillo. En la región de Tarapacá se comenzó a buscar a las personas puerta por puerta, ya que en algunos casos contábamos con las direcciones que las personas habían registrado en el Registro Civil al momento del nacimiento de sus hijos. Allí evidenciamos la primera dificultad: resulta ser una característica de la población migrante en Chile la movilidad en materia de residencia. Esto podría responder a factores de distinta índole: desde las condiciones de hacinamiento, falta de higiene en la vivienda y sobrepoblación, a aspectos relacionados con oportunidades laborales que conllevan trasladarse hacia otra ciudad, seguridad en el domicilio o reencuentro con familiares

que residen en otras localidades del país. Adicionalmente, muchos de los domicilios declarados eran registros de hace varios años, por lo que se dificultaba aún más poder ubicar a las personas.

Por este motivo el equipo decidió acercarse a las escuelas para conversar con profesionales y directivos de las instituciones acerca de la problemática identificada y las posibles vías de solución. Establecer alianzas estratégicas con las escuelas fue clave pues sus funcionarios conocían mejor que nadie las vulneraciones que enfrentaban aquellos niños que no tenían una nacionalidad reconocida, y por lo tanto fueron un motor principal en la coordinación con los padres de esos infantes. Las escuelas contaban con los certificados de nacimiento de todos los niños, documentos necesarios para la matriculación. Por lo tanto, acceder a ellos sería una tarea relativamente sencilla. En consecuencia, la primera actividad del equipo de trabajo en las escuelas fue revisar miles de certificados de nacimiento y eso permitió detectar la gran mayoría de los casos.

A continuación, se organizaron reuniones informativas con los apoderados en las escuelas. En ellas se logró constatar la escasa difusión del cambio de interpretación adoptado en julio de 2014 sobre adquisición de la nacionalidad y de las posibilidades de solicitar la rectificación de las partidas de nacimiento. Solo por la información provista en el marco de este proyecto las personas tomaron conocimiento de la posibilidad de incoar una acción judicial para solicitar el reconocimiento de la nacionalidad desconocida.

La mayoría de las personas entrevistadas en terreno (padres y madres de niños y niñas inscritos como HET, o bien adultos que aún se mantenían en esa calidad sin haber podido acceder a la nacionalidad chilena tras haber cumplido los 21 años) se reconocían como parte de pueblos originarios (78% aymara y 3% quechua).

Si bien en algunos casos los niños y niñas hubiesen podido acceder a la nacionalidad de sus padres, ese derecho resultaba ilusorio en los casos concretos, ya que las limitaciones económicas y geográficas impidieron a los padres y madres retornar a sus países de origen, o incluso les impidieron desplazarse hasta el consulado de su país de origen en Chile para inscribirlos con la nacionalidad de sus padres.

La mayoría de las personas que fueron contactadas durante el trabajo en la comunidad, vivían en condiciones de pobreza y, en muchos casos, como consecuencia de la irregularidad migratoria, enfrentaban situaciones de extrema precariedad laboral. Por la falta de nacionalidad, los niños y niñas han sufrido discriminación e importantes vulneraciones que han tenido un impacto

negativo en su vida. Se registraron casos en que enfrentaron problemas en el acceso a la salud (niños que no habían sido atendidos en servicios públicos por carecer de nacionalidad, y en un caso esa negligencia trajo aparejada la pérdida de la visión en un ojo de un niño de seis años) y en el acceso a la educación relacionados con la falta de entrega de subsidios estatales por la situación jurídica de los niños y niñas.

El compromiso adoptado con las personas entrevistadas en el marco de la investigación fue realizar todas las gestiones necesarias para lograr el reconocimiento de la nacionalidad chilena. Las opciones eran dos: presentar las solicitudes a través del procedimiento administrativo existente, o bien interponer reclamos de nacionalidad ante la Corte Suprema de Justicia en representación de todos los niños y niñas individualizados. Habiendo comprobado a través del relato de las personas que el procedimiento administrativo era muy engorroso y lento (en ocasiones podía durar más de un año), y considerando que además de resolver la situación individual de las personas registradas se pretendía reparar una vulneración masiva de derechos, el equipo de trabajo optó por avanzar en la estrategia judicial a través de la presentación de un reclamo de nacionalidad.

No existían antecedentes de la interposición de un reclamo de nacionalidad colectivo, pero contábamos con el dato de la opinión reiterada de la Corte Suprema, que contrarresta el criterio e interpretación restrictiva efectuada por la administración respecto de la adquisición de la nacionalidad por *ius soli* para quienes nacen en el territorio chileno, estando sus padres en condición migratoria irregular.

A la luz de lo anterior, optamos definitivamente por presentar un reclamo de nacionalidad en representación de todas las personas identificadas en el marco del proyecto, cuya nacionalidad hubiese sido desconocida y por todas aquellas que de acuerdo a la cifras del SRCeI se encontraban en la misma situación.

Era la primera vez en Chile que se presentaba esta acción en forma masiva. El número de casos identificados permitiría darle una mayor publicidad al caso, y por otra parte, las organizaciones buscaban poder negociar con el Estado una reparación para todos los casos inscritos como HET en Chile.

Antes de la presentación del reclamo de nacionalidad se dialogó con diversos medios para cubrir el caso y así la acción pudo tener una importante repercusión periodística.<sup>26</sup>

---

26 *El Mercurio*, Niños Invisibles, 11 de noviembre de 2015, página A2; *La Tercera*, Recurren a la Corte para nacionalizar a 161 hijos de migrantes, 11 de noviembre de 2015, página 25; *Revista Viernes*, edición 77: Niños sin Bandera, 27 de noviembre de 2015, página 12; *Las Últimas Noticias*, 3.500 hijos de inmigrantes recibirán nacionalidad chilena, 18 de diciembre de 2015, página 16, entre otros.

## 5. La etapa ante la Corte Suprema

El 10 de noviembre de 2015 ingresamos el reclamo de nacionalidad colectivo en la Secretaría de la Corte Suprema.

Las semanas previas a la presentación incluyeron extensas jornadas de trabajo tanto en Santiago como en el norte del país. Una de las mayores complejidades para la presentación del recurso era la obtención de los poderes para la representación judicial, ya que de acuerdo a lo dispuesto por la ley el mandato debe otorgarse por escritura pública (o comparecer personalmente ante el secretario de la Corte). Ello implicó que un notario debió desplazarse desde Arica hasta el Valle de Azapa para otorgar dichos documentos en que se confería el patrocinio y poder. Sin la comprensión de este funcionario y su especial sensibilidad frente al caso, el cumplimiento de este requisito de orden procesal, y que en los hechos constituye una limitación al acceso a la justicia, habría sido imposible de lograr. Otro importante obstáculo, para muchos de los padres, fue no contar con una cédula de identidad chilena o pasaporte de su país de origen. En estos casos no fue posible que otorgaran un mandato judicial y solamente se presentó un poder simple.

Igualmente, la impresión de los certificados de nacimiento a través de la página de internet del SRCeI, la elaboración del recurso y la incorporación de los 167 relatos, entre muchas otras actividades, demandó un importante esfuerzo. Afortunadamente, contamos con el compromiso y la participación de todas las instituciones involucradas y de los alumnos de las Clínicas Jurídicas de las Universidades Diego Portales y Alberto Hurtado.

En primer lugar, presentó su informe de respuesta el Ministerio de Relaciones Exteriores, quien en una opinión favorable a la parte reclamante hizo referencia a los estándares internacionales desarrollados en la materia, y a los fallos de la Corte Suprema en el marco de los reclamos de nacionalidad. Se refirió especialmente a la sentencia de la Corte Interamericana en el marco del *caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, del año 2005. El informe del Ministerio concluye señalando que al considerar que “la nacionalidad es un derecho esencial de la persona humana, un atributo de la personalidad que no puede ser desconocido sin causa justificada, en concepto de esta Secretaría de Estado correspondería que el Servicio de Registro Civil e Identificación y los demás órganos de la Administración del Estado que deban intervenir en la materia, procedan a adecuar la interpretación de las normas legales y la práctica que han estado realizando con respecto a los casos de

nacionalidad de hijos de extranjeros transeúntes en condición irregular nacidos en territorio nacional, a los tratados sobre Derechos Humanos en los que Chile es Parte, como asimismo, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Chile”.<sup>27</sup>

El 24 de noviembre, el Director del SRCeI presentó el informe del Servicio bajo su dirección, en el cual señaló que “considerando que las personas en cuyo nombre se interpuso el Recurso de Reclamación de Nacionalidad han expresado en el mismo su voluntad en orden a que se les reconozca su nacionalidad chilena, este Servicio estima innecesaria la dictación de una orden de servicio individual para cada titular en el caso de las inscripciones de nacimiento incluidas en el mencionado recurso”. Por lo tanto, se rectificaron en forma inmediata las 167 partidas de nacimiento.<sup>28</sup>

El primer objetivo había sido logrado: el reconocimiento de la nacionalidad chilena en todos los casos identificados. Sin embargo, las autoridades no se habían pronunciado sobre el segundo punto del reclamo, el que buscaba extender los efectos de la intervención judicial a todos los casos que residieran en el país y que estuvieran en la misma situación de las personas representadas en el reclamo de nacionalidad. Por esta razón, una vez que se tomó conocimiento de la efectiva rectificación de los certificados de nacimiento, la parte reclamante presentó un escrito enfatizando el hecho de que el desconocimiento de la nacionalidad y la afectación del interés superior del niño se habían producido en forma sistemática y generalizada durante varias décadas. De ello se genera la obligación estatal de reparar, a todas las personas afectadas, a través de un remedio colectivo e integral que tome en consideración la situación del grupo entero, y no solamente la de las personas representadas en esta acción constitucional. La solución integral del problema era necesaria ya que ni las decisiones individuales que se dictaron en los reclamos de nacionalidad presentados con anterioridad, ni las solicitudes que se han resuelto por la vía administrativa han demostrado ser eficaces para resolver la situación del colectivo de personas afectadas por el desconocimiento arbitrario de su nacionalidad.

Las organizaciones consideraban que era necesario un remedio colectivo para la tutela de los derechos individuales. En concreto, le solicitaron a la

---

27 Oficio Público 013160, Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el marco del reclamo de nacionalidad, Corte Suprema, Rol 24.089-2015.

28 SRCeI, Orden de Servicio N°1 “Eliminación de anotación de hijo de extranjeros transeúntes consignada en una partida de nacimiento”, en el marco del reclamo de nacionalidad, Corte Suprema Rol 24.089-2015.



Corte en dicho escrito que interviniera en su rol de conciliador, generando una instancia de diálogo y trabajo conjunto entre todos los actores involucrados para determinar el modo en que la Administración podría hacer efectiva esta pretensión, para luego velar por su correcta ejecución e implementación.

A continuación, el presidente de la Corte Suprema, Sergio Muñoz Gajardo, con el acuerdo del Pleno, citó a las partes a una audiencia de conciliación para el día 16 de diciembre de 2015. En dicha audiencia se estableció que respecto de las ciento sesenta y siete personas inscritas como HET, se había procedido a eliminar dicha anotación en sus respectivos registros de nacimiento y, en consecuencia, se les había reconocido a todos ellos la nacionalidad chilena. Este acuerdo tendría valor de sentencia de término y produciría los efectos de cosa juzgada de la cuestión planteada en estos autos.<sup>29</sup> En consecuencia, la Corte Suprema no emitió pronunciamiento sobre la segunda pretensión planteada en la demanda, señalándose que la Corte no contaba con facultades para resolver respecto del resto de las personas afectadas por la misma decisión administrativa, y que una decisión de esa naturaleza podría afectar el principio de congruencia procesal al ser esta *ultra petita* (respecto de personas no identificadas).

Considerando el compromiso y voluntad de la Administración –manifestado en esta instancia– de identificar y de corregir todos los casos que se encuentran en la misma situación que ha sido motivo del reclamo, se acordó una nueva fecha de audiencia con el objeto de dimensionar el universo de personas en esa circunstancia, y para que la Administración entregara la nómina de todas las personas que registran la anotación de HET en sus partidas de nacimiento.

Adicionalmente en la audiencia de conciliación, las partes acordaron asistir a una ceremonia de entrega de los certificados de nacimiento rectificadas y de las cédulas de identidad chilenas.

El 16 de enero de 2016 se llevó a cabo la segunda audiencia de conciliación. En ella, el SRCeI a través de su Director, informó que no disponían de fondos para cubrir el costo de la cédula de identidad para las personas afectadas. Respecto a las personas que registran la anotación de HET, señaló que se trataría de 2.503 personas, de las cuales 724 registran domicilio relativamente actualizado. A su vez, informó que darían inicio a una campaña de información masiva tendiente a difundir los procedimientos para solicitar el reconocimiento de la nacionalidad chilena en los casos en que fue desconocida.

---

<sup>29</sup> Acta de conciliación celebrada ante el presidente don Sergio Muñoz Gajardo en la Corte Suprema, con fecha 17 de diciembre de 2015.

La segunda audiencia puso término al proceso de conciliación. La Administración y en particular el Registro Civil frustró la posibilidad de efectivamente lograr una reparación en todos los casos en los que se había producido la vulneración del derecho. La difusión masiva en los medios de comunicación tampoco es una herramienta efectiva, ya que muchas de las personas afectadas no utilizan ni tienen acceso a internet o a la televisión, y la publicación que se efectuó el mismo día de la audiencia, en el Diario Oficial, menos aún puede ser considerada como una vía idónea para dar a conocer y facilitar las solicitudes de rectificación.

El Estado perdió una oportunidad de fijar una política pública clara, comprensiva de la situación de vulnerabilidad de estos colectivos y en cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de nacionalidad y derechos sociales básicos.

La acción fue exitosa parcialmente. Se obtuvo el reconocimiento de la nacionalidad en los 167 casos. Ese era el resultado más importante, ya que fue el compromiso asumido con las personas. Se logró una gran cobertura mediática que puso el tema en la agenda pública. Por último, la Corte Suprema convocó a las autoridades con poder de decisión a una audiencia de conciliación con la esperanza de poder lograr un mayor compromiso para reparar un error histórico. Eso aún permanece como un desafío pendiente. La puerta queda abierta para seguir interponiendo este tipo de reclamos con la esperanza de que en algún momento podamos dar un salto mayor.

## **6. La necesidad de incorporar remedios colectivos como forma de dar respuesta a vulneraciones individuales de derechos**

La litigación bajo análisis da cuenta de la relevancia que la litigación colectiva tiene y puede llegar a tener respecto de la vigencia de los derechos fundamentales y debe llamarnos a reflexionar acerca de la necesidad de incorporar remedios colectivos como una vía más adecuada para la protección de estos derechos. Al respecto, es importante notar que nuestro sistema legal y judicial opera de manera implícita sobre una noción del conflicto jurídico como de carácter eminentemente individual.<sup>30</sup> Es decir, las vías procesales están

---

<sup>30</sup> Sobre esta concepción véase Verbic, Francisco, *Procesos Colectivos*, (Editorial Astrea) 2007, pp.10 – 13, 29-37; Gidi, Antonio, *Las acciones Colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, (UNAM), 2004, p. 45-50.

diseñadas pensando en un determinado tipo de conflicto jurídico, aquel entre un solo demandante y un único demandado y en el cual la infracción o el quebrantamiento del ordenamiento legal solo afecta a una sola persona o entidad. Este paradigma, superado en otros sistemas jurídicos, ya ha comenzado a ser cuestionado en Chile en materia de derecho de los consumidores.

Como se sabe, en lo que se refiere al consumidor la dinámica del conflicto jurídico es diversa, dada la naturaleza de la actividad realizada por el proveedor o productor. La producción masiva de servicios o bienes de consumo supone que las acciones del productor pueden afectar no solo a 10 o 20 personas (lo que podría solucionarse con un litis consorcio), sino que a cientos e incluso miles de consumidores, los cuales, además, estarán dispersos en diversas partes del país. Asimismo, puede tratarse de una única situación en la cual el proveedor puede afectar al mismo tiempo a muchas personas (como lo sería la caída de un avión por ejemplo), pero también de una conducta que podría a lo largo del tiempo afectar a cientos de personas o múltiples actuaciones desplegadas en un período determinado. Además, las infracciones del proveedor pueden afectar de diversas maneras a los afectados, ya sea limitando el mismo derecho, aunque en distinto grado, o afectando distintos derechos. Es esta realidad la que ha llevado a que ordenamientos jurídicos foráneos paulatinamente incorporen remedios colectivos.<sup>31</sup>

El caso bajo análisis da cuenta de que en algunos escenarios la violación de las garantías fundamentales por parte del Estado o de particulares se acerca bastante a los rasgos que caracterizan los conflictos jurídicos en materia de consumidor. En primer lugar, no se trata de una afectación de un grupo pequeño de personas, sino de cientos distribuidas en diversas partes del país,<sup>32</sup> y afectadas de la misma manera o de una forma similar por parte del Estado. Tal como el caso da cuenta, no se trata necesariamente de un solo acto, sino que de una política que se traduce en diversos actos que se desarrollan a lo largo del tiempo,<sup>33</sup> afectando en diferentes momentos a cientos de personas y teniendo en común una misma forma de proceder. Estas características nos

31 Véase Hodges, Christopher, *The Reform of class and representative actions in European Legal Systems*, Hart Publishing, 2008, p. 9-50; Hensler, Deborah; Hodges, Christopher and Tulibacka, Magdalena, "The globalization of class actions", en *The Annals of the American academy of political and social science*, Vol. 622, 2009, especialmente p. 7-29. Para América Latina véase especialmente Gomez, Manuel, "Will the Birds Stay South? The Rise of Class Actions and Other Forms of Group Litigation Across Latin America", FIU Legal Studies Research Paper Series, 2011, Research Paper No.11-23 Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1930413](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1930413)

32 Véase en este mismo artículo página 6.

33 Véase en este mismo artículo página 9.

llevan a considerar las ventajas que para la protección de garantías individuales pueden tener los remedios colectivos.

En general la utilización de mecanismos colectivos de protección de derecho se justifica por diversas consideraciones, la mayoría basadas en el derecho al acceso a la justicia, como se explicará a continuación.

En primer lugar, el proceder de manera colectiva –en contraste con la actuación individual, es decir, cuando cada persona afectada deba acercarse de manera particular (con o sin su propio abogado) a la autoridad o a los tribunales y seguir adelante con un proceso para hacer valer sus derechos– presenta diversas ventajas.

En su versión más elemental, los remedios colectivos permiten el ahorro de recursos por parte de los usuarios del sistema de justicia. A diferencia del procedimiento individual, la actuación de manera coordinada en un solo proceso permite ahorrar recursos en relación a la contratación de abogados, en los costos del proceso como, por ejemplo, la obtención de prueba y en el tiempo que los propios usuarios del sistema de justicia deben invertir en la tramitación de su caso.<sup>34</sup> Asimismo, la actuación colectiva permite fortalecer el propio caso dado que la ausencia de coordinación puede generar competencia entre las diversas litigaciones ante la misma autoridad o el mismo tribunal. Dicha competencia se ocasionaría por los diferentes momentos en que las acciones son presentadas, lo que se traduce en que algunas avancen más rápido que otras, siendo posible que aquellas que van más rápido condicionen el éxito de aquellas que se encuentran más atrasadas.

A nivel comparado se destacan otras ventajas, como la de permitir la asesoría jurídica para aquellas causas de “valor negativo”<sup>35</sup>, expresión que apunta a ciertos casos donde el costo de la litigación, esto es el costo de pagar los honorarios de los abogados y del proceso en general, resulta ser mayor que los potenciales beneficios a recibir. En términos simples esto supone que el “premio” por litigar será siempre menor al dinero y el tiempo invertido en la causa. Esto provoca en la práctica que la mera obtención de asesoría jurídica se vuelva un problema y una barrera al sistema de justicia, ya que serán pocos los abogados que estarán dispuestos a tomar estos casos. Tal como da cuenta la experiencia comparada, la posibilidad de utilizar remedios colectivos, y por tanto de concentrar recursos, permite que las causas se vuelvan más atractivas

---

34 Verbic, ob. cit., pp. 53-60; Hodges, ob., cit., p. 188.

35 Verbic, ob. cit., p. 55; Hensler, Deborah, *Using class actions to enforce consumer protection law, en Handbook of research on international consumer law*, (Edward Elgar), 2010, pp. 515-517.

para los abogados, ya que la acumulación de los casos y recursos de cientos o miles de personas permiten que el valor de la litigación se incremente. Desde esta perspectiva es posible pensar que en causas como las que este documento trata –aquellas en donde el premio a obtener no supone necesariamente una ganancia económica y por ende la *quota litis* no parece ser una forma viable de incentivo para los abogados–, la posibilidad de proceder de manera colectiva puede incrementar el atractivo del caso por sobre la litigación individual,<sup>36</sup> ya si bien cada persona está en condiciones de pagar un monto muy pequeño de manera individual, el monto total acumulado por cada afectado puede ser muy atractivo.

Hasta el momento se han tratado los remedios colectivos como sinónimo de cualquier forma de tratamiento colectivo de casos. Sin embargo, las ventajas de los remedios colectivos para este tipo de causas pueden verse incrementadas si se siguen ciertas formas o modelos específicos de litigación colectiva, como serían las *representative actions*. El modelo supone que una persona, un conjunto de personas o una organización pueden actuar en juicio actuando en nombre de otros ausentes, sin que se haya otorgado un mandato por parte de aquellos que no están presentes en el juicio, ya que tienen la legitimación para hacerlo.<sup>37</sup> A nivel comparado existen diversos mecanismos que permiten proceder de esta manera fundados en diversas consideraciones. Por ejemplo, el modelo de las acciones colectivas o *class action* estadounidense permite que una persona o un grupo de personas pueda actuar en representación de otros, siempre y cuando se encuentre en una posición sustancialmente similar a los ausentes y que no exista conflicto de interés entre el representante y los representados. Es importante notar que en este modelo no se ha otorgado por parte de los ausentes un mandato al representante, sino que el hecho de encontrarse en una posición similar, consideraciones de eficiencia y el que existan diversas garantías procesales, entre otros motivos, es lo que permite que esto pueda ocurrir. En Europa y en Chile en materia de consumidor existe otro modelo, donde la representatividad no deriva exclusivamente de que el que actúa está en una posición sustancialmente similar a los ausentes, sino que de la

36 Es necesario recordar que en el presente caso fueron clínicas jurídicas las que tomaron la iniciativa y representaron a todas estas personas sin cobrar un peso. ¿Qué tan probable sería que abogados de la plaza, con una práctica profesional normal, hubiesen estado dispuestos a tomar un caso como este? ¿Qué incentivos establece nuestro sistema para ello?

37 Antonio Gidi ofrece la siguiente definición de acción colectiva “es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)”. Gidi, ob. cit., p. 31.

existencia de una ley que creó un organismo, como un defensor del pueblo o el SERNAC en nuestro país, que puede actuar a nombre de otros.<sup>38</sup> En ambos modelos, aunque con algunos matices que posteriormente se explicarán, al existir representación se supone que el fallo de la causa o el eventual acuerdo que se da durante su tramitación no solo será vinculante para los que efectivamente demandaron, sino que también para aquellos que se encuentran ausentes, pero que igualmente están siendo representados en la litigación. Si bien no se trata de un modelo perfecto ya que tiene falencias,<sup>39</sup> las ventajas que presenta para causas como las tratadas en este artículo, son claras.

En primer lugar, este modelo tiene como consecuencia que personas que se encuentran lejanas físicamente del tribunal donde se litiga la causa y que no tienen los recursos para acercarse al mismo, no requieran hacerlo para verse alcanzados por el fallo. Esta es una de las principales diferencias con otros mecanismos colectivos, en los cuales, por ejemplo, es necesario que las personas demanden de manera individual y con posterioridad las causas se acumulan. En el modelo de representación esto no es necesario. Este rasgo es particularmente relevante en casos como el actual, cuando las personas afectadas son de escasos recursos y se encuentran dispersas en diversas partes del país. En un modelo de representación todas ellas en principio se verían potencialmente alcanzadas por el fallo sin incluso haber accionado. Este tipo de mecanismos evita que solo aquellos que tienen los recursos para pagar el abogado se acerquen al tribunal y se vean favorecidos por el fallo.

En segundo lugar, las personas afectadas sin recursos se verán alcanzadas por el fallo sin necesidad de tener que formalizar una relación con un abogado, ni tener que invertir recursos económicos pagando los servicios de un profesional, buscando pruebas o soportando los costos de la litigación. Al respecto vale destacar dos consecuencias importantes. Primero, debido a la representación existente en el contexto de la litigación, las personas que se encuentran ausentes físicamente de la litigación se verán beneficiados por el trabajo y los recursos de otros. Segundo, y referido a este caso en particular, uno de los problemas de acceso más graves tuvo que ver con aquellas personas que no tenían documentos de identidad oficiales, ya sea porque ingresaron de

---

38 Aguirrezabal, Maite, “El control de la representatividad adecuada de las asociaciones de consumidores en el ejercicio de las acciones colectivas”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2010, p.176-177; Gidi, ob. cit, pp. 80-94.

39 Existe amplia literatura que discute acerca de los problemas que acarrear las acciones colectivas, véase como ejemplo Hodges, ob cit, pp. 131-154; Mullinex, Linda, “Ending Class actions as we know them: Rethinking the American class action”, en *Emory Law Journal*, Vol. 64, N° 399, 2014-2015.

manera ilegal al país o porque lo habían perdido y no tenían su documento de identidad chileno. En el caso de todos ellos y sus hijos, estos observaron una serie de trabas solo por el hecho de que no podían otorgar un patrocinio al abogado. Este tipo de problemas no ocurriría en un modelo de representación, ya que no es necesario que demanden, ni formalmente entreguen poder al abogado.

En tercer lugar, especialmente en modelos de representatividad en donde existen organizaciones estatales o privadas que representan a las personas, los afectados se ven adicionalmente beneficiados por la *expertise* ya adquirida por estas entidades en este tipo de litigios, haciendo que sus proyecciones de un resultado favorable se incrementen.

A nivel comparado no existe un único modelo de litigación colectiva, y un asunto que marca una gran diferencia entre los modelos es a quiénes alcanza el fallo.<sup>40</sup> Previamente se mencionó que un modelo de representación tiene la potencialidad de que el fallo alcance a más personas que aquellas que están actuando en tribunales. Tanto en Estados Unidos como en Europa esto es posible, pero con una gran distinción, que permite diferenciar modelos de *opt-out* o *opt-in*. Esta diferencia apunta a ver si aquellos que están siendo representados en el juicio, una vez que el fallo ha sido dictado o se haya llegado a un acuerdo, deben o no hacer algo para ser alcanzados y beneficiados por la decisión adoptada.

En Estados Unidos el modelo es el del *opt-out*, esto significa por regla general que, una vez pronunciado el fallo o llegado a un acuerdo, todos los que se encuentren similarmente situados serán alcanzados por el fallo o el acuerdo y será vinculante para todos sin que se vean obligados a realizar acción alguna para que ello ocurra. Por el contrario, si es que esas personas desean no ser alcanzadas por el fallo deberán actuar e informar de esto al tribunal. El modelo preferente en Europa es aquel que privilegia el *opt-in*, lo que supone que una vez pronunciado el fallo este podrá alcanzar a las personas representadas siempre y cuando se acerquen al tribunal y manifiesten su intención de ser alcanzadas.

Nuevamente, cada modelo presenta ventajas y desventajas, pero es claro que uno de representación acompañado de una regulación *opt-out* permite en principio un mayor beneficio, al hacer incluso posible que personas que no tuvieron idea de que existía el litigio se vean alcanzadas por sus resultados.

---

<sup>40</sup> Hodges, ob., cit., p. 118-126; Gidi, ob. cit., pp. 35-37.

Finalmente, existen consideraciones basadas en la igualdad ante la ley. La existencia de un mecanismo de representación permite que todas las personas que se encuentran en una posición similar sean efectivamente tratadas de igual manera. Esto incluirá a los que se encuentran ausentes. Lo que ocurrió en el caso analizado es que niños respecto de los cuales no pudo accionarse debido a que no fue posible tomar contacto directo con ellos o sus apoderados, no fueron finalmente alcanzados por el proceso de acuerdo, haciendo que personas que literalmente se encuentran en la misma posición, no sean tratadas de la misma manera.

## **7. Conclusiones**

El caso descrito en las páginas precedentes refleja múltiples vulneraciones a distintos derechos fundamentales, (el derecho a la nacionalidad, el acceso a la justicia, el acceso a derechos sociales) y la falta de adecuación de las normas y del actuar de los funcionarios públicos al principio del interés superior de los niños y niñas que residen en nuestro país.

A la luz de los estándares internacionales y de los criterios desarrollados por la Corte Suprema en los casos individuales de reclamación de nacionalidad que han sido puestos bajo su conocimiento, la regulación chilena en materia de nacionalidad, así como la difusión e implementación del nuevo criterio administrativo de 2014, se encuentran en deuda.

En el caso bajo examen, el Estado reparó la situación de 167 niños a quienes se les había desconocido su derecho a la nacionalidad, sin embargo, teniendo conocimiento de que esa situación afecta a miles de otras personas en el territorio, el Estado perdió la oportunidad de subsanar en forma colectiva la vulneración a un derecho individual. Su falta de acción en esta instancia, perpetúa patrones de discriminación y vulneraciones a derechos económicos, sociales y culturales en forma sistemática, con consecuencias irreparables en algunos casos. La negativa del SRCel a rectificar a la totalidad de las inscripciones como HET que aún se encuentran en territorio nacional nos vincula con el imperativo que tiene el Estado de reparar todos los casos que se encuentran inscritos bajo la calificación de HET y que no fueron representados por el equipo que trabajó en la presente causa judicial.

En este sentido, es deber del Estado hacerse cargo de la situación, terminando con la práctica administrativa de inscripción de HET, y reparando a



quienes se encuentran en esta indeterminación jurídica en la actualidad.

Al mismo tiempo, las dificultades formales que fueron apareciendo en la medida que el proyecto avanzaba, dan cuenta de la necesidad de incorporar remedios colectivos para solucionar los casos de violaciones individuales como la que se describe en este artículo.

Por último, el proceso judicial descrito plantea la importancia de promover el involucramiento de los tribunales en la etapa de ejecución de una sentencia, es decir, que puedan intervenir más allá de la etapa resolutoria del litigio. La actitud que la Corte Suprema decidió tomar no es solo un correcto acercamiento como juzgadora de un problema concreto; es al mismo tiempo una manifestación del interés por aplicar un remedio colectivo a un problema que afecta a un importante número de la población. El llamado de la Corte a reparar y encontrar a la totalidad de HET que no estuvieron representados en la acción es una postura que no puede sino destacarse, como una forma correcta de enfrentar un problema de acceso a la justicia y de vulneración colectiva de derechos humanos.



**CONTRAPUNTO SOBRE DECISIÓN  
DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO  
“LEOPOLDO LÓPEZ”**



# ¿JURISDICCIÓN UNIVERSAL PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS? EL CASO DE LOS OPOSITORES VENEZOLANOS ANTE LA CORTE SUPREMA CHILENA<sup>1</sup>

Sebastián López Escarcena<sup>2</sup>

## Resumen

A fines de 2015, una decisión de la Corte Suprema de Chile acaparó la atención de la opinión pública nacional por lo inusual de su contenido. Se trata de la sentencia que acogió la acción de protección interpuesta por un matrimonio compuesto por un estadounidense y una chilena en favor de Leopoldo López y Daniel Ceballos, opositores venezolanos al gobierno de su país, detenidos en este por órdenes estatales. Dentro de las peculiaridades del fallo que se comenta a continuación, quizás lo más llamativo sea la aplicación que la Corte Suprema hizo de los conceptos de jurisdicción universal y de *ius cogens*. El presente trabajo analiza esta decisión judicial, centrándose en las nociones de derecho internacional utilizadas por la Corte, contrastándolas con la interpretación que les ha dado la jurisprudencia y la doctrina internacional.

**Palabras claves:** jurisdicción universal - *ius cogens* - derechos humanos

<sup>1</sup> Este trabajo es parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1150302. Algunas de las ideas expuestas en este trabajo se pueden encontrar en el comentario titulado “Procesos cautelares extraterritoriales: los casos *Ledezma y López y Ceballos* en las cortes chilenas”, e incluido en *Sentencias Destacadas 2015*.

<sup>2</sup> Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y miembro asociado del Centro para el Estudio de la Gobernanza Global de la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica, y del Instituto de Investigación en Derecho Internacional y Europeo de la Universidad de París 1 “Panteón-Sorbona”, Francia. PhD (Edimburgo), LLM (Leiden), Abogado y Licenciado en Derecho (Católica de Chile). Correo electrónico: rlopeze@uc.cl.

## 1. Introducción

El 18 de noviembre de 2015 la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió la acción de protección originalmente interpuesta ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso por un estadounidense y una chilena en favor de dos venezolanos detenidos en Caracas. En su sentencia, la Corte Suprema dispuso una inusitada medida precautoria: que el Gobierno de Chile le solicite a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “para que se constituya en el Estado de Venezuela, ciudad de Caracas”, concretamente en el lugar donde Leopoldo López y Daniel Ceballos se encuentren reclusos al momento de esa visita.<sup>3</sup> El objeto de esta solicitud era que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

constate el estado de salud y de privación de libertad de ambos protegidos, recoja sus impresiones y evacúe un informe a la Asamblea General de la Organización Internacional de Estados Americanos, a fin de que ésta adopte todas las medidas aconsejables a la adecuada protección de sus derechos esenciales, respecto de lo cual se informará a esta Corte Suprema de Chile.<sup>4</sup>

El caso de los opositores venezolanos en las cortes chilenas tiene como antecedente el recurso de amparo presentado por John Benedict Londregan y María Victoria Villegas en favor de Antonio Ledezma ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por el encarcelamiento en Venezuela de este ex alcalde de Caracas y su posterior huelga de hambre.<sup>5</sup> El recurso de amparo fue declarado inadmisibles el 21 de febrero de 2015 por estimar el tribunal porteño que carecía de jurisdicción para conocer una acción sobre hechos ocurridos en otro país.<sup>6</sup> Esta resolución fue apelada ante la Corte Suprema, la cual confirmó el 4 de marzo de 2015 lo fallado por el tribunal de Valparaíso en el caso *Ledezma*.<sup>7</sup> Los mismos recurrentes interpusieron entonces una acción de protección en favor de

3 Corte Suprema, Rol 17.393-2015, sentencia de fecha 18 de noviembre de 2015. Las resoluciones del Poder Judicial chileno están disponibles en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas>.

4 Corte Suprema, Rol 17.393-2015, ob. cit.

5 Para un análisis del caso *Ledezma* ver López, Sebastián y Núñez, Manuel, “Procesos cautelares extraterritoriales: los casos *Ledezma* y *López y Ceballos* en las cortes chilenas”, en Fermandois, Arturo, y Soto, Sebastián (ed.), *Sentencias Destacadas 2015* (Ediciones LyD), 2016.

6 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 60-2015, sentencia de fecha 21 de febrero de 2015.

7 Corte Suprema, Rol 3.311-2015, sentencia de fecha 4 de marzo de 2015.

Leopoldo López y Daniel Ceballos ante la Corte de Apelaciones de esa ciudad, que fue rechazada el 28 de septiembre de 2015, debido a que “los presuntos actos u omisiones arbitrarios e ilegales que motivan la presente acción cautelar se han cometido y producido sus efectos fuera del territorio de la República de Chile, en concreto en la República Bolivariana de Venezuela”.<sup>8</sup> Hasta ahí, nada en el actuar de la judicatura nacional podría sorprender a cualquier persona con un conocimiento medio de nociones fundamentales de derecho público, tanto chileno como internacional. No puede decirse lo mismo respecto de lo que sucedió después en la Corte Suprema con *López y Ceballos*.

Este es un caso que tiene más de una particularidad. Primero, está la sentencia de la Corte Suprema que acogió la acción de protección, fallando una controversia relativa a extranjeros, por hechos ocurridos fuera de Chile, conforme a una supuesta jurisdicción protectora de los derechos humanos, a través de la cual instruyó al Ministerio de Relaciones Exteriores que le solicite a un organismo internacional que visite otro estado y evacúe un informe.<sup>9</sup> Segundo, está la resolución del mismo tribunal que, tras haber rechazado la acción de nulidad procesal de todo lo obrado presentada por el Consejo de Defensa del Estado, modificó de oficio la sentencia de segunda instancia ordenando que sea la misma Corte Suprema, y no el Ministerio de Relaciones Exteriores, quien efectúe el requerimiento antes mencionado a la Comisión Interamericana.<sup>10</sup>

El presente trabajo estudia la primera de estas resoluciones de la Corte Suprema en el caso *López y Ceballos*. Vale decir, la que recayó sobre el recurso de apelación presentado en contra de la decisión de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que no acogió la acción de protección intentada en favor de los opositores venezolanos. Y es que en esta sentencia del 18 de noviembre de 2015, la Corte Suprema no solo pasó por alto lo dispuesto en los artículos 7 y 20 de la Constitución chilena.<sup>11</sup> También interpretó las nociones de jurisdicción

8 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 1.850-2015, sentencia de fecha 28 de septiembre de 2015, considerando 6. Ver *ibíd.*, considerandos 1-4 y 7-10 y parte resolutive.

9 A esta sentencia le siguió una poco habitual polémica entre el presidente del Consejo de Defensa del Estado y uno de los jueces de la Corte Suprema, a través de medios de comunicación. Sobre el particular ver López, Sebastián y Núñez, Manuel, *ob.cit.*

10 Ver Corte Suprema, Rol 17.393-2015, *ob. cit.*, Corte Suprema, Rol 17.393-2015, resoluciones de fecha 28 de diciembre de 2015.

11 El artículo 7 de la Constitución Política de la República de Chile consagra el principio de juridicidad o legalidad de la siguiente manera:  
Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.  
Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan

universal y de *ius cogens* de una manera que se aleja bastante de la práctica estatal comparada en la materia, así como de lo postulado al respecto por la jurisprudencia y la doctrina internacional.

## 2. La jurisdicción universal

La acción de protección interpuesta por los recurrentes tuvo por fundamento lo que ellos denominaron “la doctrina de la Jurisdicción Universal de protección de los Derechos Humanos”.<sup>12</sup> Como lo haría cualquier tribunal internacional de conformidad al principio *compétence de la compétence*, la Corte Suprema partió por determinar si tenía jurisdicción en este caso, “habida cuenta de que el hecho que motiva la protección impetrada acaece en un Estado extranjero”.<sup>13</sup> Para este fin, la Corte analizó la jurisdicción universal en el derecho internacional, comparado y chileno. Cada uno de estos breves y particulares estudios jurisprudenciales amerita más de un comentario crítico.

Según la Corte Suprema, las fuentes de la jurisdicción universal son dos. Por un lado, está el derecho internacional consuetudinario, que “como es sabido, cumple un fuerte rol en la génesis y desarrollo del derecho de los Estados y que en esta materia ha tenido un amplio camino recorrido”.<sup>14</sup> Por otro lado, está el derecho internacional convencional, dentro del cual la Corte destacó “los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional de 1977,

---

conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

Por su parte, el artículo 20 establece la acción de protección en estos términos:

El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

12 Corte Suprema, Rol 17.393-2015, ob. cit., considerando 1.

13 Ibid., considerando 3. Sobre el principio *kompetenz-kompetenz* o *compétence de la compétence*, ver Merrill, J. G., *International Dispute Settlement* (Cambridge University Press) 2011, pp. 119-123.

14 Corte Suprema, Rol 17.393-2015, ob. cit., considerando 3.



la Convención contra el Genocidio, el Estatuto de la Corte Internacional [sic] y la Convención contra la Tortura de 1984”, a nivel universal, y “el Pacto de Derechos Civiles de San José de Costa Rica [sic]”, a nivel regional.<sup>15</sup> Sobre las fuentes convencionales citadas, la sentencia agregó:

Más allá de que estos tratados no contemplen taxativamente dicha jurisdicción universal, a estas alturas una apreciable cantidad de Estados -ni qué decir la doctrina académica- ha formulado la interpretación -no rebatida- de que la vigencia de los derechos esenciales de la persona humana a que ellos aluden, sólo es posible si se autoriza y hasta se obliga a los Estados a su cabal ejercicio a través de sus tribunales nacionales.<sup>16</sup>

Habiendo ya adelantado cómo iba a vincular la jurisdicción universal con la protección de los derechos humanos, la Corte declaró que la situación de los opositores venezolanos detenidos es “de riesgo inminente para sus vidas.<sup>17</sup> Esto, de acuerdo a los datos entregados por los recurrentes, a quienes el tribunal calificó como “personas de buena voluntad”; a la “copiosa información internacional disponible en internet y medios de comunicación globales de distintas nacionalidades y diferentes sinos”, que coinciden en que López y Ceballos están condenados por conductas que “en todos los países democráticos son adjetivadas como ‘políticas’ [y no criminales]”; y al silencio del estado venezolano “emplazado legalmente en este procedimiento”, agravado por la salida del país del “fiscal persecutor de la causa” y su declaración de que “el proceso en mención fue una invención oficial a la que fue obligado”.<sup>18</sup>

En base a lo anterior, la Corte Suprema concluyó que “resulta visible que operan en este caso todos los requisitos exigibles para que actúe la jurisdicción universal protectora de los derechos humanos”.<sup>19</sup> Esta declaración no puede sino sorprender a cualquiera que conozca algo de derecho internacional. Independiente de la válida opinión crítica que le merezca el acontecer político venezolano a cualquier persona medianamente informada acerca del

---

<sup>15</sup> Id.

<sup>16</sup> Id.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, considerando 5.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, considerandos 4-5.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, considerando 6.

tema, que un órgano del estado de Chile incompetente en materias de política exterior, se pronuncie con esta ligereza sobre el actuar de otro órgano estatal extranjero dentro de su territorio jurisdiccional, no puede sino infringir el principio de no intervención que rige las relaciones internacionales.<sup>20</sup> Asimismo, que la Corte Suprema confunda el principio de jurisdicción universal con la protección que el derecho internacional otorga a los derechos humanos da muestras de un voluntarismo y un desconocimiento jurídico preocupantes en nuestro principal tribunal de justicia.

La jurisdicción universal es un principio del derecho internacional que tiene un ámbito de aplicación acotado, cuyos requisitos deben interpretarse restrictivamente para evitar el ejercicio abusivo de esta facultad por los tribunales domésticos. No basta simplemente con decir que la jurisdicción universal “permite el juzgamiento criminal y en varios casos el civil, especialmente en materia de derecho de familia y derecho comercial” para fundamentar una medida precautoria en base a este principio que no tiene “precedentes objetivos en materia de protección por vía cautelar de los derechos esenciales de la persona humana”, como la misma Corte Suprema admitió en su sentencia.<sup>21</sup> Reconocida desde la II Guerra Mundial en tratados multilaterales para los delitos considerados más serios por la sociedad internacional, como la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio, el *apartheid* y la tortura, la jurisdicción universal es hoy una norma consuetudinaria respecto de algunas de estas conductas. En décadas recientes, el principio de jurisdicción universal ha sido incluido en acuerdos internacionales relativos al ataque o secuestro de aviones, tráfico de drogas, corrupción, y terrorismo internacional, entre otros delitos. Debido a que estos tratados solo se aplican entre los estados partes de los mismos, salvo que se pueda probar que la norma de jurisdicción universal respectiva es también de naturaleza consuetudinaria, se les ha descrito como de jurisdicción cuasi-universal. La obligación que varios de estos acuerdos internacionales establecen es la de extraditar o juzgar al acusado, mejor conocida como *aut dedere aut iudicare*.<sup>22</sup>

20 En relación al principio de no intervención ver Kunig, Philip, “Intervention, Prohibition of”, en Wolfrum, Rüdiger (editor), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press) 2008.

21 Corte Suprema, Rol 17.393-2015, ob. cit., considerando 6.

22 En cuanto a la historia de la jurisdicción universal en el derecho internacional ver Bassiouni, Cherif, “The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law”, en Macedo, Stephen (ed.), *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*

Si bien se ha discutido la posibilidad de ejercer la jurisdicción universal respecto de materias civiles, este principio ha sido generalmente considerado como una de las bases de la jurisdicción prescriptiva de los estados en asuntos penales.<sup>23</sup> Desde este punto de vista, la jurisdicción universal se puede definir como el poder de un estado para perseguir y sancionar ciertos crímenes, cometidos en cualquier lugar y por cualquier persona, sin que se requiera conexión o vínculo alguno de territorio, nacionalidad o interés estatal especial.<sup>24</sup> Han sido importantes en el desarrollo de este principio, particularmente en la relación entre inmunidades jurisdiccionales, por un lado, y crímenes universales, por el otro, los casos *Pinochet* y *Yerodia*, respectivamente.<sup>25</sup> Al primero de estos casos se refiere la sentencia de la Corte Suprema, agregando otras decisiones judiciales resueltas por tribunales extranjeros, como las recaídas en los casos españoles *genocidio en Guatemala*, *Scilingo* y *genocidio en el Tíbet*.<sup>26</sup> Aparte de la referencia al nombre de la con-

---

(University of Pennsylvania Press), 2006, pp. 39-63. Ver también Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives* (Oxford University Press) 2004, pp. 28-80.

- 23 Sobre la jurisdicción universal civil ver Donovan, Donald, y Roberts, Anthea, "The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction", en *American Journal of International Law*, Vol.100, N°1, (American Society of International Law) 2006, pp. 142-163; y Flauss, Jean-François, "Compétence civile universelle et droit international général", en Tomuschat, Christian y Thouvenin, Jean-Marc (ed.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Martinus Nijhoff Publishers), 2006, pp. 385-415. Cf Wallach, David, "The Irrationality of Universal Civil Jurisdiction", en *Georgetown Journal of International Law*, 46/3, (Georgetown University Law Center), 2015, pp. 803-835.
- 24 Ver, Reydams *Universal*, ob. cit., p. 5; y Macedo, Stephen (ed.), *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law* (University of Pennsylvania Press), 2006, pp. 18 y 21.
- 25 Ver Cámara de los Lores, *R. c. Magistrado Estipendiario Metropolitano de Bow Street y otros, ex parte Pinochet Ugarte*, sentencia de fecha 25 de noviembre de 1998; y Corte Internacional de Justicia, *Orden de arresto (Congo contra Bélgica)*, sentencia de fecha 14 de febrero de 2002. Las decisiones judiciales de la Corte Internacional de Justicia están disponibles en: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3> (última visita el 1 de mayo de 2016). En relación a los casos *Pinochet* y *Yerodia* ver Falk, Richard, "Assessing the Pinochet Litigation: Whither Universal Jurisdiction?", en Macedo, Stephen (ed.), *Universal Jurisdiction*, ob.cit., pp. 97-120; y Cassese, Antonio, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case", en *European Journal of International Law*, 13/4, (Oxford University Press), 2006, p. 853-875. Ver también Sands, Philippe, "International Law Transformed? From Pinochet to Congo..." en *Leiden Journal of International Law*, 16/1, (Cambridge University Press), 2003, p. 37-53.
- 26 Identificados por el tribunal como "el caso argentino [sic] de 'Adolfo Scilingo' [...], el guatemalteco [sic] conocido como el Caso 'Genocidio en Guatemala' [...] y el tibetano [sic] 'Genocidio en el Tíbet'". Corte Suprema, Rol N° 17.393-2015, de 18 de noviembre de 2015, considerando 7. En cuanto a los casos *genocidio en Guatemala*, *Scilingo* y *genocidio en el Tíbet* ver Ascensio, Hervé, "Are Spanish Courts Backing down on Universality - The Supreme Tribunal's Decision in *Guatemalan Generals*", en *Journal of International Criminal Justice*, 1/3, (Oxford University Press), 2003, p. 690-702; Tomuschat, Christian, "Issues of Universal Jurisdiction in the *Scilingo* Case", en *Journal of International Criminal Justice*, 3/5, (Oxford University Press), 2005, p. 1074-1081; y Bakker, Christine, "Universal Jurisdiction of Spanish Courts over Genocide in Tibet: Can It Work?", en *Journal of International Criminal Justice*, 4/3, (Oxford University Press), 2006, p. 595-601.

troversia, nada hay en la sentencia del 18 de noviembre de 2015 que explique cómo estos casos, relativos al ejercicio de la jurisdicción universal penal de tribunales británicos y españoles, le permitieron a la Corte Suprema concluir que este principio de universalidad tiene por objeto proteger los derechos humanos en general. Aunque la Corte Suprema reconoció que España modificó su legislación después de los casos *Pinochet*, *genocidio en Guatemala*, *Scilingo y genocidio en el Tíbet*, limitando la posibilidad de que los tribunales de ese país ejerzan la jurisdicción universal, no se pronunció en su sentencia sobre la reforma legal llevada a cabo en Bélgica en el mismo sentido, con posterioridad a que la Corte Internacional de Justicia se pronunciara en el caso *Yerodia*.<sup>27</sup>

Junto a los principios de territorialidad, de nacionalidad y de protección, la universalidad es una de las bases normalmente reconocidas de jurisdicción criminal de los estados. El objetivo de todos estos principios es evitar la impunidad de ciertos crímenes. Los de territorialidad, nacionalidad y protección se refieren a actos que constituyen violaciones al derecho interno. El principio de universalidad, en cambio, se refiere a actos que infringen el derecho internacional. En otras palabras, a *delicta iuris gentium*.<sup>28</sup> Justamente porque es un principio de jurisdicción penal, la universalidad no se vincula con los derechos humanos. Para estos, el derecho internacional contempla diversos sistemas de protección cuyos principios no incluyen el de jurisdicción universal, como parece insinuar la sentencia de la Corte Suprema.<sup>29</sup> Los así llamados Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal de 2001, corroboran lo anterior. Fruto de una iniciativa académica destinada a clarificar el tema por medio del rescate de la teoría y práctica sobre jurisdicción universal, estos principios únicamente se refieren a crímenes graves bajo el derecho

27 Corte Suprema, Rol 17.393-2015, sentencia de fecha 18 de noviembre de 2015, considerando 7.

Sobre la jurisdicción universal en España y Bélgica post-2002 ver de la Rasilla, Ignacio, "The Swan Song of Universal Jurisdiction in Spain", en *International Criminal Law Review*, 9/5, (Brill Publishers), 2009, pp. 777-808; y Reydams, Luc, "Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law", en *Journal of International Criminal Justice*, 1/3, (Oxford University Press), 2003, pp. 679-689.

28 En relación los principios de jurisdicción penal en el derecho comparado e internacional ver Ryngaert, Cedric, *Jurisdiction in International Law*, (Oxford University Press) 2008, pp. 21-133. Ver también Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, (Oxford University Press) 2004, pp. 21-27.

29 En cuanto a los sistemas de derechos humanos en el derecho internacional ver Hannum, Hurst (ed.), *Guide to International Human Rights Practice* (Transnational Publishers), 2004; Greer, Steven, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, (Cambridge University Press) 2006; Evans, Malcolm, y Murray, Rachel (ed.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986-2006* (Cambridge University Press), 2008; y Burgorgue-Larsen, Laurence, y Úbeda de Torres, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary*, (Oxford University Press) 2011.

internacional. Ordenados en forma cronológica y ejemplar, estos son: la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad, el genocidio y la tortura.<sup>30</sup> Habría hecho bien la Corte Suprema en consultar estos Principios de Princeton antes de fallar la apelación interpuesta en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que rechazó la acción de protección.

### 3. El *ius cogens*

En sus considerandos sobre la jurisdicción universal en el derecho internacional, la Corte Suprema señaló que allí se reconoce la existencia de un “sistema normativo superior” o *ius cogens*, definido en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 como normas imperativas de derecho internacional general que solo pueden ser modificadas por otras posteriores que tengan el mismo carácter.<sup>31</sup> Según la Corte, el *ius cogens* es “aplicable aún sin aceptación expresa en los ordenamientos nacionales y [está] situado sobre ellos”, y “tiende a velar por los derechos humanos contemplados en prácticamente todas las cartas constitucionales del mundo”.<sup>32</sup> Esta aseveración es consistente con otra hecha en la misma sentencia, en virtud de la cual los derechos humanos tendrían un rango supraconstitucional, ocupando “la cúspide de la pirámide normativa del sistema chileno”.<sup>33</sup> Para hacerla, el tribunal se apoyó en un solo artículo académico, sin tener en consideración que la mayoría de la doctrina nacional le atribuye a todos los tratados un rango constitucional, y que el Tribunal Constitucional les asigna un valor supra legal, pero infraconstitucional.<sup>34</sup>

En efecto, a partir de la reforma de 1989 el artículo 5 de la Constitución Política chilena dispone en su inciso 2 que:

30 Los Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal y sus comentarios están disponibles en Macedo, Stephen (editor), *Universal Jurisdiction*, ob. cit., pp. 15-35. Disponible en: [https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive\\_jur.pdf](https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf)

31 Corte Suprema, Rol 17.393-2015, ob. cit., considerando 3.

32 Id.

33 *Ibid.*, considerando 8.

34 La Corte Suprema citó el siguiente artículo: Aguilar, Gonzalo, “El principio de jurisdicción universal: una propuesta de aplicación en Chile”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°4 (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2006, p. 333-366. Ver Corte Suprema, Rol 17.393-2015, sentencia de fecha 18 de noviembre de 2015, considerando 8.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Desde 1989, se han planteado todas las alternativas de interpretación posibles para este artículo: igualdad jerárquica entre leyes y tratados de derechos humanos; primacía de este tipo de tratados sobre las leyes, pero no sobre la Constitución; equivalencia entre los tratados de derechos humanos y la Constitución, o entre esta y los derechos humanos contenidos en dichos tratados; y supremacía de este tipo de acuerdos internacionales sobre la Constitución, o de los derechos incluidos en tales tratados. También se ha postulado que este no es un problema que convenga solucionar por medio de alguna de las alternativas jerárquico-normativas ya señaladas, sino que a través del empleo de criterios argumentativos o hermenéuticos que permitan lograr una aplicación razonable del derecho en el caso concreto.<sup>35</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional ha seguido la tesis que Alejandro Silva Bascuñán expusiera en su *Tratado de derecho constitucional*. Vale decir, que los tratados están por sobre la ley, pero bajo la Constitución, sin distinciones.<sup>36</sup> Así lo declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia de 2001 relativa a la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y así lo confirmó en su sentencia de 2012 sobre el proyecto que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura.<sup>37</sup>

35 La lista de trabajos publicados en la materia es larga. Entre los más recientes ver e.g. Vargas, Edmundo, *Derecho internacional público: de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI* (Editorial Jurídica de Chile) 2007, Tomo I, pp. 216-223; Henríquez, Miriam, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°6, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2008, p. 73-119; Núñez, Manuel, “La función del derecho internacional de los derechos humanos en la argumentación de la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho*, N°32, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2009, pp. 487-529; Aldunate, Eduardo, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, en *Ius et Praxis*, N°16, (Universidad de Talca), 2010, p. 185-210; Galdámez, Liliana, *Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno* (Centro Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2012, p. 19-23; Nogueira, Humberto, “Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre tratados internacionales y derechos esenciales contenidos en tratados internacionales, después de la reforma constitucional de 2005”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N°11, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2013, p. 97-154; y Cea, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, (Ediciones UC) 2015, Tomo I, p. 263-289.

36 Ver Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile) 1997, Tomo IV, p. 124-125.

37 Ver Tribunal Constitucional, Rol 346-02, sentencia de fecha 8 de abril de 2002, considerandos 59-75,

No basta, por tanto, con declarar que los tratados de derechos humanos tienen rango supraconstitucional en Chile, sin más. Esta es solo una de las soluciones planteadas por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. De hecho, ni siquiera es la mayoritaria. Las opciones que han prevalecido son aquellas que postulan el rango constitucional de los tratados de derechos humanos, por un lado, o de los derechos contenidos en dichos tratados, por otro.

La Corte Suprema se atribuyó competencia para conocer la acción de protección interpuesta en virtud de su peculiar interpretación de la jurisdicción universal, que provendría de los ya mencionados Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional de 1977, Convención contra el Genocidio de 1948, Pacto de San José de Costa Rica de 1969, Convención contra la Tortura de 1984, y Estatuto de Roma de 1998, así como del *ius cogens*, descrito por el tribunal como “sustrato de toda normativa mundial”.<sup>38</sup> De acuerdo a la Corte, “la legislación de Chile se encuentra en completa armonía con el señalado derecho internacional” en esta materia.<sup>39</sup> Aunque no lo dice expresamente, la sentencia pareciera equiparar el concepto de *ius cogens* con la protección internacional de los derechos humanos. Nuevamente, no es lo que han dicho la doctrina ni la jurisprudencia internacional al respecto.

La Convención de Viena regula el *ius cogens* en sus artículos 53 y 64, a propósito de la nulidad de los tratados.<sup>40</sup> Si bien este acuerdo internacional ofrece una noción genérica de estas normas imperativas de derecho internacional, no menciona cuáles pertenecen a dicha categoría. En los comentarios a sus

---

y Tribunal Constitucional, Roles 2387-12 y 2388-12 acumulados, sentencia de fecha 23 de enero de 2013, considerando 11-12. Ver también Peña, Marisol, “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional chileno”, en Revista Estudios Constitucionales, N°6, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), p. 205-222; Galdámez, Liliana, ob. cit., pp. 125-158 y 169-170; y Nogueira, Humberto, ob. cit., pp. 97-154.

38 Corte Suprema, Rol 17.393-2015, ob. cit., considerando 6.

39 Id.

40 Sobre el *ius cogens* existente y emergente de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, respectivamente, ver Suy, Eric, “1969 Vienna Convention. Article 53: Treaties Conflicting with a Peremptory Norm of General International Law (‘Jus Cogens’)”, en Corten, Olivier, y Klein, Pierre (ed.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, (Oxford University Press) 2011, Tomo II, pp. 1224-1235; y Lagerwall, Anne, “1969 Vienna Convention. Article 64: Emergence of a New Peremptory Norm of General International Law (‘Jus Cogens’)”, en Corten, Olivier, y Klein, Pierre (ed.), *The Vienna*, ob. cit., pp. 1455-1482; Schmalenbach, Kirsten, “Article 53: Treaties Conflicting with a Peremptory Norm of General International Law (‘Jus Cogens’)”, en Dörr, Oliver, y Schmalenbach, Kirsten (ed.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, (Springer-Verlag) 2012, p. 897-942; y Schmalenbach, Kirsten, “Emergence of a New Peremptory Norm of General International Law (‘Jus Cogens’)”, en Dörr, Oliver, y Schmalenbach, Kirsten (ed.), *Vienna Convention*, ob. cit., p. 1121-1127.  
Ver también Villiger, Mark, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers), 2009, pp. 661-678 & 790-795.

Artículos sobre el Derecho de los Tratados de 1966, la Comisión de Derecho Internacional señaló ciertas normas de *ius cogens* que algunos de sus miembros propusieron durante la tramitación de este proyecto. Sin embargo, la Comisión optó por no incluir ninguna de estas posibles normas imperativas de derecho internacional en el texto de los artículos 50 y 61 de tal proyecto, antecesores de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena. Lo hizo para evitar malos entendidos y no alargar más la adopción de su proyecto de artículos, por un lado, y para dejar su determinación a la práctica estatal y a la jurisprudencia internacional, por otro.<sup>41</sup> Quizás esto explique que la Corte Internacional de Justicia decidiera pronunciarse *obiter dictum* sobre el punto, apenas un año después de que la Convención de Viena fuera celebrada.

En *Barcelona Traction*, el tribunal internacional de la ONU declaró que los derechos básicos de la persona, incluyendo las prohibiciones de la esclavitud, de la discriminación racial, de la agresión y del genocidio, constituyen obligaciones que se tienen hacia la comunidad internacional en su conjunto: esto es, son *erga omnes*.<sup>42</sup> Aun cuando la Corte Internacional de Justicia no se refirió expresamente al concepto de *ius cogens* en su sentencia, la doctrina y la jurisprudencia por lo general han limitado el listado de normas pertenecientes a esta categoría a las cuatro prohibiciones indicadas, y a unas pocas otras reglas de derecho internacional que tendrían este carácter, como las prohibiciones de la piratería y de la esclavitud, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.<sup>43</sup> Por ejemplo, la misma Corte Internacional de Justicia

41 Algunas de las normas de *ius cogens* propuestas por los integrantes de la Comisión de Derecho Internacional fueron las prohibiciones de la agresión, de la esclavitud, de la piratería y del genocidio, así como los actos considerados criminales bajo el derecho internacional. Los informes anuales de la Comisión de Derecho Internacional están disponibles en: <http://legal.un.org/ilc/reports/> (última visita el 1 de mayo de 2016). En relación al *ius cogens* en los Artículos sobre el Derecho de Tratados de la Comisión de Derecho Internacional ver Schwelb, Egon, "Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission", en *American Journal of International Law*, N°61, (American Society of International Law), 1967, pp. 946-975. En cuanto al *ius cogens* post-1969 ver Zemanek, Karl, "The Metamorphosis of *Jus Cogens*: From an Institution of Treaty Law to the Bedrock of the International Legal Order?", en Cannizzaro, Enzo (ed.), *The Law of Treaties: Beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press), 2011, pp. 381-441.

42 Ver Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)*, sentencia de fecha 5 de febrero de 1970, párrafos 33-34. Sobre las obligaciones *erga omnes* ver en general Tams, Christian, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, (Cambridge University Press) 2005.

43 Ver Orakhelashvili, Alexander, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford University Press) 2006, pp. 50-66; y Weatherall, Thomas, *Jus Cogens: International Law and Social Contract* (Cambridge University Press) 2015, p. 200-265. Ver también Kadelbach, Stefan, "*Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and other Rules – The Identification of Fundamental Norms", en Tomuschat, Christian y Thouvenin, Jean-Marc (ed.), *The Fundamental*, ob.cit., p. 21-40; y Tavernier, Paul, "L'identification des règles fondamentales – un problème résolu?", en Tomuschat, Christian y Thouvenin, Jean-Marc (ed.), *The Fundamental*, ob.cit., pp. 1-20. Pese a que todas las normas de *ius cogens* establecen obligaciones



reiteró el carácter de *ius cogens* de las prohibiciones de la agresión, del genocidio y de la tortura, en los casos *Nicaragua c. EE.UU.*, *Congo c. Ruanda* y *Habré*, respectivamente.<sup>44</sup>

Más de tres décadas después de haber omitido pronunciarse en lo que después serían los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena, la Comisión de Derecho Internacional confirmó en los comentarios a sus Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001 las obligaciones *erga homines* que la Corte Internacional de Justicia había identificado en *Barcelona Traction*, agregando cinco más a modo ilustrativo: los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra, las prohibiciones del *apartheid* y de la tortura, y el derecho de libre determinación de los pueblos.<sup>45</sup> La Corte Internacional de Justicia ya había reconocido que la autodeterminación de los pueblos constituye una obligación *erga omnes* en sus opiniones consultivas sobre *Consecuencias legales para los estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia* y sobre el *Sahara Occidental*, así como en el caso *Timor del Este*.<sup>46</sup> Más tarde, volvió a reiterar esto en su opinión consultiva

---

*erga omnes*, no todas las obligaciones *erga omnes* provienen de normas de *ius cogens*.

En relación a la distinción entre normas de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes* ver Byers, Michael, "Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules", en *Nordic Journal of International Law*, 66/2-3, (Brill Publishers), 1997, p. 211-239; Picone, Paolo, "The Distinction between Jus Cogens and Obligations Erga Omnes", en Cannizzaro, Enzo (ed.), ob. cit., p. 411-424; y de Wet, Erika, "Jus Cogens and Obligations Erga Omnes", en Shelton, Dinah (ed.), *Oxford Handbook of International Human Rights Law* (Oxford University Press), 2013, pp. 541-561. Ver también Thirlway, Hugh, *The Sources of International Law*, (Oxford University Press) 2014, pp. 143-163.

44 Ver Corte Internacional de Justicia, *Actividades militares y para militares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. EE.UU.)*, sentencia de fecha 27 de junio de 1986, párrafo 190; Corte Internacional de Justicia, *Actividades armadas en el territorio del Congo (Congo c. Ruanda)*, sentencia de fecha 3 de febrero de 2006, párrafo 64; y Corte Internacional de Justicia, *Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica con Senegal)*, sentencia de fecha 20 de julio de 2012, párrafo 99. En cuanto a la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición del genocidio ver también Corte Internacional de Justicia, *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia y Herzegovina con Serbia y Montenegro)*, sentencia de fecha 27 de febrero de 2007, párrafo 161; y Corte Internacional de Justicia, *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (Croacia con Serbia)*, sentencia de fecha 3 de febrero de 2015, párrafos 87-88.

45 Ver Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press) 2005, pp. 127-128, 188, 242-248, 278 & 290. Ver también Cassese, Antonio, "The Character of the Violated Obligation", en Crawford, James, Pellet, Alain, y Olleson, Simon (ed.), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press), 2010, pp. 415-420; Gaja, Giorgio, "States Having an Interest in Compliance with the Obligation Breached", en Crawford, James, Pellet, Alain, y Olleson, Simon (ed.), ob. cit., pp. 957-964; Leben, Charles, "Obligations relating to the Use of Force and Arising from Peremptory Norms of International Law", en Crawford, James, Pellet, Alain, y Olleson, Simon (ed.), ob. cit., pp. 1.197-1.204; Ménard, Maja, "Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Compliance with Peremptory Norms", en Crawford, James, Pellet, Alain, y Olleson, Simon (ed.), ob. cit., pp. 449-453; y Crawford, James, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press) 2013, pp. 378-390.

46 Ver Corte Internacional de Justicia, *Consecuencias legales para los estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental) no obstante la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*,

sobre las *Consecuencias legales de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados*.<sup>47</sup> Lo mismo había dicho la Corte Internacional de Justicia respecto los crímenes de guerra en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares*, lo cual fue posteriormente refrendado en *Consecuencias legales de la construcción de un muro*.<sup>48</sup> En la actualidad, el incumplimiento de la mayoría de las normas de *ius cogens* mencionadas por la Corte Internacional de Justicia y la Comisión de Derecho Internacional puede dar lugar al ejercicio de la jurisdicción universal.<sup>49</sup>

No hay duda de que las normas imperativas de derecho internacional están emparentadas con la protección de los derechos humanos. También lo está el derecho internacional humanitario, pero no por eso se confunden ambas áreas.<sup>50</sup> El *ius cogens* está hoy compuesto principalmente por prohibiciones a actos de especial gravedad para la sociedad internacional. El catálogo de derechos humanos reconocido por el sistema universal y los sistemas regionales es considerablemente más extenso. Esto es porque los tratados de derechos humanos tienen por objeto limitar el poder estatal, asegurando un estándar de trato mínimo por los gobiernos de las partes respectivas. En otras palabras, constituyen un compromiso con la buena gobernanza, destinado a alcanzar un estado de derecho por medio del establecimiento de un marco jurídico y administrativo claro, estable y predecible, implementado de manera transparente y coherente.<sup>51</sup> Este buen gobierno se garantiza por medio de los respectivos mecanismos de protección que establece cada

---

de 21 de junio de 1971, párrafos 52-53; Corte Internacional de Justicia, *Sahara Occidental*, de 16 de octubre de 1975, párrafos 54-59; Corte Internacional de Justicia, *Timor del Este (Portugal c. Australia)*, de 30 de junio de 1995, párrafo 29.

47 Ver Corte Internacional de Justicia, *Consecuencias legales de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados*, opinión consultiva de fecha 9 de julio de 2004, párrafos 155-156.

48 Ver Corte Internacional de Justicia, *Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares*, opinión consultiva de fecha 8 de julio de 1996, párrafo 79; y Corte Internacional de Justicia, *Consecuencias legales de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados*, opinión consultiva de fecha 9 de julio de 2004, párrafos 155 & 157-158.

49 Ver Orakhelashvili, ob. cit., pp. 288-319; y Weatherall, ob. cit., pp. 266-285, 351-355 & 371-383.

50 Ver Quéniwet, Noëlle, "The History of the Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law", en Arnold, Roberta, y Quéniwet, Noëlle (ed.), *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, (Martinus Mijhoff Publishers), 2008, pp. 1-12; y Hampson, Françoise, "The Relationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law", en Sheeran, Scott, y Rodley, Nigel (ed.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law* (Routledge Publishing), 2013, pp. 185-213. Ver, en general Provost, René, *International Human Rights and Humanitarian Law*, (Cambridge University Press) 2004.

51 Ver López, Sebastián, *Indirect Expropriation in International Law*, (Edward Elgar Publishing) 2014, pp. 210-211. Sobre el estado de derecho ver en general Heuschling, Luc, *Etat de droit - Rechtsstaat - Rule of Law* (Editions Dalloz) 2002.

tratado de derechos humanos, los cuales varían en su efectividad, yendo desde la simple recomendación por un órgano *ad hoc* a la adjudicación obligatoria por un tribunal internacional. En el estado actual de desarrollo del derecho internacional, nada permite calificar a los catálogos convencionales de derechos humanos como de *ius cogens* en su integridad, ni concluir que los mecanismos de protección en ellos incluidos contemplan el principio de jurisdicción universal entre sus disposiciones.

#### 4. Conclusión

A principios de 2016, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acusó recibo del oficio de la Corte Suprema donde esta le solicitó que acuda a Venezuela, constate el estado en el que se encuentran Leopoldo López y Daniel Ceballos, recoja sus opiniones y evacúe un informe destinado a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), para que esta adopte las medidas necesarias para proteger los derechos humanos de estos políticos detenidos en Caracas. A través de su Secretaría Ejecutiva Adjunta, la Comisión le respondió a la Corte que, siendo un órgano autónomo de la OEA, no se encuentra sujeto a la jurisdicción de tribunales nacionales. A continuación, y con fines informativos, la Comisión le mencionó a la Corte las medidas provisionales que había decretado al respecto durante el 2015.<sup>52</sup> Ese fue el previsible desenlace de la sentencia de la Corte Suprema que acogió la acción de protección intentada en favor de los opositores venezolanos en Chile. Es probable, y deseable, que el caso *López y Ceballos* no pase de ser una lamentable anécdota en la jurisprudencia nacional. Sin embargo, nada asegura esto.

La jurisdicción universal y el *ius cogens* son figuras pertenecientes al derecho internacional que deben necesariamente ser aplicadas de acuerdo a la interpretación que les han dado la jurisprudencia y la doctrina relevante en esta área de la disciplina jurídica. El principio de universalidad ha sido reconocido respecto de ciertos crímenes cuya gravedad explica por sí el interés de la sociedad internacional en que sean juzgados. Entre estos *delicta iuris gentium* están la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio y la tortura. Muchos de los crímenes universales tienen el carácter de normas de *ius cogens*. Sin embargo, no todos los derechos

---

52 Para más respecto de este punto ver López, Sebastián y Núñez, Manuel, ob.cit.

humanos tienen esta naturaleza. Vale decir, si bien el derecho internacional penal, el *ius cogens* y el derecho internacional de los derechos humanos están relacionados, no por eso se les puede confundir al punto de llegar a postular una jurisdicción universal protectora de los derechos humanos. Es de esperar que el casi unánime rechazo que recibió la sentencia de apelación recaída en el caso *López y Ceballos*, tanto en círculos estatales como académicos nacionales, impida que nuestros jueces emprendan nuevas aventuras jurídicas como esta, que no conducen a ningún lado.

# ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DEL FALLO LEOPOLDO LÓPEZ

*Flavia Carbonell Bellolio*<sup>1</sup>

## Resumen

Las teorías de la interpretación jurídica y de la argumentación proveen de herramientas para reconstruir, analizar, evaluar y criticar el razonamiento judicial que se expresa en una sentencia. Este artículo, por una parte, reconstruirá el esqueleto argumentativo de la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso conocido como “Leopoldo López”, a través de la identificación de las cadenas de enunciados que fundamentan las dos grandes decisiones que contiene dicha sentencia y, por otra, detectará y evaluará el uso que se hace de algunos argumentos interpretativos en particular.

**Palabras claves:** argumentos interpretativos, estructura argumentativa, análisis de sentencia.

## 1. Introducción

El fallo de la Corte Suprema en el caso “Leopoldo López”<sup>2</sup> fue duramente criticado desde la cancillería, el Consejo de Defensa del Estado, algunos partidos políticos, la opinión pública y la academia jurídica. Algunas de las críticas

<sup>1</sup> Flavia Carbonell Bellolio es profesora del departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Es Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción, Especialista en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante, Diplomada en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, Máster en Derecho Público y Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Este artículo se enmarca en el proyecto Fondecyt de iniciación N°11140245, de la que soy investigadora responsable. Correo electrónico: fcarbonell@derecho.uchile.cl.

<sup>2</sup> Corte Suprema de Chile, Rol 17.393-2015, sentencia de fecha 18 de noviembre de 2015.

atacan la falta de competencia orgánica o la carencia de facultades constitucionales de la Corte para resolver la cuestión; otras apuntan a la indebida intromisión de la Corte en la conducción de las relaciones internacionales en que resulta su decisión, facultad que se encuentra radicada en el Ejecutivo; un tercer grupo, en fin, critica el uso erróneo o el desconocimiento de la dogmática constitucional y del derecho internacional a lo largo del fallo.

El comentario que se hará a continuación revisará la decisión de la Corte Suprema empleando algunas herramientas que provienen de las teorías de la argumentación, y no profundizará, por tanto, en las cuestiones sustantivas que podrían discutirse a la luz del derecho interno o internacional. Específicamente, el análisis reconstruirá el razonamiento seguido por el tribunal supremo para justificar su decisión de acoger la acción de protección intentada, identificando la cadena de enunciados de la sentencia y el tipo de argumentos utilizados,<sup>3</sup> y evaluando la forma en que se concatenan, presentan y emplean dichos argumentos.

El análisis constará de tres partes: en primer lugar, presentaré una reconstrucción del razonamiento plasmado en la sentencia; en segundo lugar, realizaré comentarios críticos a la forma y contenido de la argumentación del tribunal; y en tercer lugar, apuntaré algunas reflexiones finales.

## 2. Reconstrucción del razonamiento de la sentencia

La sentencia comienza señalando que los recurrentes solicitan, a través de la acción de protección interpuesta en favor de los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos, la tutela de los siguientes derechos: derecho a la vida e integridad física (artículo 19 N°1 inciso 3 de la Constitución Política de la República, en adelante CPR), la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19 N°3 CPR), el respeto y protección a la vida privada y pública (artículo 19 N°4 CPR), el derecho de petición (artículo 19 N°14) y el derecho de asociación (artículo 19 N°15 incisos 1 y 6 CPR). El fundamento de esta petición

---

3 Entenderé por argumentos las razones que respaldan la atribución de significado a un enunciado o texto normativo. La teoría y la dogmática jurídica denomina “argumentos interpretativos” a aquellas razones generalmente usadas y aceptadas por una cultura jurídica determinada para fundamentar la atribución de significado y para evaluar el resultado de esas operaciones. Uno de los catálogos más completos es el de Tarello, que menciona los siguientes: a contrario, a simili ad simile, a fortiori, a completudine, a coherencia, psicológico, histórico, apagógico, teleológico, económico, autoritativo o ab exemplo, sistemático, naturalista, equitativo, y a partir de principios generales. Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, (Giuffrè), 1980.

estaría dado por la doctrina de la “jurisdicción universal de protección de los derechos humanos”, según la cual –siguiendo la descripción que realiza la Corte– todos los estados pueden conocer atentados en contra de los derechos humanos universales, que tienen las características de ser imprescriptibles, inalienables, irreductibles, inmanejables e inquebrantables. Chile se encontraría obligado a conceder la tutela, ya que la normativa constitucional –particularmente, el artículo 5 inciso 2 y el artículo 20, que no distingue tipo de persona ni lugar donde se incurra en el acto u omisión que lesiona dichas garantías– y la normativa internacional –Declaración Universal de Derechos Humanos y Pacto de San José de Costa Rica– así lo exigen.

La sentencia también señala –aunque es una cuestión que luego no se retoma en profundidad– que los recurrentes invocan que aquellos cuya tutela se pide son “presos políticos” que han iniciado una huelga de hambre para obtener su liberación y el cese de la persecución, represión y censura llevada a cabo en su contra por parte del gobierno de Venezuela.<sup>4</sup>

La argumentación de la Corte Suprema gira en torno a determinar si tiene o no jurisdicción (entendida como competencia) para conocer de este asunto. Solo una vez determinado que es competente, toca a la Corte decidir otorgar o no la protección solicitada, examinando los requisitos de procedencia de la acción intentada. Así las cosas, es posible identificar dos grandes decisiones –o en lenguaje pragmatialéctico,<sup>5</sup> puntos de vista– a cuya defensa se avoca la

---

4 Destaco este punto ya que si bien los escritos del recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con fecha 25 de mayo de 2015, y el recurso de apelación interpuesto ante la Corte Suprema, con fecha 29 de septiembre de 2015, son poco claros en cuanto a los derechos invocados, insisten en que los ciudadanos venezolanos se encuentran privados de libertad por razones políticas, por ser parte de la oposición al gobierno de Nicolás Maduro. Así, el escrito de la acción de protección relata que son presos de conciencia, y que se encuentran en riesgo sus derechos a la vida e integridad física y psíquica, tras la huelga de hambre que ellos iniciaron. En el escrito de apelación se invocan dos grupos de derechos: el principio al (sic) debido proceso y el principio pro reo (en tanto se argumenta que la decisión denegatoria de la Corte se basa en una modificación del Auto Acordado del recurso de Protección, de fecha 17 de julio de 2015, producida durante la tramitación del recurso); el derecho a vivir en libertad e igualdad en democracia (en sociedad en la que rija el Estado de derecho). Es un escrito confuso, que agrega a lo anterior, por una parte, que la Constitución prohíbe lesionar los derechos en su esencia y, por otra, que los derechos humanos son normas de ius cogens. El expediente se encuentra disponible en la página del poder judicial.

5 La teoría pragmatialéctica aplicada a los procesos judiciales tiene por objetivo reconstruir la argumentación de los intervinientes y del juez como parte de una discusión crítica sometida a control racional. La argumentación es vista como un proceso colaborativo de resolución de controversias o diferencias de opinión por medio de la argumentación. Para ello, plantean una serie de reglas de discusión crítica (un modelo normativo). El texto argumentativo lo constituyen todos los enunciados que se presentan en defensa de un punto de vista. La pragmatialéctica plantea, por una parte, distintas formas de organizar los argumentos, identificando dos estructuras básicas, una estructura simple y una estructura compleja, según se trate de argumento único o de varios argumentos (y dentro de esta última, distingue una argumentación compleja múltiple, coordinada u subordinada); por otra parte, conceptualiza tres principales esquemas de argumentación (análogo, causal y sintomático) cada uno

Corte: 1) La Corte Suprema es competente para conocer (de la apelación) del recurso de protección interpuesto, pues es un caso de jurisdicción universal (punto de vista 1, o PV1); y 2) Procede otorgar la protección solicitada a los ciudadanos venezolanos (punto de vista 2, o PV2).

A continuación, presentaré una reconstrucción del razonamiento con que la sentencia justifica cada uno de estos puntos de vista,<sup>6</sup> a través de enunciados numerados que constituyen las razones esgrimidas por la Corte para justificar cada una de sus decisiones. Las razones se presentan en niveles y subniveles hacia abajo. Entre paréntesis cuadrado y numerándolas con el mismo número del enunciado precedente más el símbolo “prima” (ejemplo, [1.1’]) he incluido premisas que parecen estar implícitas en el razonamiento del tribunal, y que permiten comprender mejor su hilo argumental. En letra cursiva se transcriben fragmentos textuales de la sentencia.

Luego de presentar la reconstrucción, realizaré algunos comentarios críticos sobre la forma y contenido de la argumentación. Así, me pronunciaré sobre el tipo de razones o argumentos que se emplean para fundamentar los puntos de vista, la manera de usar los argumentos, la forma de conexión entre ellos, algunas premisas a mi juicio erróneas (inválidas, inaceptables), enunciados controvertidos que se presentan como pacíficos, y razones que son irrelevantes o insuficientes.

PV 1: La Corte Suprema es competente para conocer (de la apelación) del recurso de protección interpuesto, pues es un caso de jurisdicción universal

1.1. Existe la jurisdicción universal, como excepción a la regla general de la territorialidad de la jurisdicción

[1.1’ La jurisdicción universal puede/debe ser invocada por los jueces y tribunales chilenos]

1.1.1. La comunidad internacional permite su aplicación

1.1.1.1. No es necesario tratado explícito vinculante al respecto

---

dotado de preguntas críticas que sirven para evaluar su uso. Vid., por todos, Van Eemeren, Franz y Grootendorst, Rob, *Argumentation, Communication and Fallacies. A Pragma-Dialectical Perspective*, (Lawrence Erlbaum Associates) 1992.

6 Nótase que este no es estrictamente el recorrido seguido por la Corte Suprema en su sentencia, ya que en ella varias de estas cuestiones aparecen desconectadas, en apartados distintos, o repetidas en varios considerandos diversos. Los considerandos tercero a décimo se agrupan bajo los siguientes distintos acápite: Sobre la jurisdicción universal en materias que afectan los derechos humanos; El Derecho comparado; La Jurisdicción universal en el Derecho Chileno; Sobre la competencia nacional; Sobre la procedencia del recurso.



1.1.1.2. No es necesario nexos de otra naturaleza, como la nacionalidad  
1.1.1.3. Existen normas de derecho internacional de orden superior  
o jus cogens

[1.1.1.3' La comunidad internacional reconoce la existencia de normas  
de jus cogens]

[1.1.1.3'' Chile forma parte de dicha comunidad internacional]

[1.1.1.3''' La pertenencia de Chile a dicha comunidad internacional lo  
obliga a reconocer las normas jus cogens]

1.1.1.3.1. El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho  
de los Tratados define norma jus cogens como: “una norma imperativa  
de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida  
por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma  
que no admite acuerdo en contrario”.

1.1.1.3.1.1. Las normas de jus cogens se caracterizan por: 1) no requerir  
aceptación expresa de los ordenamientos nacionales; 2) encontrarse por  
sobre los ordenamientos nacionales; 3) tender a velar por los derechos  
humanos consagrados en las cartas constitucionales

[1.1.1.3.1' La jurisdicción universal es una norma de jus cogens]

[1.1.1.3.1'' La jurisdicción universal protege los derechos humanos]

1.1.2. Las fuentes del derecho internacional respaldan la jurisdicción  
universal

[1.1.2' En Chile tienen plena vigencia estas fuentes de derecho  
internacional]

1.1.2.1. Derecho de los tratados: Convenios de Ginebra de 1949 y su  
Protocolo Adicional I de 1977; Convención contra el Genocidio; Estatuto  
de la Corte Penal Internacional; Convención contra la Tortura de 1984;  
Pacto de Derechos Civiles de San José de Costa Rica.

1.1.2.1.1. Estos tratados no contemplan taxativamente esta jurisdicción  
universal, pero ella estaría implícita en aquellos.

1.1.2.1.2. Una cantidad apreciable de Estados y la doctrina académica  
han formulado la interpretación “no rebatida” de que la vigencia de los  
derechos esenciales de la persona humana a que ellos aluden, solo es  
posible si se autoriza y hasta se obliga a los Estados a su cabal ejercicio a  
través de sus tribunales nacionales.

1.1.3. Derecho consuetudinario internacional

1.1.3.1. Es sabido que cumple un fuerte rol en la génesis y desarrollo  
del derecho internacional

1.1.3.2. Es sabido que en esta materia ha tenido un amplio camino recorrido

1.2. Es un caso que activa la jurisdicción universal

1.2.1. Es un caso de vulneración de derechos humanos

1.2.1.1. Aquellos cuya protección se solicita son titulares del derecho a la vida

1.2.1.1.1. El derecho a la vida es reconocido en todos los ordenamientos jurídicos del mundo como una garantía constitucional preeminente

[1.2.1.1.1' El derecho a la vida se encuentra reconocido por la Constitución chilena]

1.2.1.1.2. El derecho a la vida es una garantía constitucional preeminente porque se la ha recogido desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos

1.2.2. Se ha demostrado la efectividad de los hechos

1.2.2.1. Los ciudadanos venezolanos son presos políticos sin protección de los tribunales nacionales, y ello se encuentra probado por:

1.2.2.1.1. Los datos entregados por los recurrentes, que constan en el expediente

1.2.2.1.2. La copiosa información internacional disponible en internet y medios de comunicación globales de distintas nacionalidades y diferentes países

1.2.2.1.3. El silencio del país en el procedimiento (habiendo sido emplazado legalmente)

1.2.2.1.4. La circunstancia que el fiscal persecutor de su causa, ha salido de su país y ha declarado que el proceso en mención fue una invención oficial a la que fue obligado

1.2.2.1.5. Un largo período de encarcelamiento

1.2.2.1.6. La inaccesibilidad a la revisión de sus condiciones por organismos y personalidades internacionales

1.2.3. Es un caso similar a otros de derecho comparado en que se ha aplicado la jurisdicción universal

1.2.3.1. Caso Pinochet

1.2.3.2. Caso “Adolfo Scilingo”

1.2.3.3. Caso “Genocidio en Guatemala”

1.2.3.4. Caso “Genocidio en Tíbet”

1.2.4. Se cumplen los tres requisitos que los tratadistas exigen para su procedencia:

1.2.4.1. Inactividad de tribunales nacionales: los tribunales de otro país solo pueden actuar cuando los del lugar de los hechos no lo hagan

1.2.4.1.1. Los tribunales de la República Bolivariana de Venezuela no aparecen actuando con suficiencia en la protección de los derechos de sus ciudadanos ya individualizados

1.2.4.1.2. Los tribunales venezolanos tienen cierta connivencia con los propósitos políticos del gobierno local

1.2.4.2. Fuente idónea de derecho internacional: que la jurisdicción y la subsecuente competencia emanen de una fuente idónea del derecho internacional

1.2.4.2.1. La jurisdicción y competencia de la Corte Suprema, proviene de una fuente reconocida del derecho internacional, como son los tratados ya anotados y el *jus cogens* sustrato de toda la normativa mundial

1.2.4.3. No contradicción: que la legislación nacional a aplicar no contradiga el derecho internacional

1.2.4.3.1. La legislación de Chile se encuentra en completa armonía con el señalado derecho internacional

1.2.5. Si se permite la jurisdicción universal en materia criminal y en varias materias civiles (especialmente, de familia y comercial), con mayor razón se permite la dictación de medidas precautorias que hagan efectivos los derechos esenciales de la persona humana

1.2.5.1. Ello, aunque no existan precedentes objetivos en materia de protección por vía cautelar de los derechos esenciales de la persona humana

1.3. La jurisdicción universal y los derechos humanos son reconocidos en el derecho chileno como normas supraconstitucionales

1.3.1. El artículo 5 inciso 2 CPR señala que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes

1.3.2. Si los derechos humanos tienen rango supraconstitucional, con mayor razón lo tendrían las normas de *jus cogens*

[1.3.2' La jurisdicción universal es una norma de *jus cogens*]

1.4. Las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema son competentes para tutelar los derechos fundamentales de toda persona vía recurso de protección

1.4.1. El recurso de protección es la acogida procesal en la legislación nacional del derecho a la jurisdicción universal

1.4.1.1. El artículo 20 CPR no distingue ni nacionalidad ni lugar geográfico

[1.4.1.1.' Donde el legislador no distingue, no es lícito al intérprete distinguir]

1.4.2. El artículo 20 CPR encomienda el conocimiento de la acción de protección a la Corte de Apelaciones respectiva

1.4.2.1. Por Corte de Apelaciones respectiva debe entenderse tanto la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas como la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción éstos [el acto u omisión arbitraria o ilegal] hubieren producido sus efectos, a elección del recurrente (Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección, numeral 1)

1.4.2.2. El acto impugnado produce efectos en el domicilio de los recurrentes

1.4.2.2.1. El acto impugnado afecta personal y directamente a los recurrentes

1.4.2.3. La Corte de Apelaciones de Valparaíso era competente para conocer territorialmente de ese asunto

[1.4.2.3' La Corte Suprema es competente para conocer la apelación a la sentencia de la Corte de Apelaciones]

1.4.3. El recurso de protección es la garantía que otorga eficacia y concreción al derecho a la jurisdicción universal

PV 2: Procede otorgar la protección solicitada a los ciudadanos

Se cumplen los requisitos legales para otorgarla

1.0.1. Existe una garantía constitucional que cautelar, cual es el derecho a la vida de los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos

1.0.2. Se ha establecido suficientemente el acto de amenaza denunciado en el marco exigible en esta clase de procedimientos

1.0.3. Se considera razonable estimar el acto como arbitrario

### 3. Análisis crítico

La reconstrucción intentada muestra que el principal punto de vista desarrollado en los considerandos de la sentencia es el primero: La Corte Suprema es competente para conocer (de la apelación) del recurso de protección interpuesto, pues es un caso de jurisdicción universal. Esta decisión interpretativa se apoya en los siguientes cuatro argumentos, que pretenden, en conjunto, justificarla:<sup>7</sup> 1.1. Existe la jurisdicción universal, como excepción a la regla general de la territorialidad de la jurisdicción; 1.2. Es un caso que activa la jurisdicción universal; 1.3. La jurisdicción universal y los derechos humanos son reconocidos en el derecho chileno como normas supraconstitucionales; 1.4. Las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema son competentes para tutelar los derechos fundamentales de toda persona vía recurso de protección.

Como puede apreciarse, se trata de argumentos de distinta naturaleza y nivel. Tal como ellos se desarrollan, bien podría decirse que se trata de líneas de argumentación que podrían haberse presentado como alternativas:<sup>8</sup> una de ellas se refiere a la jurisdicción universal (existencia, vinculatoriedad, concurrencia de los requisitos fácticos para que opere) y otra se refiere a la obligación de los jueces y tribunales chilenos de tutelar, en forma amplia, los derechos fundamentales de toda persona, siendo uno de esos mecanismos el recurso de protección. Cualquiera sea la línea que se siga, y dependiendo de la profundidad argumentativa, podría haber resultado justificada la protección de los derechos amenazados invocados. Volveré sobre este punto más adelante.

De la primera cadena de argumentos (1.1. y siguientes) me parece relevante señalar que, pese a que se trata de una afirmación que podría encontrar respaldo en la dogmática *ius internacionalista*, su desarrollo es confuso y abusa de las implicaturas. Es cierto que en un proceso de

7 Desde la teoría pragmatialéctica, es un caso de argumentación compleja coordinada, en el que dos o más argumentos sostienen conjuntamente un punto de vista. Se trata de argumentos interdependientes.

8 Podría haberse presentado como un caso de argumentación múltiple, entendida como aquella en la que dos o más argumentos defienden por sí solos, o de manera independiente, el punto de vista.

argumentación no todo debe explicitarse (ya que los participantes comparten cierto background, lenguaje e información común) pero no lo es menos que, en este caso concreto, la inclusión expresa de las premisas implícitas habría mejorado considerablemente el razonamiento. Así, la defensa de la existencia de la jurisdicción universal, no parece ser tan relevante como la afirmación de que la jurisdicción universal es una norma de jus cogens [I.I.I.3.I]’;<sup>9</sup> que las normas de jus cogens son vinculantes para la comunidad internacional [I.I.I.3’], sin necesidad de reconocimiento expreso (I.I.I.I.); que Chile forma parte de dicha comunidad internacional [I.I.I.3’] y, en tanto tal, se encuentra obligado a reconocer aquellas normas [I.I.I.3’]’; y que los jueces chilenos pueden/deben invocar dicha norma [I.I.]’<sup>10</sup> para proteger los derechos humanos [I.I.I.3.I’].

Pero esta línea de argumentos no se refiere solo a la aceptación de la jurisdicción universal por parte de la comunidad internacional, sino que esta jurisdicción, se arguye, está reconocida tanto por el derecho de los tratados como por el derecho consuetudinario. Nótese cuatro defectos en este punto. En primer lugar, se cita una serie de tratados en respaldo (I.I.2.I.), que versan sobre materias diversas, y que, se ha criticado, implica borrar distinciones importantes, como aquella entre punición y protección de derechos, o entre normas penales y derechos fundamentales, específicamente, al invocar conjuntamente el estatuto de Roma y la Convención Americana.<sup>11</sup> Estos mismos críticos dan cuenta de que la referencia general a este conjunto de convenciones debilita la argumentación, ya que algunas establecen la jurisdicción territorial, otra la jurisdicción internacional, otra regula la jurisdicción universal bajo condición, y únicamente las Convenciones de Ginebra 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977 establecen la jurisdicción universal obligatoria para los Estados partes y sin condiciones de territorialidad.

En segundo lugar, se sostiene en la sentencia que los tratados no contemplan la jurisdicción universal taxativamente (I.I.2.I.I.), afirmación que, leída con

9 Llama la atención que en ninguna parte de la sentencia se sostiene directamente que la jurisdicción universal es una norma de jus cogens. El único extracto que se acerca a una afirmación implícita como la apuntada aquí es esta: la jurisdicción y competencia que esta Corte se atribuye, proviene de una fuente reconocida del derecho internacional, como son los tratados ya anotados y el jus cogens sustrato de toda la normativa mundial (registrada en la argumentación como enunciado I.2.4.2.I.)

10 Que sea facultativo u obligatorio la invocación de la jurisdicción universal por parte de tribunales chilenos es algo que no queda del todo claro, por lo que se ha reconstruido la premisa implícita con aquella duda (pueden/deben).

11 El Mostrador.cl: Gallego, Javier, Lobo, Juan Francisco, “Jurisdicción universal y protección de derechos humanos”, 27 de noviembre de 2015.

las que la preceden (I.I.2. y I.I.2.I.), equivale a decir, simultáneamente, que la jurisdicción universal se encuentra reconocida por los tratados y que no se encuentra reconocida. Habría sido más apropiado, probablemente, afirmar cuáles son aquellos que la reconocen –como se acaba de referir– y cuáles no la reconocen explícitamente, y de ser el caso, presentar la forma en que, implícitamente a través de la reconstrucción de la ratio subyacente a varias normas, sería posible afirmar su vigencia.

En tercer lugar, estamos ante una de las diversas generalizaciones indocumentadas que despiertan la sospecha del lector. Se dice que “una cantidad apreciable de Estados” y “la doctrina académica” sostienen una interpretación “no rebatida” sobre la relación que existe entre la vigencia de los derechos humanos y la facultad y obligación de los tribunales de garantizar el ejercicio de aquellos (I.I.2.I.2.). Si ello es así, bastaría una referencia a cuáles son los estados y cuál es la doctrina académica más representativa que interpreta en este sentido. El argumento dogmático, en tanto forma de razonamiento que apela a la autoridad –y, cuando se invoca que es mayoritario, apela también al consenso de la discusión científica en cierto ámbito– no funciona como tal si no se cita la fuente. Y, aunque podríamos estar de acuerdo con el contenido del enunciado, parecería que se transita, sin matices, entre el ámbito interno y el internacional o “universal”. Que los estados deben garantizar el ejercicio de los derechos esenciales de la persona humana a través de “sus” tribunales nacionales parece ser un enunciado incuestionable desde el punto de vista del ordenamiento jurídico chileno, y, por lo tanto, no habría razón para intentar respaldarlo por medio de las generalizaciones antes aludidas. Parece ser, entonces, que lo que se quiere afirmar –y siguiendo una lectura sistemática de otras afirmaciones de la sentencia que vienen más adelante– es que todo estado debe garantizar los derechos humanos de toda persona (nacional o extranjera) por medio de sus tribunales. Y esta última cuestión, implica, como se ha hecho ver por algunos autores,<sup>12</sup> un desborde del principio de la territorialidad de la jurisdicción y hasta, podría decirse, una suplantación de la categoría de extraterritorialidad como regla general.

En cuarto lugar, no se entiende muy bien la mención al derecho consuetudinario internacional (I.I.3.), toda vez que nada se dice sobre cómo esta fuente recogería el principio de jurisdicción universal. Simplemente se apela a un supuesto conocimiento compartido cuando se afirma que “es

---

12 El Mostrador.cl: Gallego, Javier, Lobo, Juan Francisco, “Jurisdicción universal y protección de derechos humanos”, 27 de noviembre de 2015.

sabido” que el derecho consuetudinario ha cumplido un fuerte rol en la génesis y desarrollo del derecho internacional –cuestión que es irrelevante para la fundamentación– y que también es sabido que en esta materia ha tenido un amplio camino recorrido, sin indicar la fuente que respalde estas afirmaciones o que las circunscriba al problema en cuestión.

Las críticas a la segunda razón (I.2.) pueden sintetizarse así: a) razonamiento insuficiente para dar por probados los hechos constitutivos de la vulneración de derechos invocada; b) mal uso del argumento por analogía; c) no identificación de la fuente de autoridad en el uso del argumento dogmático; d) erróneo uso del argumento sistemático y a fortiori.

La jurisdicción universal se activa, según se fundamenta, porque se trata de un caso de vulneración de derechos humanos (I.2.1.) –específicamente, un caso de amenaza del derecho a la vida– y se ha probado la efectividad de dicha amenaza o vulneración (I.2.2.). Al igual que hiciera notar más arriba,<sup>13</sup> no es claro que la amenaza recaiga exclusivamente en el derecho a la vida, sino que se invoca la afectación de otros derechos, como el “debido proceso” –cuya vulneración podría vincularse a las denuncias referidas al largo período de encarcelamiento y a irregularidades del Poder Judicial venezolano–, la libertad personal, la libertad de conciencia y la libertad de asociación.

Con relación a la efectividad de los hechos, se argumenta que se encuentra probado que “los ciudadanos venezolanos son presos políticos sin protección de los tribunales nacionales”. Las “pruebas” que se invocan son diversas, aunque podrían agruparse en tres: los dichos de los recurrentes, el silencio del país y la información disponible en la web. Con independencia de los sentimientos de solidaridad que podrían despertar los ciudadanos venezolanos por el clima político y social en que se encuentran, aquí está en juego el ejercicio de la actividad jurisdiccional, que debe cumplir con ciertos requisitos epistémicos más exigentes que la mera opinión pública o información de internet si entendemos que, al menos en parte, el proceso se orienta a la aproximación a la verdad. Es por ello que son insuficientes las afirmaciones acerca de la comprobación de la efectividad de los hechos que realiza la Corte basadas en los dichos de los recurrentes, el silencio del país y las fuentes de internet. Criterios de fiabilidad, suficiencia, diversidad y pertinencia son algunos de los que debiesen tenerse en cuenta para evaluar las pruebas que actúan como razones que apoyan la hipótesis a defender o hecho a probar –en este caso, que se encuentra probada la

---

<sup>13</sup> Véase supra nota 3, e infra las críticas gruesas de la Reflexiones finales.



amenaza del derecho a la vida invocada— en la inferencia probatoria que lleva a cabo el juez.<sup>14</sup> Otra posibilidad es que se consideren hechos públicos y notorios, y en tanto tal estén exentos de prueba, opción que no se explicita en el fallo.

En el caso bajo análisis, además, la jurisdicción se ejerce de forma extraordinaria, toda vez que la extraterritorialidad —el juzgamiento de hechos acaecidos en el territorio de otro estado— es una excepción a la regla general, y bien podría argüirse que ello amerita un razonamiento reforzado. En vez de ello, el lector se encuentra con expresiones tales como “proceso aparentemente ilegítimo” y “hechos de connotación evidentemente política”, que cumplen la función de rehuir de la obligación de precisar elementos probatorios.

La efectividad de los hechos y las pruebas aludidas se esgrimen, en esta parte de la cadena argumental, como razones para apoyar el enunciado “Es un caso que activa la jurisdicción universal” (1.2.). Hacia el final de la sentencia, sin embargo, se elabora un enunciado similar como fundamento del otorgamiento de la protección solicitada, cuando se señala que se ha establecido el acto de amenaza denunciado (2.1.2.), sin identificar, allí, las pruebas que lo justifican, como se verá.

La segunda crítica a la segunda razón se refiere al mal uso del argumento por analogía. Bajo el acápite “Derecho comparado”, la sentencia se refiere a cuatro casos: el primero de ellos, el “Caso Pinochet”, con una somera, parcial y dispersa explicación, y los tres siguientes (“Adolfo Scilingo”, “Genocidio en Guatemala” y “Genocidio en Tíbet”) sin agregado alguno. Desde el punto de vista argumentativo, la pretensión subyacente es que estos casos de derecho comparado funcionen como un argumento analógico, pero es imposible que operen como tales cuando no se explicita la similitud entre estos casos y el que estamos analizando. No es este el momento de ofrecer una descripción acabada de la analogía como esquema de razonamiento en el derecho, pero es claro que la extensión de la solución de un caso a otro pasa necesariamente por justificar que existe una similitud entre los casos —esto es, que son casos comparables— y que esa semejanza amerita que sean tratados de la misma manera (por existir la misma razón).<sup>15</sup> Igualmente debiese considerarse, como se hace a través de las denominadas “preguntas críticas” de la pragmatialéctica, si hay

<sup>14</sup> Sobre los criterios de solidez de la inferencia probatoria, véase González, Daniel, “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal II)”, en *Jueces para la democracia*, N° 47, 2003, pp.41-44.

<sup>15</sup> Para el argumento analógico como un tipo de argumentación extensiva, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, (Porrúa, UNAM) 2003, pp.34-37.

alguna diferencia relevante cuya consideración constituya una razón para no aplicar la misma solución de los casos anteriores al presente.

Otra posibilidad es que no se haya querido, por la Corte, dar un uso técnico –analógico– a estos casos, sino que se hayan empleado simplemente como argumentos que apelan a la emotividad, porque se consideren retóricamente persuasivos. Sin embargo, cualquiera sea la pretensión de los ministros al traer estos casos de derecho comparado a la redacción del fallo, el problema en realidad es que no dan cuenta de los puntos comunes y su sola mención no produce persuasión en el lector. Como han sostenido algunos autores, son casos muy distantes del actual tanto en relación a cómo fueron tratados, como en relación al tipo de vulneraciones a los derechos humanos involucrados en ellos: todas de la mayor gravedad y calificadas como genocidio, tortura o crímenes de lesa humanidad.<sup>16</sup>

Un siguiente argumento en apoyo del enunciado “Es un caso que activa la jurisdicción universal” (I.2.) consiste en afirmar que se cumplen los tres requisitos que los tratadistas exigen para su procedencia (I.2.4.). Similarmente a los problemas en el uso del argumento dogmático ya identificados, el ejercicio por parte de la sentencia consiste en la mera invocación de la existencia de una doctrina –¿uniforme?– que exige la concurrencia de ciertos requisitos para que proceda la jurisdicción universal. No está de más decir que las meras enunciaciones no configuran un argumento, aunque podrían constituir un germen de argumento en apoyo de una decisión o punto de vista. La referencia a los tratadistas cuando se mencionan los requisitos y seguidamente se comprueba su concurrencia, aparece, por lo demás, como ad-hoc: se enuncian y se dan por cumplidos. El primero de ellos, inactividad de los tribunales nacionales, es una situación fáctica que se comprueba con dos enunciados (I.2.4.I.1. y I.2.4.I.2.). El último de ellos está redactado en términos indeterminados, ya que se dice que y hasta se podría sostener que [los tribunales de la República Bolivariana de Venezuela aparecen actuando] con al menos cierta connivencia con los propósitos políticos del gobierno local. El segundo de ellos, fuente idónea de derecho internacional de la cual emane la competencia de la Corte, se da por cumplido aludiendo a los tratados y las normas de jus cogens. Por último, se dice concurrir el requisito de no

---

<sup>16</sup> Véase El Mostrador.cl: Gallego, Javier, Lobo, Juan Francisco, “Jurisdicción universal y protección de derechos humanos”, 27 de noviembre de 2015; y Zúñiga, Francisco, “Sentencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia que acoge recurso de protección de venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos. Rol N°17.393-2015 de 18 de noviembre de 2015”, en Revista de Derecho Público, Vol. 83, N°2, (Universidad de Chile), 2015, p.179.

contradicción señalando que la legislación de Chile a aplicar se encuentra en completa armonía con el derecho internacional. La referencia a la legislación nacional habría que entenderla hecha al recurso de protección y a los derechos constitucionalmente reconocidos.

En 1.2.5. se consagra un intento de argumento sistemático<sup>17</sup> unido al argumento a fortiori: si la jurisdicción universal permite el juzgamiento criminal y el civil, entonces con mayor razón permite la aplicación de medidas precautorias como la del recurso de protección. Este argumento resulta, por una parte vago, en el sentido que las referencias a esos otros ámbitos de aplicación de la jurisdicción universal no se explicitan y, por otra parte incorrecto, impreciso o contradictorio, desde el punto de vista sustantivo, con otras de las afirmaciones de la sentencia.<sup>18</sup> Para que el argumento a fortiori –que es una subespecie de argumento analógico– en la categoría a maiori ad minus funcione, es necesario dar cuenta, en primer lugar, de la razón “por la que a un supuesto de hecho se conecta una consecuencia y no otra”, y en segundo lugar, de la mayor razón del supuesto de hecho no regulado al que se le quiere extender la misma consecuencia jurídica.<sup>19</sup> Aplicado al problema jurídico de esta sentencia, el uso de este argumento supone que la sentencia debe explicitar cuál es la razón por la que se permite la jurisdicción universal (consecuencia jurídica) en algunos casos criminales (supuesto de hecho 1), y debe analizar si respecto de un procedimiento de tutela (supuesto de hecho 2) concurre la misma razón para permitir la jurisdicción universal (misma consecuencia jurídica), cuestiones estas que la sentencia simplemente ignora. Aunque el argumento a fortiori no requiere una relación de semejanza, bien podría decirse que en este caso la comparación y la extensión de la solución de un supuesto a otro no procede: una cosa es un procedimiento criminal y otra de naturaleza diversa, es la aplicación de garantías o procesos de tutela frente a eventuales amenazas de derechos fundamentales no constitutivas de delitos, y es precisamente esta diferencia la que hace que las normas que los regulan sean diversas. Podría afirmarse que la relación es precisamente al revés: la jurisdicción universal es una regla excepcional de extraterritorialidad que se reserva a casos de delitos

---

17 Sobre las clases de argumentos sistemáticos, véase Ezquiaga, Francisco “Argumentos interpretativos y el postulado del legislador racional”, en *Isonomía*, N°1, pp. 69-98, en pp.88-93.

18 Gallego y Lobo indican que la extensión de la jurisdicción universal más allá de materias criminales es un grave error del fallo. *El Mostrador.cl*: Gallego, Javier, Lobo, Juan Francisco, “Jurisdicción universal y protección de derechos humanos”, 27 de noviembre de 2015.

19 Guastini, Riccardo, *ob. cit.*, pp.38-39.

gravísimos como los regulados por la jurisdicción universal contemplada por el derecho internacional. Si esto es así, el argumento a fortiori es inadecuado, aunque tuviese atisbos de persuasividad. Adicionalmente, en esta parte de la sentencia se explicita un contraargumento que incorpora incertidumbre a la argumentación y la debilita cuando se señala que esto es así aunque no existan precedentes objetivos en materia de protección por vía cautelar de los derechos esenciales de la persona humana; es decir, existe esta mayor razón de aplicar la jurisdicción universal en la tutela de los derechos humanos, aunque nadie lo haya hecho nunca.

La tercera gran razón para afirmar la jurisdicción de los tribunales superiores de justicia chilenos en este caso tiene que ver con la jerarquía de las normas sobre jurisdicción universal y sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico chileno. Se afirma que es el propio derecho chileno, a través del frecuentemente citado inciso segundo del artículo 5 de la Constitución, el que otorga la calidad de normas supraconstitucionales a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Pues bien, no se trata en absoluto, a mi parecer, de una cuestión incontrovertida en la dogmática, y lo cierto es esta disposición admite y ha tenido varias interpretaciones posibles, una de las cuales entiende que lo que allí se dice es, simplemente, que aquellos derechos constituyen un límite al ejercicio de la soberanía. Demás está decir que las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, la forma monista o dualista en que se comprenda su articulación, y la cuestión de su ordenación jerárquica es un debate sin una única respuesta entre juristas y teóricos del derecho. En cualquier caso, lo problemático aquí es la estrategia de hacer pasar por indiscutida una premisa discutible, cual es la supraconstitucionalidad. Por otra parte, se da un argumento a fortiori de origen dogmático que reza así: Si los derechos humanos tienen rango supraconstitucional, con mayor razón lo tendrían las normas de *jus cogens* (1.3.2.). El argumento adolece de incompletitud, porque, una vez más, no es claro respecto a cuál es la razón para atribuir rango supraconstitucional a los derechos humanos, ni sobre la mayor razón que existiría a favor de las normas de *jus cogens* para extenderles este rango. Precisamente, la calidad que quiere extenderse a las normas de *jus cogens*, la supraconstitucionalidad, se encuentra infrajustificada.

Podría, además, plantearse si es necesario defender, desde el punto de visto del derecho interno, la vinculatoriedad de las normas de *jus cogens* para el Estado chileno a partir de la norma constitucional citada, especialmente

si eso aparecía ya resuelto en el argumento 1.1., en el que se argüía, con contundencia, que las normas de jus cogens no requieren aceptación expresa por parte de los estados que forman parte de la comunidad internacional, en la que se incluye Chile. Si se tratase de un argumento inatacable, plantearlo contribuye a la fuerza de la argumentación; en caso contrario, como parece ser este, hay que examinar si fortalece o enerva el razonamiento, y tomar la decisión de incorporarlo o no en conformidad.

La última razón (1.4.) que justifica la primera decisión se refiere a la competencia de los tribunales nacionales para tutelar, vía protección, los derechos fundamentales de toda persona. Los problemas argumentativos que se presentan son tres: primero, hay un problema de conexión con otros argumentos planteados con anterioridad por la sentencia; segundo, se realizan interpretaciones correctoras que extienden el significado de los enunciados, más allá de lo que el tenor literal, finalidad y función autorizan; tercero, hay saltos argumentativos entre enunciados.

Estrictamente hablando, si se afirma que la competencia de los tribunales nacionales proviene de fuente internacional, y más precisamente, del derecho de los tratados y de normas de jus cogens, pareciese ser que cualquier mecanismo procesal de derecho interno y cualquier tribunal sería idóneo para conocer de los asuntos que se activan en virtud de la “jurisdicción universal de protección de derechos humanos”. En otras palabras, es irrelevante justificar la competencia de los tribunales nacionales a partir del recurso de protección, dado que ya ha quedado establecido que aquella emana del principio de la jurisdicción universal. Decir, más aún, que el recurso de protección es la acogida procesal que tiene el referido principio o que es la garantía que le otorga eficacia y concreción, es una afirmación descuidada (forzada) porque no atiende a la relación temporal entre el surgimiento de ambas instituciones. El razonamiento podría desmontarse así: si el derecho a la jurisdicción universal está reconocido en el derecho chileno, entonces, debe tener una acogida procesal. Este es un caso claro de non sequitur.

La razón de desarrollar esta segunda vía de justificación de la competencia podría encontrarse en el hecho de que la Corte Suprema es consciente de que los casos de jurisdicción universal no alcanzan a cualquier caso de amenaza de derechos humanos y requiere reforzar la conclusión contraria. Pero si esta es la estrategia, podría haberse concentrado en profundizar la fundamentación de la interpretación extensiva intentada tanto del encabezado del artículo 19 como del artículo 20 de la Constitución.

Y este es el segundo de los problemas de los subargumentos que sostienen el enunciado 1.4.: se dice por los sentenciadores que el artículo 19 “asegura a todas las personas” (sin distinguir su nacionalidad o ubicación geográfica, y el artículo 20 concede la acción de protección a “todo aquel” (cualquier persona) que sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de uno o más derechos y garantías establecidos en el artículo 19 y que se encuentren dentro de los enumerados por el artículo 20, sin distinguir su nacionalidad o ubicación geográfica. Por tanto, cabe interpretar estas disposiciones extensivamente, ya que allí donde el legislador no distingue, diría el adagio, no es lícito al intérprete distinguir. Es verdad que esto último no lo dice expresamente la sentencia, pero sería posible reconstruirlo como premisa implícita. Toda persona humana es titular de los derechos del artículo 19 de la Constitución chilena y toda persona humana es titular de la acción de protección ante las Cortes de Apelaciones nacionales, pudiendo concurrir por sí o por cualquiera a su nombre, hipótesis esta última que es la del caso bajo análisis. Así, se descontextualiza y “deslocaliza”<sup>20</sup> el recurso de protección, y se lo presenta desarraigado de su función, su finalidad y de la operalización y aplicación que ha tenido dentro de la comunidad jurídica nacional.

Por otra parte, un salto argumentativo es el que existe entre el enunciado que afirma que el acto produjo efectos en el domicilio del recurrente (y que, por tanto, es uno de los supuestos que sirve para determinar que la Corte es competente) y el enunciado que sostiene que esos efectos se produjeron porque a los recurrentes les afecta personal y directamente. En una redacción alternativa a la efectuada en la sentencia, la Corte estaría afirmando lo siguiente: “Los efectos del acto u omisión arbitraria o ilegal que ocasiona privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales se han producido en el domicilio de los recurrentes, y este domicilio se encuentra dentro del territorio jurisdiccional de la Corte de Apelaciones de Valparaíso”.

La primera observación es que la interpretación de la norma del auto acordado que define cuál es la Corte competente exige preguntarse ¿efectos para quién o sobre quiénes? y resulta claro que se trata de los efectos del acto u omisión que afectan al titular de las garantías. Y estos efectos consisten en

---

<sup>20</sup> Gallego y Lobo sostienen que esta interpretación de las “garantías sin localización”, conduce a la disolución de la distinción entre derecho constitucional y derecho internacional, entre un derecho constitucional y un derecho humano. Gallego, Javier, Lobo, Juan Francisco, “Jurisdicción universal y protección de derechos humanos”, en *El Mostrador*, 27 de noviembre de 2015.

sufrir la privación, perturbación o amenaza, que recaen, en este caso, en los ciudadanos venezolanos, y no sobre quienes recurren a su nombre. La segunda observación se refiere a que las afirmaciones de hecho deben probarse y no meramente invocarse como verdaderas. En el caso en cuestión, los recurrentes no dicen que los actos de detención de los ciudadanos venezolanos les afectan personalmente y, aunque lo hubiesen dicho, aquella afirmación resulta exigua para respaldar el supuesto de hecho que pone en movimiento la competencia del tribunal.

La segunda decisión, Procede otorgar la protección solicitada a los ciudadanos (PV<sub>2</sub>) tiene una fundamentación bastante escueta, dado que, podríamos decir, correspondería al último tramo de razonamiento, en el cual bastaría hacer un ejercicio de subsunción de la premisa menor (fáctica) en la premisa mayor (norma), y que da por resultado la conclusión o decisión. Desde la teoría de la argumentación jurídica, se podría afirmar que la “justificación externa” de las premisas estaría consignada a lo largo de toda la sentencia, y no sería este último paso –denominado justificación interna– el momento de cuestionar dicha justificación.<sup>21</sup> Sin embargo, para que ello funcione, debe tratarse de las mismas premisas y de una fundamentación adecuada y suficiente, condiciones estas que no se dan en esta sentencia.

Como se constató anteriormente, dado que la Corte incursiona en dos líneas de argumentación, que presenta como complementarias pero que bien podrían entenderse como alternativas,<sup>22</sup> se produce una confusión de planos y un desorden en la forma de presentar los argumentos, que hace que el considerando final realice este ejercicio de subsunción, pero solo refiriéndose a la procedencia de la acción de protección. Es decir, este considerando invisibiliza el problema de la jurisdicción universal –de hecho, no se emplea esta expresión en esta parte– y la decisión se limita a hacer un chequeo veloz sobre la procedencia de los requisitos del recurso de protección, seguida de la medida de cautela del derecho a la vida. Así, se dice en forma condensada que se cumplen los requisitos para otorgar la protección: existe la garantía a cautelar (derecho a la vida); se ha establecido el acto de amenaza; y es razonable estimarlo como arbitrario.

Se repiten, en este lugar, los problemas de falta de acreditación de los hechos ya enunciados, toda vez que lo que se encuentra implícito es que el

21 La distinción entre justificación interna y justificación externa es de Wróblewski, Jerzy, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, en *Rechtstheorie*, 1974, pp. 33-46.

22 Véase texto al que se vincula la nota 8.

lector debiese remitirse a los mismos hechos y pruebas más arriba establecidos como un requisito para activar la jurisdicción universal, y que aquí actuarían como requisitos para otorgar la protección. Esto es, pese a que solo se dice brevemente que “Se ha establecido suficientemente el acto de amenaza denunciado en el marco exigible en esta clase de procedimientos”, debemos concluir que se trata de los mismos hechos. La frase en cursivas actúa como contraargumento o como excusa frente a una justificación insuficiente, que ataca la fuerza de la premisa.

Finalmente, se señala que existe razonabilidad en la evaluación del acto como arbitrario, sin ninguna justificación adicional. “Razonable”, en este enunciado, opera como un calificador, en la terminología del esquema de Toulmin,<sup>23</sup> y que consiste en un elemento de los argumentos que explicita su fuerza relativa, o la circunstancia de que no existe certeza absoluta sobre la conclusión, sino que ella es solo probable. Así, un calificador añade incertidumbre sobre la verdad de un enunciado, en este caso, incorpora una duda sobre el carácter de arbitrario que se quiere afirmar. En otras palabras, el acto es o no arbitrario, y la fuerza de decir “el acto es arbitrario” es morigerada con la expresión “es razonable considerarlo arbitrario”.

La medida cautelar decretada por la Corte Suprema consiste en ordenar al Gobierno de Chile a requerir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA para que constate el estado de salud y situación de privación de libertad de los protegidos, y para que la Asamblea de esta organización adopte las medidas que sean necesarias para la protección de sus derechos esenciales.

#### **4. Reflexiones finales**

La descomposición de los distintos argumentos empleados en una sentencia y su presentación en forma de cadenas de enunciados que reconstruyen el razonamiento de un tribunal, es un ejercicio que permite visibilizar los aciertos y errores argumentativos de esta clase de textos y decisiones. Así, a partir del árbol de razones identificado, ha sido posible detectar desconexión entre enunciados, incompletitud y mal uso de ciertos argumentos, problemas de diseño de la argumentación y dificultades para rescatar el

---

23 Toulmin, Stephen, *The uses of argument*, (Cambridge University Press) 2003 [1958], pp.93-94.



hilo conductor. A los problemas de interpretación de normas (de derecho internacional, constitucional, procesal) y de falta de profundidad acerca del debate dogmático, se unen problemas de estructura argumentativa y justificación bastante significativos.

Al tiempo que estas herramientas sirven para descomponer y analizar el curso argumental seguido en un texto, ellas pueden –y esta era una de las apuestas de las teorías de la argumentación, tanto en el ámbito jurídico como general– emplearse para construir la justificación de una decisión jurídica, usándolas como parámetros de control de la claridad, suficiencia, pertinencia y fuerza de las razones que la componen.

Como se ha demostrado en estas líneas, la sentencia bajo análisis presenta muchas deficiencias desde el punto de vista argumentativo. En líneas gruesas, se trata de un texto que, en primer lugar, adolece de incoherencias y desconexiones entre párrafos. Este desorden dificulta detectar cuál es el curso argumental que sigue. Ejemplo de ello es el tránsito entre la parte final del considerando tercero y el inicio del cuarto, a propósito de los requisitos que deben reunirse, según los tratadistas, para la aplicación de la jurisdicción universal (la sentencia en esta parte emplea la expresión “aplicación del derecho (sic) universal”). El considerando cuarto enlaza con el anterior, pero en vez de analizar directamente la concurrencia o no de los criterios en el caso en cuestión, que es la promesa con la que comienza dicho considerando, la Corte realiza una serie de afirmaciones, tales como que los recurrentes, personas de buena voluntad –determinadas y reconocibles, han requerido de los tribunales chilenos a través del procedimiento constitucional de protección de las garantías de más alto rango, una medida cautelar que resguarde la vida de los ciudadanos venezolanos. Que los recurrentes sean personas de buena voluntad es una afirmación a la vez subjetiva y no contrastada, como irrelevante respecto de esta acción de protección.

Seguidamente, y de manera discontinua, la sentencia señala que el derecho a la vida es reconocido en todos los ordenamientos jurídicos del mundo como una garantía constitucional preeminente y ello porque se la ha recogido desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Aquí la forma de articular el derecho a la vida y su justificación es pobre, descontextualizada y quizás inversa a la que sugiere el tribunal: el derecho a la vida no es preeminente porque se le ha recogido desde la Declaración universal de derechos humanos, sino que es dable pensar que fue su preeminencia lo que justificó su incorporación a esa declaración.

El párrafo final del considerando cuarto deja constancia que el resto de los derechos que se insinúan amagados, aparecen solamente como ilustrativos, desde que en estrados se ha admitido que uno de sus hechos constitutivos –la huelga de hambre– ha cesado a estas alturas. Surge, en este lugar, la pregunta sobre cuáles son, efectivamente, los derechos amenazados. El tribunal parece insistir en que es el derecho a la vida el derecho a tutelar, pese a que haya cesado la huelga. Si esto es así, se echa en falta, precisamente en este punto, una justificación mayor sobre la forma en que el derecho a la vida se ve amagado, toda vez que las alegaciones de los recurrentes iban dirigidas a que aquel derecho se estaba viendo seriamente amenazado por la huelga de hambre, situación que a la época de interposición del recurso de apelación, había cesado hace ya varios meses.<sup>24</sup>

Bien podría haberse fundamentado, a partir del carácter de presos políticos de los ciudadanos cuya protección se perseguía, que el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y psíquica estaba siendo amenazado en la medida en que no estaban dadas las condiciones para evitar que el gobierno cometiese actos que atentasen contra esos derechos mientras estuviesen ilegítimamente privados de libertad.

En la misma línea, otros de los derechos invocados en el escrito de protección y en los primeros párrafos de la sentencia no guardan relación con la huelga de hambre, y por tanto el cese de esta no significa que haya cesado la afeción de aquellos. De entre estos derechos, se encuentran el derecho de asociación, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y el respeto y protección de la vida privada. Tampoco es claro que la incorporación de aquellos otros derechos se haya realizado, por la parte recurrente, con fines meramente ilustrativos, como afirma la sentencia.

Una segunda crítica gruesa, desde el punto de vista argumentativo, es la incompletitud y la falta de profundidad y de desarrollo de ciertos argumentos. Así, por mencionar alguno, sucede con la jurisdicción universal,<sup>25</sup> respecto de la cual no se da un concepto claro ni una justificación sólida, no se dice

---

24 De hecho, se le puso término antes del mes de iniciada, con fecha 23 de junio de 2015, durante la tramitación del recurso ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, cuya sentencia es de fecha 28 de septiembre de 2015. El escrito de apelación es de fecha 29 de septiembre de 2015.

25 Zúñiga advierte que existe desconocimiento del ámbito de aplicación y extensión indebida de la jurisdicción universal, ya que el derecho internacional de los derechos humanos la reserva para comisión de delitos graves y no para la tutela de derechos fundamentales en procedimiento de amparo ordinario. Zúñiga, Francisco, "Sentencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia que acoge recurso de protección de venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos. Rol N°17.393-2015 de 18 de noviembre de 2015", en Revista de Derecho Público, Vol. 83, N°2, (Universidad de Chile), 2015, pp.167-181, en p.179.

directamente que se trata de una norma de jus cogens, no se indica el tipo de problemas frente a los cuales se activa y en torno al cual se dan referencias de derecho internacional y de dogmática imprecisas y equívocas. Relacionado con lo anterior, la sentencia confunde y parece tratar como normas de jus cogens tanto la jurisdicción universal como los derechos humanos –cuestión que podría provenir de que el recurrente dice expresamente, en el escrito de apelación, que los derechos humanos tienen naturaleza de normas de jus cogens–, o parece querer instalar la idea de que la jurisdicción universal es un derecho humano, aunque siempre con la estrategia del lenguaje indirecto e indeterminado.

Con posterioridad a la dictación de la sentencia, la Corte Suprema, en ejecución de su propia decisión, envió oficio N°20.094-2015, de 27 de noviembre de 2015, al Subsecretario del Ministerio de Relaciones Exteriores, comunicándole la sentencia para su adecuado cumplimiento. Con fecha 28 de diciembre de 2015 la Corte Suprema dictó una nueva resolución, por medio de la cual se deja sin efecto la medida decretada en cuanto se dispuso requerir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA por medio del Gobierno de Chile, y se decide que dicho requerimiento se efectuará directamente por esta Corte remitiendo a la citada Comisión las comunicaciones que fueren pertinentes, por la vía más expedita. Ese mismo día, el secretario de la Corte Suprema certificó el cumplimiento de esta medida, indicando que se ha enviado email al correo cidhoea@oas.org, comunicando lo resuelto por la sentencia definitiva y la resolución de fecha 28 de diciembre.

Este procedimiento de ejecución nos lleva a preguntarnos si tiene sentido poner en acción el aparato jurisdiccional, especialmente tratándose de un proceso de tutela de derechos fundamentales, y que dicha actividad y tutela terminen en un mail, cuya recepción, incluso, es incierta.



**CÁTEDRA JORGE  
HUNEEUS 2015**



## AVANCES Y DESAFÍOS EN JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: EL CASO ALEMÁN

*Susanne Baer<sup>1</sup>*

El derecho constitucional, en especial en cuanto a resolver conforme a normas constitucionales en tribunales especializados, enfrenta hoy múltiples desafíos. Es que el Derecho Constitucional no se mantiene estático, sino que se desarrolla en un contexto que incluye dar cuenta de los desafíos del momento y reaccionar frente a ellos. Es en este marco que me referiré a los desafíos que se producen cuando se llama a los tribunales constitucionales a resolver conflictos en los que se juega lo que entendemos por dignidad, libertad e igualdad; es decir, la tríada fundacional de los derechos humanos fundamentales.<sup>1</sup> Hay quienes verán tales desafíos como cuestiones de profunda moral y ética en las cuales muchas veces juega un papel la religión, pero la mayoría de las veces estos desafíos, en especial cuando se refieren a la igualdad de género, se entienden como fundamentales para el tejido social.

Una adecuada comprensión de tales desafíos hace necesario explicitar tres salvedades preliminares. Primero, que este será un enfoque limitado a la jurisprudencia. Segundo, que estará limitado a un determinado tribunal constitucional. Y tercero, que en cuanto a los desafíos también será un enfoque restringido, dado que me concentraré solo en uno, mencionando de forma tangencial otros de similar importancia. Aclarado lo anterior, me referiré a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) alemán sobre las leyes que

<sup>1</sup> El título original de la conferencia es “Adjudicando derechos fundamentales: Consensos y controversias”, dictada el 17 de noviembre de 2015, en el marco de la Cátedra de Derecho Constitucional, Jorge Huneeus Zegers, de la Universidad Diego Portales. Ministra del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (Primera Sala), Profesora de Derecho Público de la Universidad Humboldt de Berlín. Traducción de Patricio Mason Baer, Susanne, “Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism”, en *Toronto Law Journal*, N° 4, 2009, p. 417.

regulan la interrupción del embarazo. En el constitucionalismo comparado, este es un tema paradigmático que ha sido abordado desde múltiples perspectivas por tribunales del mundo entero, por lo que la forma en que fue enfrentado en Alemania podría dar ciertas luces sobre el manejo integral con arreglo a la dogmática de este tipo de desafíos fundamentales.

## **1. Enfoque limitado, lectura amplia**

La discusión de un único conflicto del Derecho Constitucional ofrece una perspectiva limitada sobre los desafíos constitucionales en general.

### **1.1. Más que dictaminar**

Aclaro en primer lugar que mi enfoque es sobre jurisprudencia, lo que constituye un abordaje limitado si se entienden el constitucionalismo y el derecho constitucional como un estado legal y político en que la democracia, el estado de derecho y los derechos fundamentales realmente importan. Los tribunales y sus fallos son apenas un componente en una configuración de mucha mayor complejidad y, por cierto, no son el más importante ni mucho menos el único.

En efecto, el grado de constitucionalismo que merezca el nombre de tal en un determinado país dependerá de que todos los sectores relevantes suscriban la Constitución como el “esto es lo que somos”, como el marco que determina lo que se puede o no se puede hacer. En tanto tal, el constitucionalismo depende del gobierno (Estado y actores ejecutivos, incluyendo fuerzas armadas, policía y administración pública). El Estado de derecho protege de la arbitrariedad y el abuso de poder solo cuando quienes detentan la autoridad actúan con conciencia de deberse, en última instancia, a la Constitución.

El constitucionalismo depende también del Poder Legislativo. La esencia de una Constitución es limitar el poder del Estado, inclusive el poder de gobiernos democráticamente electos que cuentan con una mayoría legítima para transformar la voluntad popular en acción política. Sin embargo, esto solo funciona de forma coherente cuando el legislador entiende que tiene la doble responsabilidad de hacer respetar la Constitución y de aceptar las limitaciones que ésta le impone.

El constitucionalismo depende además del Poder Judicial y de su motivación intrínseca de ceñirse a la Constitución, si se quiere que sea eficaz. Esto



interpela también a los tribunales ordinarios, aunque no tengan la misión de aplicar directamente la Constitución. En este ámbito, los sistemas legales varían según el país. En algunos, como Chile y Alemania, existen tribunales constitucionales especializados. Aunque son los custodios últimos del derecho constitucional, la competencia de estos tribunales no es exclusiva.<sup>2</sup> Los tribunales ordinarios deben en igual medida conocer y ceñirse a la Constitución, lo cual, en el derecho alemán, está mandatado por el principio de la “interpretación conforme” y se controla sobre la base de entender que los derechos fundamentales rigen necesariamente también en el ámbito privado.<sup>3</sup> En el día a día, los llamados a aplicar la Constitución son los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

Pero -y esto es algo que tiene cada día mayor relevancia- el constitucionalismo depende además de los actores privados, en particular de las corporaciones y la gran empresa. Al retirarse el Estado de muchos de los servicios que antes proporcionaba, o que en algunos casos nunca proporcionó, hemos pasado a depender de los dueños y operadores de una infraestructura que es básica para nuestras necesidades y nuestro bienestar. Por ello, la banca y los proveedores de acceso a internet, los operadores de aeropuertos y las distribuidoras de energía, las empresas de transporte público y las que operan carreteras e incluso recintos penitenciarios (solo en cuanto a lo civil, dado que la autoridad pública debe mantenerse en manos del Estado)<sup>4</sup> tienen que reconocer que las reglas del juego las fija la Constitución y que en caso de incumplimiento, están sujetas a las mismas normas básicas.<sup>5</sup>

No menos importante es que el constitucionalismo depende también de la sociedad civil. Aunque esto no entra en el ámbito de los estudios

---

2 La teoría de Hans Kelsen se complementa con lo señalado por, entre otros, Peter Häberle, especialista alemán en derecho constitucional comparado, en el sentido de que existe una “comunidad amplia de intérpretes de la Constitución”. Véase Häberle, *Pluralismo y Constitución*, 2008.

3 En el derecho constitucional alemán esto se denomina *Drittwirkung*, concepto que se ampara en los derechos fundamentales para establecer la responsabilidad estatal en la violación de los derechos de las personas por parte de terceros. Ver sentencia BVerfGE 6, 32 (Elfes), en Jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, 2009, 56 (en línea). En [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de) se pueden encontrar las decisiones posteriores a 1998 en alemán e inglés.

4 Aspecto clave de la decisión del Tribunal Constitucional sobre guardias de prisiones, quienes según el Art. 33 inciso 5 BL deben ser funcionarios públicos incluso cuando la gestión del penal se concesiona a privados. Tribunal Constitucional alemán, decisión del 18 de enero de 2012 – 2 BvR 133/10.

5 En el derecho constitucional alemán, esto se basa en la doctrina de que la distorsión del poder de negociación puede invalidar un contrato (*Bürgschaft*; Tribunal Constitucional alemán, decisión del 19 de octubre de 1993; BVerfGE 89, 214), así como en la doctrina del foro público *de facto* donde se implementan derechos civiles tales como el derecho a la protesta política (*Fraport*; Tribunal Constitucional alemán, decisión del 22 de febrero de 2011 1 BvR 699/06).

constitucionales sino de las ciencias políticas y la sociología, es obvio que el constitucionalismo es letra muerta sin las personas que reivindican el valor de una Constitución. La teoría del derecho alemán aborda este tema como el predicamento que enfrenta el constitucionalismo para funcionar y además como el “patriotismo constitucional”; es decir, el compromiso cívico de respetar la democracia, el estado de derecho y los derechos fundamentales.<sup>6</sup> Sin una cultura viva de constitucionalismo, tanto más difícil y excepcional será que las personas se atrevan a interponer recursos (es decir, a movilizar la Constitución) ante un tribunal constitucional. Es esa cultura lo que permite al tribunal resguardar la democracia y el estado de derecho y proteger a las personas contra los abusos.

Los tribunales constitucionales no están solos, pero son la única institución a cargo de zanjar conflictos y de eventualmente determinar, a través de interpretaciones jurídicamente sólidas, el significado del texto aplicado a la vida actual.<sup>7</sup>

## 1.2. Constitucionalismo integrado

Una discusión sobre derecho constitucional tiene una perspectiva limitada cuando se centra en los dictámenes de un único tribunal nacional. Esto no debe confundirse con una perspectiva nacionalista, cuestión que en Alemania representa el pasado que la Constitución se planteó superar. Pero no es menos cierto que vivimos en tiempos de globalización, lo que afecta al derecho constitucional. Vivimos en un mundo pluralista donde los distintos regímenes jurídicos se yuxtaponen e intersectan de forma mucho más compleja que en un universo westfaliano en que los estados nacionales podían considerarse como lo único que importaba.

Hoy en día el constitucionalismo está integrado y en contacto con sus vecinos a través de acuerdos jurídicos regionales que abarcan desde la Unión Europea y los acuerdos comerciales hasta la regulación de los mercados

---

6 El *Verfassungspatriotismus* es un concepto desarrollado por Dolf Sternberger, *Patriotismo constitucional*, 2001; y especialmente por Jürgen Habermas, *Identidades nacionales y postnacionales*, (Tecnos) 1989. Véase Peces-Barba, *El patriotismo constitucional*, Anuario de Filosofía del Derecho, N° 20, 2003, pp. 39-62; J-W Müller, A general theory of constitutional patriotism. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, N°1, 2007, pp. 72-95.

7 Comúnmente denominado “constitucionalismo vivo”. En el derecho constitucional alemán ha estado siempre claro que la ley tendrá que aplicarse a casos que vendrán muchos años después y que el legislador o el texto no habrán previsto. Entre los ejemplos cabe mencionar los avances tecnológicos (el Tribunal Constitucional acogió la autodeterminación en materia de información, sentencia BVerfGE 65, 1 (Censo de Población), el allanamiento informático (sentencia de fecha 27 de febrero de 2008 – 1 BvR 370/07) y ciertas realidades sociales invisibilizadas por ser consideradas tabú.

mundiales y el derecho internacional de Naciones Unidas. Quien esté dispuesto a dar cuenta de los desafíos del presente debe tomar estos factores en consideración. Mucho dependerá de que el pensamiento constitucional del país y los tribunales nacionales estén dispuestos y en capacidad de formar parte de un conglomerado internacional superior. El constitucionalismo integrado también representa un desafío.

En Alemania, el Tribunal Constitucional se integra con múltiples otras instancias internacionales, entre ellas la Unión Europea (UE), el sistema de la Convención europea de derechos humanos, y el derecho internacional. De acuerdo con el Preámbulo de la Constitución, el compromiso con los derechos humanos expresado en el artículo 1 inciso 3 de la misma y las normas del derecho internacional, el Tribunal Constitucional tiene en cuenta el derecho internacional al momento de aplicar la Constitución. En efecto, si queremos participar en el debate sobre el significado de los compromisos fundamentales, debemos tomar en consideración lo que opinan los demás sobre las materias que debemos fallar, y para ello recurrimos al derecho comparado. Esto no contraviene el juramento del juez alemán de respetar y hacer respetar la Constitución. En mi calidad de jueza alemana, la norma que aplico sigue siendo la Constitución, la Ley Fundamental de mi país. Pero esa Constitución hoy en día está estrechamente imbricada con el resto de Europa y el mundo y, por tanto, debo tomar ese mundo en consideración. Esta es una visión nacional limitada, pero con una lectura internacional.

### **1.3. Los desafíos de hoy**

Privilegiar un desafío paradigmático en materia de jurisprudencia constitucional ciertamente representa una visión limitada del constitucionalismo. Se podría haber escogido cualquier otro, de los muchos que enfrenta el constitucionalismo. Existen diversos factores que convierten este tema en un desafío, por lo que me tomaré un momento para mencionaré algunos de ellos.

Un desafío clásico que enfrenta el constitucionalismo es el poder de la economía en el que la política colisiona con el dinero. Aun cuando el constitucionalismo se entiende, original y fundamentalmente, como un escudo protector contra la política en su estado puro, las cosas no se limitan al poder del Estado. Frecuentemente vemos a las personas sufrir a manos de las fuerzas del mercado; de la empresa privada, no del Estado. A veces los Estados colaboran en que así sea, pero incluso cuando no es así, estos enfrentan el desafío de ver vulnerado el estado de derecho y el imperio de la ley porque a

los actores económicos les da igual o porque evaden la jurisdicción y la ley no los puede alcanzar. El ejemplo alemán de cómo enfrentar este tipo de desafíos lo proporciona la crisis de la zona euro que partió el 2010 y que aún perdura. Aunque lo que llevó a la Unión Europea al límite fueron la pobreza y el endeudamiento griego, esta también fue una crisis del derecho.

En diversas resoluciones, varios tribunales constitucionales –entre ellos el alemán– y a pesar de las presiones para dejar la solución en manos de la banca central autónoma o de las autoridades políticas, insistieron en señalar que el derecho no desaparece en tiempos de crisis. Es cierto que una divisa de referencia debe cuidarse, pero donde está vigente el constitucionalismo, esto no puede hacerse a ultranza. Así, el Tribunal Constitucional alemán insistió en que la democracia debe ser la base del mercado –con sus reglas– y no al revés. Los tribunales insistieron en el imperio del estado de derecho, incluso –o especialmente– cuando actores muy poderosos reclaman medidas.<sup>8</sup> Esta lucha por la preeminencia del derecho por sobre la razón económica continúa hasta hoy.<sup>9</sup>

No obstante, las crisis económicas no son las únicas. Actualmente miles de refugiados provenientes de Siria, Libia, África y los Balcanes piden asilo en Europa, especialmente en Alemania. El artículo 16 inciso A de nuestra Constitución dice simplemente que “los perseguidos por motivos políticos tendrán derecho a asilo”. Fresco aún el recuerdo de las atrocidades cometidas en el Holocausto y de la política criminal de los países que rechazaron a los refugiados, los valientes hombres y mujeres que redactaron nuestra Constitución consideraron esa promesa como un compromiso con la dignidad y los derechos humanos. Otro tanto hace la Carta de Derechos Fundamentales adoptada por la Unión Europea en el 2000. Pero, ¿qué significa esto cuando son miles los que ingresan al país cada día? ¿A quién considerar como refugiado, cuando los conflictos de hoy son tan distintos a las antiguas guerras entre estados y los motivos para escapar son tan multifacéticos? La Constitución

---

8 Varias decisiones del Tribunal Constitucional (Segunda Sala) han establecido que cualquier medida adoptada dentro de la Unión Europea debe estar legitimada por las normas legales adoptadas por los Estados Miembros sobre la materia, y que los parlamentos nacionales deben actuar como instancias resolutorias informadas y no dejar las decisiones en manos únicamente del Ejecutivo.

9 Las economías de Grecia, Portugal y España siguen convulsionadas. El intento de insistir en la democracia, lo que de hecho significa insistir en la legislación y los parlamentos como eje de la política democrática, a veces choca con una industria financiera que juega de forma irresponsable con todos nosotros. También surgen desafíos en el ámbito de acuerdos de comercio tales como la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión entre Estados Unidos y la Unión Europea. En general, la gente se pregunta: ¿qué podemos hacer, solo con el derecho de nuestro lado, para contrarrestar la explotación, la desigualdad, el abuso y la fuerza hegemónica del dinero?

alemana también garantiza la dignidad de todos, cuestión que, según sentenció el Tribunal, incluye los medios necesarios para llevar una existencia digna.<sup>10</sup> Pero, ¿cuál es el sustento material de tal derecho cuando llega el invierno y las temperaturas caen bajo cero durante meses? ¿Asilo significa dar refugio a personas solas, o tienen igual derecho sus parientes cercanos? El sistema político, los tribunales y el propio pueblo alemán, están enfrentados al desafío de dar cumplimiento a lo que dice su Constitución.

Otros desafíos, desgraciadamente relacionados entre sí, surgen de los actos de corte racista y neofascista que se abren paso en Europa. ¿Qué significa hoy el *nunca más* declarado después del año 1945? ¿Debemos proscribir el Partido Nazi, caso pendiente ante el Tribunal? ¿Cómo deben los tribunales reaccionar frente a la apología del odio? En Alemania existe un largo historial de jurisprudencia sobre libre expresión que permite a los extremistas de derecha manifestarse en las calles, pero también existe un dictamen que refrenda la norma penal contra hechos de odio racial que, después del fascismo alemán, se consideran parte del *nunca más*.<sup>11</sup>

Pero hoy no se puede hablar de derechos humanos sin hablar de los atentados de París y Beirut y del avión ruso derribado sobre el Desierto del Sinaí. El terrorismo es una crisis que nos afecta a todos y que también repercute en el derecho constitucional. En muchos países los tribunales constitucionales están bajo fuertes presiones para decidir si mantener la seguridad al precio de atropellar los derechos civiles y dónde está la justa medida entre seguridad y libertad. El Tribunal Constitucional alemán es conocido por haber desarrollado la doctrina de la autodeterminación en materia de información. Esto el Tribunal lo entiende como el derecho a la autonomía en un contexto que afecte la dignidad de la persona, en cuanto a que la vigilancia puede violar la privacidad y además inhibir la libertad de actuar. Sin embargo, en 2013 el Tribunal afirmó que la lucha contra el terrorismo también es materia de preocupación constitucional.<sup>12</sup> En un caso aún en tramitación, la Primera Sala deberá decidir si la norma que permite a la policía y las agencias de seguridad recopilar y procesar datos de sospechosos viola el derecho a la autodeterminación

10 Tribunal Constitucional alemán, sentencia de fecha 18 de junio de 2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11.

11 Tribunal Constitucional alemán, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2009 – 1 BvR 2150/08 - (§ 130 StGB, Wunsiedel).

12 Tribunal Constitucional alemán, sentencia de fecha 24 de abril de 2013 – 1 BvR 1215/07 - (ATDG). En general, véase Quezada, Flavio, “La protección de datos personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Revista de Derecho Público, N° 76, (Universidad de Chile), 2012.

–independientemente de reconocer la importancia de la seguridad– por considerarse desproporcionada en relación a los fines que persigue. Les puedo asegurar que resolver sobre este tema con las imágenes de París, Beirut y otros atentados en la mente, es y seguirá siendo un verdadero desafío.

#### 1.4. ¿Desafíos?

¿Por qué exactamente consideramos estos casos como desafíos? Primero, porque son conflictos de relevancia pública con decisiones que afectan vidas. Otros constituyen un desafío porque plantean cuestiones que hacen a la esencia de los tribunales constitucionales, una de cuyas funciones es proteger la democracia de los excesos estatales, en cuanto las constituciones limitan el poder de los presidentes, de las fuerzas armadas y del Ejecutivo en general y, en tanto tal, resguardan el estado de derecho contra el abuso y la arbitrariedad. Mientras más generalizados y aceptados son los abusos –como ocurre con ciertas minorías estigmatizadas– mayor es el desafío.

El aborto es, en general, un desafío constitucional porque los tribunales no solo deben confrontar el poder del Estado, sino además el poder social y cultural. En tales casos, lo que de hecho se les pide a los tribunales es deconstruir los privilegios, en cuanto los derechos fundamentales llevan en sí la promesa de considerar por igual a personas y asuntos que no cuentan por igual, o bien no cuentan. Esto es lo que ocurre cuando se pide a los tribunales cambiar lo que la sociedad estima básico, transformar lo que ha existido durante largo tiempo, lo que muchos consideran como lo que es o debe ser, aquello que se considera “natural” y “normal”. Este tipo de casos plantean problemáticas de gran importancia pública, porque están indisolublemente imbricados con la cultura y la tradición y dan forma al sistema.<sup>13</sup>

Los tribunales constitucionales construyen su prestigio según su capacidad de estar a la altura de los desafíos. En tanto que instituciones a medio camino entre la política y el derecho, y estructuralmente del lado de la gente pero yuxtapuestos a la política, los tribunales constitucionales necesitan y dependen de la confianza pública. El Tribunal Constitucional alemán, como sus homólogos de otros incipientes estados constitucionales, construyó su prestigio sobre la base de fallos que nadaban contra la corriente, algo especialmente

---

<sup>13</sup> Similares desafíos surgen en casos relativos a obligaciones transnacionales e internacionales y a la entidad de la solidaridad nacional en tiempos de globalización. En estos casos se llama a los tribunales a definir la idea misma de “nacional” y a considerar nuestra “identidad”. Los casos de refugio y migración, por su parte, plantean cuestiones de ciudadanía y nacionalidad, de quién pertenece dónde, de “nosotros” y “ellos”.

necesario cuando se transita a la democracia desde regímenes dictatoriales u oligárquicos. Esta fue la situación en la Alemania de postguerra y, salvando las distancias, después de 1989, cuando al Tribunal Constitucional se le pidió dismantelar los privilegios del régimen de la RDA y salir al paso de los que opinaban que “tan malo no había sido” o bien habían profitado de él.<sup>14</sup>

El desafío es también evidente cuando los tribunales tienen que defender el secularismo en contextos religiosos.<sup>15</sup> La promesa de los derechos fundamentales es que todos los seres humanos tienen derecho a la dignidad y la libertad, cualquiera sea su credo. Pero en muchas sociedades, incluyendo la alemana –sociedad predominantemente cristiana con una estrecha relación entre la Iglesia y el Estado– existe una sola gran corriente religiosa íntimamente ligada a la tradición, la cultura y el sistema. Así las cosas, para los tribunales constituye un gran desafío que se les llame a fallar cuestiones de religión. En un caso, el Tribunal alemán determinó que una maestra de escuela pública tenía derecho a utilizar el velo islámico en clases<sup>16</sup> y, en otro, que no se demuestra igual respeto por todas las religiones cuando el Estado pone un crucifijo en la sala de clases.<sup>17</sup> Estos fallos generan críticas, pero el constitucionalismo debe ser capaz de superar el desafío.

Similares desafíos plantean los casos relativos a la familia y el matrimonio, conceptos cuyo significado está también indisolublemente ligado a la cultura y la tradición y da forma al sistema. Así, son desafíos constitucionales los conflictos en torno a la igualdad de la mujer, los casos más recientes sobre igualdad de trato para lesbianas y homosexuales, y aquellos en que se exige el reconocimiento de minorías de transgéneros e intersexuales.<sup>18</sup> Como en otros

---

14 Se pidió al Tribunal Constitucional alemán prohibir el Partido Neonazi, cosa que hizo en 1952 como parte del “no al fascismo” (resolución sobre el SRP). En 1953 se pidió al Tribunal reconocer el derecho a pensión de los funcionarios del régimen nazi, privilegio que denegó. Después de 1989 el Tribunal tuvo que abocarse a las antiguas elites de la RDA y a los efectos de las decisiones de la RDA. En estos casos se pidió al Tribunal pronunciarse en contra de las antiguas elites y de los privilegios enquistados en el sistema.

15 El constitucionalismo en tanto tal es secular, pero el derecho constitucional puede regular a la religión. Es claro que incluso los países que adhieren oficialmente a una religión deben respetar las demás creencias y a los no creyentes, y que no pueden establecer sanciones penales sobre la base de normas de tipo religioso.

16 Segundo fallo sobre el velo islámico, donde se abordaron cuestiones sustantivas. Véase Tribunal Constitucional alemán, sentencia de fecha 27 de enero de 2015 – I BvR 471/10, I BvR 1181/10; Tribunal Constitucional alemán, sentencia BVerfGE 108, 282, en Jurisprudencia del Tribunal, 2009, 194.

17 El llamado caso del crucifijo, Tribunal Constitucional alemán, sentencia BVerfGE 93, 1, en Jurisprudencia del Tribunal, 2009, 175. Disponible en línea.

18 En estos casos el desafío consiste en poner fin a la tradición patriarcal, en especial los derechos exclusivos del marido, la violencia de pareja y otras formas de privilegio masculino. En 1956 el Tribunal

casos, no se debe dar por hecho que los tribunales siempre salen resueltamente en defensa de los intereses y necesidades de las minorías estigmatizadas. Como en otros países, antes de poder abordar estas tareas, el constitucionalismo alemán primero debió madurar.<sup>19</sup>

### 1. Aborto: un desafío paradigmático

Para entender los desafíos del constitucionalismo, en especial la compleja labor de los tribunales constitucionales, los fallos sobre aborto son un caso paradigmático. Cuando se plantean en el marco y contexto del derecho constitucional, temas tales como el aborto, la interrupción del embarazo, el derecho a la salud reproductiva, la autonomía reproductiva y la igualdad de género en materia reproductiva remiten siempre a cuestiones de fondo.

#### 2.1. Terminología: el nombre es el mensaje

Para entender el desafío hay que partir por reconocer cómo nos expresamos sobre el tema. Los términos que utilizamos marcan la pauta, construyen el marco, dan forma a las perspectivas –entre ellas las jurídicas– y nos abren los ojos y la mente a distintas inquietudes. Aquí, como en otras cosas, la terminología cuenta y las palabras moldean temas.

En Alemania, el tema ha sido y sigue siendo el aborto, pero es el mismo tema que la terminología global de los derechos humanos denomina “derechos reproductivos”. ¿Qué efectos tiene esto sobre la imaginación?

Para mantener la neutralidad, los jueces tienden a hablar de “interrupción del embarazo”. El Tribunal alemán favorece este término,<sup>20</sup> porque evoca una perspectiva médica, de participación de expertos aunque no de los que

---

estableció que el marido no tenía el voto dirimente en asuntos de la pareja y la familia, y en 1991 volvió a dar que hablar al resolver que el apellido paterno no era el único que la familia podría llevar.

19 En 1956, el Tribunal Constitucional determinó que era justificable penalizar a los hombres gay, norma formalmente derogada por el Parlamento en 2013, luego de que el mismo Tribunal resolviera que a las familias gay y lesbianas no se les podía denegar el derecho a adoptar. En 1956, los jueces habían hecho referencia a las iglesias cristianas que en la época condenaban la homosexualidad, como forma –a poco de derrotado el fascismo– de anclar la jurisprudencia a la sociedad, en especial a la mayoría protestante y católica. En la actualidad entendemos esto como un giro problemático, dado que el constitucionalismo respeta la religión, pero tiene carácter secular. Sobre el tema de la adopción, véase Tribunal Constitucional alemán, sentencia de fecha 19 de febrero de 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09. Ese mismo día la Corte Europea de Derechos Humanos, Sol. 19010/07, falló sobre familias de padres homosexuales y obligó a los estados a respetar sus derechos humanos.

20 Sentencias BVerfGE 39, 1 (Interrupción del embarazo I) y BVerfGE 88, 203 (Interrupción del embarazo II), ambas resumidas en castellano en Jurisprudencia del Tribunal, 2009, 114, 121 (en línea). Véase además: Steiner, Udo, “La controversia constitucional en Alemania sobre la regulación penal del aborto”, en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 37, 1993.



reclaman derechos, y además hace recordar el riesgo para la salud. El término también plantea una visión más amplia de las condiciones bajo las cuales la mujer se embaraza, sobre la experiencia del embarazo y sobre el contexto en el cual podría ser necesario interrumpirlo. Así, en la jurisprudencia alemana existe alguna discusión sobre la situación de niñas y mujeres *durante* el embarazo y sobre la situación de las madres *después* de llevar un embarazo a término. Sin embargo, dependiendo de los términos y del marco de apreciación, esto no siempre ocurre.

Al abordar este desafío también podríamos hablar de “libertad reproductiva”. El Tribunal Constitucional alemán, en su primer fallo –una decisión mayormente conservadora– acuñó el término “autonomía reproductiva” como una preocupación del derecho constitucional.<sup>21</sup> Consideremos el efecto que estas distinciones terminológicas tienen sobre el debate que se quiere sostener: “aborto”, “libertad reproductiva” o “autonomía reproductiva”. También se podría agregar igualdad de género o más concreto: “igualdad reproductiva”. Nótese quién entra en el cuadro y quién es parte de la conversación, según cómo se enmarque el asunto.

La sola diversidad de términos ya nos advierte sobre la complejidad de un tema moralmente delicado que se constituye en desafío por estar implicada la religión. La mayoría de las religiones tienen una postura frente al aborto, y en ciertas iglesias o comunidades esa posición es inflexible. Además, en muchos países hay creencias y tradiciones muy arraigadas que niegan las libertades y necesidades individuales. Para mayor complejidad, el aborto está imbricado con temas que nos atañen profundamente –hijos, familia– y pone en la palestra asuntos sobre los cuales no queremos o nos cuesta hablar, tales como sexualidad y violencia sexual, por no hablar de las realidades de tener y criar hijos, en especial la pobreza y las privaciones. Esto plantea el peligro de que las suposiciones, o incluso los credos religiosos, releguen la realidad a un segundo plano, inclusive entre los ministros de un tribunal constitucional. Aún así, y antes que cualquier otra consideración, el tema dice relación con una experiencia humana, en que una niña o una mujer embarazada tiene que decidir si continuar o no un embarazo. ¿Cómo abordó este desafío el Tribunal Constitucional alemán

## 2.2. Avances: jurisprudencia alemana sobre el aborto

En la década de 1920, el político y filósofo del derecho Gustav Radbruch llamó

<sup>21</sup> Sentencia BVerfGE 39, 1 (Interrupción del embarazo I), Jurisprudencia del Tribunal, 2009, 114.

al Reichstag, el Parlamento alemán de aquel entonces, a despenalizar el aborto para evitar que las mujeres siguieran muriendo a manos de matarifes. Al hacerlo seguía las aguas de Albert Einstein, quien también había propuesto una postura más liberal y humanista al respecto, pero en Alemania esas posturas perdieron la batalla.

Los nazis, en particular, utilizaron la norma penal como parte de su proyecto de eugenesia racista y antisemita y endurecieron las sanciones contra el aborto en 1933, 1935 y 1943. Hoy en día este es un descarnado recordatorio de que nunca más se deben utilizar las normas penales como instrumento de política poblacional, pero para llegar a esta situación debió pasar mucho tiempo. Después de 1945 las manifestaciones racistas fueron formalmente prohibidas, pero las penas contra el aborto siguieron vigentes.

Acto seguido, la República Democrática Alemana (RDA) despenalizó el aborto para dar a la mujer el derecho a participar sin discriminación en el mercado laboral, reforma que en Alemania Federal tomaría mucho tiempo más. En 1968, las revueltas estudiantiles preconizaron la “liberación sexual” y eventualmente la igualdad de género. Contra la norma que sancionaba el aborto, el movimiento feminista otrora aplastado por los nazis sacó la voz para decir *Mein Bauch gehört mir* (mi vientre es mío). Las mujeres empezaron a denunciar la violencia sexual y de pareja y destacadas mujeres reconocieron públicamente haber viajado a Holanda a hacerse un aborto, opción inaccesible para las mujeres de bajos recursos. El público empezó a conocer el peligro del aborto ilegal o tardío y el dolor, el sufrimiento y la vergüenza del aborto.

Al asumir un nuevo gobierno, los actores políticos eventualmente lograron consensuar la liberalización de lo que a esas alturas era visto como la marca de un patriarcado inflexible que paternalizaba a la mujer y perpetuaba la desigualdad. Fue así que el Parlamento alemán aprobó por mayoría el *Fristenlösung* o despenalización del aborto durante los primeros tres meses. Esto desató la furia de la iglesia y los sectores conservadores, los que recurrieron ante el Tribunal Constitucional con el apoyo de tres Estados y más de 170 parlamentarios. En 1971, en un dictamen sumario, el Tribunal ordenó suspender la aplicación de la ley y en 1975 la declaró inconstitucional por seis votos a favor y dos en contra, algo muy atípico para un tribunal que operaba en base al consenso. ¿Tendría algo que ver el hecho de que el Tribunal estaba compuesto por siete hombres y una mujer, la que redactó el fallo de minoría?

La mayoría de los ministros sostuvieron que debía protegerse la vida en gestación, que es más o menos lo que las constituciones chilena e irlandesa

dicen de forma explícita. En el derecho constitucional alemán, esto es el resultado de aplicar la obligación de proteger la dignidad y el derecho a la vida de todos los seres humanos, incluyendo el *nasciturus*. No obstante, los ministros, como hoy la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH),<sup>22</sup> se abstuvieron de aventurar cuándo empieza la vida, señalando que no les correspondía a ellos zanjar este controvertido debate médico y filosófico. Pero, agregaron, que eso no quería decir que el feto no fuera materia de preocupación para el derecho constitucional. Antes y después de la nidación, es decir durante unas doce semanas, el feto, el *nasciturus*, en tanto que vida en gestación, no puede ser tratado con indiferencia. Esta mayoría argumentó que la dignidad debe protegerse incluso cuando no esté presente más que el potencial de convertirse en vida humana. Esto hay que verlo a la luz de la historia de Alemania, donde las políticas de eugenesia racista denegaron la dignidad de tantos y tantas.

La mayoría argumentó además que dicha protección podría incluso afectar a la propia madre. En principio, señalaron, la protección del *nasciturus* puede llegar a primar por sobre la autodeterminación de la mujer y, por ende, no puede omitirse por determinados períodos de tiempo, base sobre la cual declararon la inconstitucionalidad de la despenalización durante los primeros tres meses.

Pero en el derecho constitucional germano, ningún principio o derecho logra desplazar totalmente a otro. Según la doctrina, la Constitución debe ser interpretada con visión de conjunto. Conforme a ello, las libertades individuales terminan donde empieza el interés jurídicamente tutelado de los demás, y si se contraponen, deben siempre limitarse.<sup>23</sup> Y aún así, ningún derecho puede anteponerse a la libertad. Al aplicar el derecho constitucional, el Tribunal intenta dar el mayor reconocimiento posible a todos los derechos en juego, en un ejercicio de equilibrio denominado “concordancia práctica”.<sup>24</sup> En consecuencia, conforme al fallo de 1975, la protección de la vida en gestación puede llegar a primar por sobre la libertad de la embarazada, pero si pelagra su vida

22 CEDH, GC, Vo con Francia, sentencia de fecha 8 de julio de 2008.

23 Esto se puede entender como la aplicación del imperativo categórico kantiano. La doctrina constitucional requiere interpretar cada derecho a la luz de los demás, permitiendo que todos florezcan de la mejor manera posible. El constitucionalista Konrad Hesse denominó esto como “concordancia práctica”.

24 El fallo del Tribunal Constitucional señala: “Esta extensa interpretación se corresponde también con el principio establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según el cual ‘en casos dudosos ha de optarse por aquella interpretación capaz de desarrollar con mayor fuerza el efecto jurídico de las normas que garantizan los derechos fundamentales’”. En referencia a BVerfGE 6, 55 <72>; Jurisprudencia del Tribunal. 2009, 116 (en línea).

o su salud, o por motivos de similar gravedad no se le puede obligar a llevar a término el embarazo, entonces deberá primar su derecho a la vida, la salud y la dignidad. La mayoría conservadora<sup>25</sup> estimó la ley de aborto era liberal y permisiva y la declaró inconstitucional, pero tomó ciertos factores adicionales en cuenta y permitió exenciones justificables a lo previsto en la norma.

Se registró, además, un enérgico fallo de minoría, algo poco común en la tradición de consenso del Tribunal alemán. Este hecho hizo recordar a la mayoría que sobre la materia existen intereses contrapuestos y distintas perspectivas, todas ellas legitimadas por la Constitución, y tuvo la virtud de integrar los derechos de la mujer a la discusión. ¿Qué importancia tuvo que el fallo de minoría haya provenido de la única ministra mujer y de un colega hombre, cristiano observante por lo demás? El hoy famoso fallo de minoría también nos hizo recordar los límites del constitucionalismo: la Constitución no dicta la ley, sino que fija los límites de lo que el legislador puede hacer. No obliga a sancionar, sino que en casos excepcionales acepta la sanción como último recurso del Estado.

Publicado el fallo, todos quienes esperaban una solución más equitativa, incluyendo la mayoría del Parlamento, se manifestaron indignados. No obstante, lo acataron; después de todo, lo mandaba la Constitución. Se promulgó entonces una ley que prohibía el aborto y reemplazaba plazos por indicaciones que acreditaban causales justificadas de orden médico (aborto terapéutico) o penal (embarazo producto de una violación). Para evitar lo que los ministros del Tribunal denominaron “decisiones arbitrarias”, se dispuso además un proceso de orientación familiar de carácter obligatorio.

Pasó el tiempo. En la práctica, siguieron cruzando la frontera las niñas y mujeres de mayores recursos, especialmente aquellas de zonas de mayor ruralidad donde la tradición tenía un peso mayor, el rechazo social era más fuerte y donde resultaba más difícil conseguir alguna de las dispensas contempladas en la ley. Las mujeres que no disponían de recursos para salir del país o sobornar a un médico, en especial las niñas, debieron seguir enfrentando la vergüenza y el peligro para su integridad física o sufriendo el trauma de llevar a término hijos que eran el producto de una violación. Y ciertamente,

---

25 El conservadurismo impuso un fuerte paternalismo sobre el fallo cuando la mayoría planteó que el Estado debía “revivir o fortalecer el compromiso de la embarazada con la maternidad”, o al recurrir a estereotipos e ideologías sesgadas para hablar de “decisiones arbitrarias y subjetivas de la mujer que transgreden el orden moral”. Por lo demás, la mayoría solo consideró el desafío desde la perspectiva de la vida en gestación, o en abstracto, sin considerar la ordalía por la que deben pasar niñas y mujeres ni la opinión de los profesionales de la medicina.

las cifras no disminuyeron.

Así estaban las cosas cuando cayó el muro de Berlín. Y dado que la RDA había liberalizado sus leyes de aborto en 1972, el Tratado de Reunificación obligó a refundir las normas tolerantes de la RDA con las leyes paternalistas de la Alemania Federal.<sup>26</sup> Fue así que en 1992 el Parlamento aprobó la “Ley de Embarazo y Asistencia a la Familia” (nótese la terminología). Esta ley fue producto de un consenso que costó alcanzar y que se logró sobre la base de una mayoría de parlamentarias de zonas de ambas Alemanias que decidieron actuar en conjunto, independientemente de sus colores políticos. Y nuevamente se desató la furia de los sectores conservadores.

En 1990, un dictamen sumario del Tribunal Constitucional nuevamente suspendió la aplicación de la ley, y en 1993 se dictó el segundo fallo sobre aborto. Para el público, a esas alturas, había adquirido verdadera importancia que cuatro de los ocho ministros fuesen católicos observantes y que dos tuviesen una postura explícitamente pro-vida. Por primera vez en la historia del Tribunal, destacadas mujeres de muy distintos orígenes y condiciones suscribieron un petitorio en que exigían posturas que tomaran en consideración a la mujer y superaran las ideologías y las perspectivas personales. Hubo incluso un pequeño grupo de activistas que, después de distraer a los guardias, hicieron rayados alusivos en la sede del Tribunal. Esto no logró cambiar la jurisprudencia, pero alertó al público de que el caso representaba un desafío y que entre los temas de importancia pública estaban los que afectaban a la mujer.

Aunque el dictamen confirmó la resolución anterior, al menos en principio, asumió las lecciones del fallo de minoría y su posterior debate y se apartó del rigorismo de 1975. En primer lugar, reiteró que el interés constitucional en proteger al *nasciturus* podría afectar a la madre, pero subrayó que esto se entendía como un principio, no un derecho. Al igual que en 1975, pero con especial énfasis, manifestó que la conexión entre el que está por nacer y la madre es única y especial y que el embarazo pertenece al ámbito de la intimidad de la mujer, lo que está protegido en el ordenamiento constitucional por el derecho a la dignidad y libertad de la persona. En tanto tal –concluía– la autonomía reproductiva incluye el derecho a aceptar o rechazar la maternidad y las responsabilidades que de ello se derivan.

Dado que la libertad –el derecho a la autonomía reproductiva de la embarazada– viene limitada por los derechos de los demás a la vida y la

<sup>26</sup> Véase además Denninger, Erhard, “La reforma constitucional en Alemania: Entre ética y seguridad jurídica”, en Revista de Estudios Políticos, N° 84, 1994, pp. 69-78.

dignidad, la continuación del embarazo debe ser la norma y la prohibición del aborto la regla. Es público y notorio que la mayoría conservadora del Tribunal se refirió al “deber de la mujer de llevar a término el embarazo”, frase que recibió fuertes críticas por su tono paternalista y por vulnerar el principio de dignidad.<sup>27</sup> Pero el Tribunal encontró un término medio entre la prohibición intransigente de la norma penal y la regulación pragmática de una decisión difícil y traumática que intenta hacer justicia a todas las partes, señalando que no se trataba simplemente de preguntarse si el Estado debe sancionar ciertos hechos, sino de que cada situación debe ser abordada en su totalidad y con los medios adecuados, de los cuales existen muchos. Y en cuanto a la especial situación de la mujer embarazada, que la legislatura debía actuar con particular prudencia.

Es decir, la mayoría de 1993 abordó la complejidad del desafío de forma mucho más matizada. A partir de ese momento, lo que marcaría la diferencia sería el reemplazo de los estereotipos por el conocimiento y por una apreciación seria de la situación de niñas y mujeres. La mayoría conservadora nuevamente rechazó autorizar la interrupción del embarazo dentro de un cierto plazo, argumentando que la ley no podría jamás soslayar la dignidad de la vida en gestación, pero dejó en claro que a veces el aborto es la única solución. En el Tribunal hubo pleno consenso de que tal es el caso cuando ya se ha realizado el proceso de orientación, cuando en casos de violación o abuso sexual se requiere evitar mayores sufrimientos a la madre y el hijo, y cuando han fracasado todos los esfuerzos del Estado por apoyar a la madre y subsidiar la crianza del hijo. Se estableció que el aborto seguiría siendo ilegal pero que sería seguro y accesible, y que no se sancionaría a las mujeres ni a los médicos que realizaran el procedimiento. Atendida la complejidad del tema, el Tribunal no fijó una fórmula de compromiso social y político, sino que abrió la puerta al pragmatismo.

El Parlamento dio cumplimiento al fallo en 1995 y en 2010 aprobó la “Ley de Asistencia a la Mujer Embarazada” (nótese nuevamente la terminología). Una *Ley de Asistencia* puede parecer paternalista, pero se hace cargo del dolor y la angustia que dificultan a una mujer el ejercicio de sus opciones. En la actualidad el tema está normado, en concordancia práctica, por un abanico de

---

<sup>27</sup> Tiene relevancia aquí la interpretación dominante de dignidad como la prohibición de convertir a alguien en un medio útil a los fines de otro, concepto conocido como “la fórmula Dürig” en referencia a un comentarista de la Constitución quien, a su vez, se remonta a Kant. Véase Primera Sala, sentencia de fecha 16 de enero, 158, BVerfGE 7, 198 (Lüth).

derechos fundamentales y un marco regulatorio encuadrado en el pragmatismo. La norma que regula el aborto en Alemania no es, ciertamente, permisiva. Reivindica la dignidad y el derecho a la vida, y exige del Estado una enérgica postura de protección del que está por nacer. Por tanto, existe una norma legal que penaliza el aborto.<sup>28</sup> Al mismo tiempo se pronuncia claramente en cuanto al respeto debido a la dignidad, la vida y la salud de la embarazada que sufre.<sup>29</sup> En consecuencia, lo que el Tribunal mandató fue una visión integral que reconoce que para una niña o mujer la decisión de interrumpir un embarazo es desgarradora, y solicita proporcionarle un servicio de orientación obligatorio y ayuda material.<sup>30</sup> El Tribunal estableció que, a pesar de que el Estado está obligado a prohibir el aborto libre, debe permitirlo en ciertos casos –por indicación terapéutica o legal– y utilizar “todos los medios sociales, políticos y asistenciales” a su disposición para resguardar la vida en desarrollo.

En cuanto a la doctrina, se trata de un enfoque fundado en una lectura integral y sistemática de la Constitución que da a todos los derechos involucrados su mejor expresión y constituye una compleja prueba de proporcionalidad y equilibrio, en cuanto la ley busca no solo armonizar los derechos e intereses en juego, sino además permitir que cada uno tenga la mayor protección posible. Convergen aquí los pro-vida y los pro-derecho a decidir; aquellos que se oponen fundamentalmente al aborto y quienes apoyan a la mujer que enfrenta una decisión traumática. La ley considera al aborto como contrario al ordenamiento penal; como un acto de *ultima ratio* penado por la ley. Pero no castiga a la mujer que sufre, no la pone a ella ni al potencial hijo en peligro y no discrimina a los sectores vulnerables, dado que la atención está cubierta por los servicios y seguros de salud. Además, requiere que ambas partes se reúnan dos veces con tres días de intervalo. La ley resuelve también el conflicto en la profesión médica y los servicios sociales, señalando que nadie podrá practicar ni colaborar en un aborto excepto en caso de peligro inminente para la salud o la vida de la embarazada.<sup>31</sup>

---

28 § 218 StGB (Código Penal Federal).

29 Liberan a la embarazada de responsabilidad penal las indicaciones del párrafo 218a inciso 2: peligro de muerte o riesgo a la integridad física o psicológica, y párrafo 218a inciso 3: embarazo causado por violación o acto de violencia similar. La indicación de malformación fetal se suprimió en 1995, a pesar de que la discapacidad grave del hijo puede ocasionar daño psicológico intolerable a la madre.

30 La *Schwangerenkonfliktberatungsgesetz* (Ley de Orientación a la Embarazada) de 2010 ordena realizar dos sesiones de orientación con un profesional médico con un intervalo de tres días.

31 El párrafo 12 inciso 2 de la Ley de Orientación a la Embarazada de 2010 intenta conciliar las posiciones de quienes no pueden criar a un hijo discapacitado y de aquellos contrarios a toda discriminación por causal de discapacidad física o mental. En Alemania, el tema de la discapacidad es particularmente

## 2. Un pragmatismo de principios

El aborto es un desafío paradigmático del Constitucionalismo<sup>32</sup> cuyas dificultades informan la jurisprudencia y los procesos legislativos. Es una problemática fundamental y compleja que no solo presenta dificultades a los tribunales constitucionales, sino que dificulta que los actores políticos puedan encontrar mayorías para legislar. El Constitucionalismo tiene la compleja misión de proteger la democracia y, al mismo tiempo, los derechos fundamentales. Mientras más difícil sea alcanzar el consenso político y construir una coalición, mayor circunspección deberá mostrar un tribunal antes de declarar las leyes de aborto como contrarias a la Constitución.

En general, los tribunales no se sitúan solamente en contextos políticos, sociales y culturales, sino que evolucionan en el tiempo. Tampoco son solitarios custodios de la constitución nacional, sino que son actores en lo que denomino el Constitucionalismo integrado. El fallo emitido en 1975 por el Tribunal alemán se produjo dos años después de *Roe vs. Wade*, la famosa apelación a la privacidad y la libertad hecha por la Corte Suprema de Estados Unidos y que la mayoría de los ministros alemanes rechazaron de forma explícita.<sup>33</sup> En 1993 el Tribunal alemán reaccionó ante un proceso de reunificación que puso sobre la mesa el ordenamiento jurídico de otro país. Si bien la Unión Europea no tiene competencia en este ámbito, se toma sistemáticamente en cuenta el sistema europeo de derechos humanos y la Convención de Derechos Humanos según la interpreta el Tribunal de Estrasburgo. En una serie de dictámenes, este Tribunal recordó a Polonia<sup>34</sup> e Irlanda,<sup>35</sup> dos países decididamente católicos, sus compromisos en materia de derechos humanos. Similar a lo afirmado en la jurisprudencia alemana

---

controvertido debido al antecedente histórico de los experimentos eugenésicos racistas y antisemitas del Dr. Mengele. Fue por ello que en 1995 la legislatura dejó otras opciones pero suprimió de la ley la malformación fetal. A pesar de su preocupación por la baja tasa de fertilidad –al menos de los alemanes– el gobierno se mantiene en la política del *nunca más*, lo que incluye no volver a utilizar el aborto, la esterilización o medidas similares como instrumentos de política poblacional.

32 Ver compendio y comentarios sobre casos de todo el mundo en Dorsen, Rosenfeld, Sajo y Baer, *Comparative Constitutionalism*, (West Academic Publishing), 2ª edición, 2011.

33 Para mayores detalles, véase I. Shapiro, El derecho constitucional en materia de aborto en Estados Unidos: Una introducción, trad. V. Roca, en *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, Shapiro, Lora del Toro, Tomás-Valiente, 2009.

34 CEDH, *Tysiqc con Polonia*, 20 de marzo de 2007; *R.B. con Polonia*, 26 de mayo de 2011 (Nº 27617/04), *P y S con Polonia*, 30 de octubre de 2012 (Nº 57375/08).

35 CEDH, Gran Sala, A, B y C con Irlanda, 16 de diciembre de 2010 (Nº 25579/05).



sobre derechos fundamentales, la Corte Europea de Derechos Humanos pidió proteger la vida pero también respeto hacia las niñas y mujeres.<sup>36</sup> Los juristas recurren además a la CEDAW en los países que la han ratificado<sup>37</sup> y a otros sistemas regionales de derechos humanos, en especial el interamericano.<sup>38</sup> En otros países también hay tribunales constitucionales que hacen doctrina.<sup>39</sup>

Espero que este relato sobre cómo Alemania ha enfrentado los desafíos del Constitucionalismo, y especialmente el conflicto en torno al aborto, permita ilustrar que existen formas de que un Tribunal con un compromiso histórico en favor de la dignidad, la libertad, la igualdad y la protección de la vida y contra la eugenesia, tenga una lectura de la Constitución que tome en cuenta a todas las partes involucradas. En 1993 este Tribunal señaló que quedaba absolutamente claro que la penalización no servía y que lo que sirve son el acompañamiento y la educación. Y para muestra, un botón. A fines de 2015 el gobierno alemán dio a conocer un estudio sobre juventud y actitudes sexuales que contenía un hallazgo notable: hoy se hacen menos abortos que antes. Esto no es producto de la norma penal, sino del hecho de que cuando niños y niñas aprenden sobre sexo, igualdad de género y anti-concepción, se reduce el riesgo de que se produzcan embarazos no deseados –con el consiguiente daño– y se amplía el abanico de opciones disponibles para tomar la decisión correcta según el momento y situación. Iguales resultados arrojan similares estudios realizados en el mundo entero.

El Tribunal Constitucional alemán, en concordancia con una jurisprudencia de derechos humanos construida sobre la base del consenso, mantuvo la puerta abierta para encontrar solución a un grave problema. Sus dictámenes fueron conservadores y, en lo personal, algunos ministros de ambos lados de la polémica quizás hubiesen querido un resultado diferente, y es probable que yo misma habría tenido argumentos distintos. Pero la jurisprudencia constitucional es, en el fondo, la concreción de una fórmula de compromiso. Además, el derecho constitucional solo puede definir los contornos de lo que las legislaturas luego decidirán. Por

---

36 Ello no fue necesario en Austria, donde la legislatura lo asumió por mayoría, y en Suiza, donde se realizó un plebiscito en el que el 77% de la población se pronunció a favor de la liberalización.

37 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, L.C. con Perú, decisión 2011; Ecuador 2015. Véase también CEDAW, Recomendación General N° 24.

38 Véase Ruiz, Miguel y Zúñiga Fajuri, “Derecho a la vida y Constitución: Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Artavia Murillo V. Costa Rica”, en Revista Estudios Constitucionales, Vol. 12 N°1 (Centro de Estudios Constitucionales), 2014.

39 Véase Corte Constitucional de Colombia, C-355, sentencia de fecha 10 de mayo de 2006.

último, los tribunales constitucionales deben también ser instituciones de aprendizaje.<sup>40</sup> Para todas las partes involucradas, el constitucionalismo sigue siendo un esfuerzo constante por alcanzar consenso en controversias fundamentales y por estar a la altura de los desafíos que vendrán.

---

<sup>40</sup> El diseño estructural puede facilitar u obstaculizar el aprendizaje, por ejemplo, ministros vitalicios o a plazo fijo (en Alemania son doce años); nombramientos que garanticen la diversidad política (designación por el Parlamento en base a propuestas de los partidos, incluyendo de oposición); opción de publicar votos disidentes; primacía de las decisiones del Tribunal por sobre las de cada ministro.

# RECENSIÓN DE LIBROS



# 'PRIVACIDAD', DE RODOLFO FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO (EDICIONES UDP, 2014, 563 PÁGINAS)

*Carlos Carmona Santander*<sup>1</sup>

## 1. Introducción

El libro de *Rodolfo Figueroa* es valioso por lo siguiente:

Para empezar, es un libro largo, pero entretenido. Tiene todo lo que uno exige en los tiempos de hoy: análisis, discusiones, juicio crítico, jurisprudencia, categorías dogmáticas propias.

Además porque permite salir de los temas que a veces atrapan a los profesores de derecho público. Entonces, romper ese circuito permite que entre aire fresco a la disciplina y se avance en la comprensión de los fenómenos.

También, porque salda una deuda pendiente. La doctrina nacional tiene que abordar ciertos temas para ser tal, para tener la madurez dogmática necesaria. Y la privacidad es un tema capital.

Finalmente, porque el tratamiento profundo y serio de este tema, marca un hito. Este libro es una referencia única en materia de privacidad. No había un libro así en nuestro país, que abarcara tantos aspectos de la privacidad ni menos con la profundidad con que lo hace Rodolfo Figueroa. Y estoy seguro que nadie podrá en el futuro referirse a la privacidad sin aludir a este texto.

Cuando se profundizan los derechos, como lo hace este libro, dejamos de mirarlos desde el planeador, es decir, desde una mirada rápida y superficial, para entrar a una visión microscópica, profunda, crítica. También mejoramos el debate y la discusión, y dejamos de usar una terminología general. Entramos al uso de categorías dogmáticas. Asimismo, permitimos que los asuntos

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Presidente del Tribunal Constitucional.

sean discutidos en un examen más técnico e incisivo. Y, en fin, el derecho cobra vida y se hace concreto, resuelve problemas.

Cuando aparece un libro de esta naturaleza, el derecho constitucional da un paso gigante, firme, desafiante, que nos hace sentirnos motivados y agradecidos.

Los profesores jóvenes, tan aficionados a las discusiones de moda y a los debates abstractos, tienen mucho que aprender de este libro.

## **2. Algunas palabras sobre el autor**

El profesor Rodolfo Figueroa es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Diego Portales. Es abogado, tiene un máster y doctorado en Derecho por la Universidad de Wisconsin, Estados Unidos; es director del Departamento de Derecho Público, director del Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional; integrante del Comité Académico del Doctorado en Derecho y profesor titular de Derecho Constitucional en el pregrado, en el magíster y en el doctorado en Derecho en la Universidad Diego Portales.

El área del derecho que trabaja el profesor Figueroa es la de Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional. En Derechos Fundamentales se ha dedicado en particular al derecho a la vida, igualdad, privacidad y derecho a la salud. Sobre todos ellos tiene publicaciones indexadas en Scielo, de notable calidad. En Jurisdicción Constitucional, se ha dedicado a escribir sobre justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tema respecto al cual tiene varias publicaciones indexadas. Además, está concluyendo un libro sobre la materia.

El profesor Figueroa también ha desarrollado proyectos de investigación Fondecyt. Uno de ellos fue sobre privacidad y dio lugar al libro que se presenta. Otro que está en ejecución, se refiere a Igual Ciudadanía de la Mujer: una Sociedad Multicultural, donde aborda temas como la discriminación positiva, su justificación constitucional y conceptual y su relación con la jurisprudencia constitucional chilena. Además, se encuentra trabajando en un proyecto sobre Técnicas de Fertilización Asistida, con el programa de Ética y Políticas Públicas en Reproducción Humana de la UDP, que dirige el Dr. Fernando Zegers, con el Ministerio de Salud.

### 3. Virtudes del libro

Antes de comenzar a hacer un resumen de los principales planteamientos del libro, quisiera destacar lo que a mi juicio son sus virtudes centrales.

i) En primer lugar, el libro es una completa investigación sobre la privacidad, pues lo hace tanto desde la perspectiva dogmática como jurisprudencial. Eso lo convierte en un material innovador en nuestro sistema.

ii) En segundo lugar, es un libro construido como las grandes obras. Es decir, con calma, dedicación y paciencia. Es un libro que tomó muchos años hacer: el propio autor nos informa que empezó su investigación el año 2005.

iii) En tercer lugar, es un libro que destaca por su metodología. Ello se expresa en lo siguiente:

En la parte dogmática del libro, el profesor Figueroa va exponiendo los planteamientos de los distintos autores que se han referido al tema. No algunos autores, sino todos quienes han escrito sobre el tema son convocados al diálogo sobre los contenidos que aborda el autor.

En la parte jurisprudencial, los fallos son agrupados siguiendo categorías dogmáticas. Además, cada fallo o grupo de fallos tiene un comentario, que critica, resume, sistematiza. Por si todo lo anterior fuera poco, al final de cada categoría hace un resumen de todo lo abordado.

Quiero destacar el comentario que va asociado a cada fallo. ¡Es maravilloso! Porque es simple, breve, crítico, orientador. Una gran ayuda para comprender y analizar.

Además, no obstante la complejidad del tema en ciertos apartados, el autor no confunde al lector, sino que ayuda a que comprenda mejor. Es preciso, va al punto, no se distrae en cosas accidentales. Y es profundo, porque no escabulle los problemas, plantea soluciones, abre caminos, transmite certezas.

iv) En cuarto lugar, el autor no teme criticar. Lo hace con la doctrina, lo hace con los fallos. Pero esa crítica busca ayudar a comprender el fenómeno analizado. En los fallos el comentario ayuda a poner en perspectiva las sentencias leídas, a no perderse entre tanta jurisprudencia.

v) En quinto lugar, el libro puede ser utilizado desde tres formas diferentes, lo que lo hace particularmente valioso. Así, puede ser utilizado:

Primeramente, como un libro de aprendizaje. Los lectores encontrarán en él una forma profunda y comprensiva de todos los aspectos de la privacidad. Es un libro que entrega conocimientos a raudales.

Enseguida, puede ser usado como un libro de consulta para conocer lo

que la jurisprudencia o la doctrina ha dicho sobre un tema determinado. Para eso hay un muy buen índice, y todos los aportes del autor a la explicación y comprensión del fenómeno estudiado (me refiero a los comentarios y a los resúmenes).

Finalmente, puede ser utilizado como un hito en la presentación de los fallos sobre privacidad. Otros autores habían hecho exámenes de jurisprudencia utilizando categorías dogmáticas para agruparlas. Pero ninguno había llegado a la extensión, minuciosidad y rigor metodológico con que lo hace Rodolfo. Uno tiene la sensación de que no se le escapó nada. Porque todos los fallos están y hay muchos que uno desconocía. Hay, por tanto, exhaustividad.

vi) Por último, quisiera destacar un aspecto formal, pero enormemente importante: la edición del libro. Tiene un tipo de letra magnífica, lo que ayuda a su lectura. El papel facilita los subrayados. Las páginas están cosidas y, por lo mismo, se puede abrir sin temor a que el libro se rompa. Además, hay una cuidada edición. No hay errores o motes. Y las separaciones no llegan al absurdo. El libro está organizado en distintas partes. Pero en vez del numeral o literal infinito, se recurre a las negritas para destacar los fallos. Con eso, se destaca lo suficiente, se mantiene el orden y uno no se pierde.

Cuando terminé de leer el libro me hice una pregunta: cómo usarlo en clases. Si estuviéramos en Estados Unidos, este sería un libro de casos. Los alumnos deberían comprarlo, tenerlo y llevarlo leído al aula. Pero estamos en Chile. No todos lo podrán adquirir, no todos lo leerán y algunos reclamarán por su extensión. Pero para saber de privacidad, no hay otro modo que leerlo y estudiarlo entero. Y eso no tiene nada de malo. Si uno quiere saber sobre el mandato civil, tiene que conocer la obra de Stitckin Branover. Los profesores nos hemos vuelto demasiado cariñosos con los alumnos, seguramente producto de las quejas sobre la cantidad de materiales que tienen que procesar. Pero a veces tanta contemplación repercute en la formación de los alumnos. Para saber de privacidad, hay que leer el libro de Rodolfo Figueroa. No hay nada que hacer que no sea leerlo.

#### **4. Contenido del libro**

El contenido del libro se organiza en dos partes.

De un lado, una parte dogmática abarca los capítulos 1, 2 y 3. Comprende las primeras 170 páginas del volumen. Del otro, expone una parte



jurisprudencial. Es la parte más extensa del texto, con casi 350 páginas.

En la parte dogmática, se analizan tres cuestiones: En primer lugar, la discusión sobre la terminología — ¿privacidad o intimidad?—. En segundo lugar, la titularidad del derecho a la privacidad. En tercer lugar, lo que el autor denomina estrategias conceptuales para abordar el derecho a la privacidad.

i) En relación a la terminología, podemos decir lo siguiente: el autor señala que la Constitución utiliza la expresión “vida privada”, sin recurrir a la expresión “intimidad”, como lo hacen otras cartas fundamentales, ni a la palabra privacidad.

En el libro los autores nacionales se ubican en tres categorías conceptuales. En primer lugar, están los autores que consideran que la expresión vida privada, intimidad y privacidad son equivalentes. En segundo lugar, los que sostienen que privacidad y vida privada son equivalentes, pero que la voz intimidad es un concepto más restringido. No hay autores en Chile que adhieran a esta posición. En tercer lugar, están quienes afirman que privacidad y vida privada son equivalentes, que la intimidad es un concepto más restrictivo que privacidad y que la intimidad es el sentido que cabe darle a este derecho.

Para el autor no hay criterios analíticos para apoyar la distinción entre privacidad e intimidad sobre la base que esta última es una zona más profunda y sensible de la privacidad. La intimidad es tan revelable y accesible como la privacidad. Por lo mismo, el distingo no tiene relevancia para el derecho. Además, como la Constitución utiliza la expresión vida privada, que es equivalente a privacidad, no se justifica recurrir a otra nomenclatura. De ahí que el autor concluya que vida privada, privacidad e intimidad son sinónimos.

ii) Respecto a la titularidad del derecho a la privacidad, el autor manifiesta lo siguiente: si la privacidad se entiende como un derecho basado en la dignidad moral del individuo, las personas jurídicas no tienen derecho a la privacidad. Pero si el derecho a la privacidad es el secreto de cierta información, sí lo tienen. Lo mismo respecto del procesamiento de información.

Respecto a las personas fallecidas, se señala que ya no son personas y, por lo tanto, no tienen derecho a la privacidad. No obstante, los herederos podrían autorizar y oponerse a invasiones en la vida privada del individuo fallecido. Por ejemplo, podrían proteger su ficha médica.

El autor se muestra partidario de una escala gradual de privacidad, porque permite aumentar el acceso a la información y no reducirlo. La intensidad de la privacidad depende del titular. Para tal efecto, el autor hace la siguiente clasificación:

En primer lugar, se encontrarían los funcionarios públicos de elección popular. En segundo lugar, los funcionarios públicos que no son de elección popular. En tercer lugar, los candidatos a un cargo público. En cuarto lugar, los personajes de influencia pública. En quinto lugar, los personajes del ámbito público del espectáculo. Finalmente, la persona privada.

En todos estos casos, es importante considerar dos variables: si ha creado o no una imagen de sí mismo, si existe o no un estereotipo del rol.

iii) Finalmente, el autor considera que hay tres estrategias conceptuales para abordar el derecho a la privacidad.

La primera estrategia es la de los *contenidos de la privacidad*. El derecho a la privacidad es aquel que se tiene respecto de un tercero, para que este no intervenga el cuerpo, objetos personales o lugares relacionados con el titular, si ese tercero no lo ha autorizado.

Por tanto, los ámbitos protegidos son, a juicio del autor, tres: cuerpo, objeto y lugares.

Respecto del cuerpo, este puede ser objeto de captaciones y revelaciones. Por lo mismo, se atenta contra la privacidad si hay intrusión física sobre él. Por ejemplo, si alumnos son sometidos a un examen y desnudados para determinar si robaron o no ciertas especies. También se atenta si hay captación del cuerpo. Por ejemplo, al fotografiarlo.

Respecto de los objetos, la privacidad cubre los objetos personales. Estos son aquellos sobre los cuales la persona tiene algún derecho de uso exclusivo y un interés de privacidad, independientemente de la propiedad sobre los mismos. En este ámbito, se encuentran documentos (papeles o cartas personales, archivos computacionales, fotografías), contenedores (bolsos, mochilas, carteras, computadores, muebles y cajas de seguridad), medicinas y anticonceptivos, computador de la empresa, fluidos corporales, automóvil. Los objetos personales son protegibles en el sentido de que no deben ser captados, revisados, expuestos o revelados sin consentimiento del titular del derecho a la privacidad.

En tercer lugar, se encuentran los lugares: el domicilio, el hogar, la oficina. Pero también se extiende a un contenedor, a una casa rodante, a una carpa, a un bote, a un laboratorio.

La segunda categoría es la privacidad como *secreto, tranquilidad y autonomía*. Esta manera de entender la privacidad busca centrarse en ciertos sinónimos de ella.

En este sentido, en primer lugar, la privacidad se entiende como secreto. Es decir, consiste en la exclusión de terceros sobre el conocimiento de información sobre uno mismo.

En segundo lugar, se encuentra la idea de tranquilidad. Significa que la persona no sea perturbada en su vida privada.

En tercer lugar, se encuentra la idea de privacidad como *autonomía*. Es decir, estar libre de injerencia estatal para que el individuo pueda adoptar por sí mismo una decisión en asuntos que le conciernen personalmente.

La tercera estrategia es la taxonomía de categorías. Esta forma de aproximarse a la privacidad consiste en identificar conductas o ámbitos de lesión del derecho a la privacidad.

El autor aquí sigue a Daniel Solove que establece 16 categorías de afectación. Sobre estas categorías volveremos en un instante.

Hasta aquí, la parte dogmática del libro.

La parte relativa a la jurisprudencia, se construye sobre dos ejes.

Por una parte, se consultaron distintas bases de datos. Desde luego, las bases de datos electrónicas. También las revistas de jurisprudencia (*Gaceta Jurídica*, *Fallos del Mes* y *Revista de Derecho y Jurisprudencia*). Además, se utilizó la base de datos del Poder Judicial y bases de datos privadas.

En total, se utilizaron 377 casos.

El autor precisa que los fallos son únicamente referidos a la acción de protección, excluyendo la inaplicabilidad.

Por otra parte, la categoría dogmática que usa el autor para exponer la jurisprudencia es la del norteamericano Daniel Solove en su libro *Comprendiendo la privacidad*, de la Editorial Universitaria de Harvard, 2009.

De acuerdo a esta tipología, el autor clasifica la jurisprudencia en cuatro categorías: recolección, procesamiento y diseminación de información e invasión.

1. En lo que se refiere a la recolección de información, se trata de aquella respecto de un tercero.

Esta categoría tiene dos variables.

En primer lugar, la vigilancia. En esta categoría, el autor ubica la vigilancia con cámaras de video en buses, en el lugar de trabajo, en colegios. También aquí se encuentran el uso de los fotorradars y, además, la revisión de bolsos y paquetes de los trabajadores de una empresa, la revisión de bolsos de carteros, la revisión de un chat en una empresa.

En segundo lugar, se encuentra la interrogación. Se refiere a la persona que es sometida a un interrogatorio que le exige revelar datos sobre sí misma.

2. En lo relativo al procesamiento de información, se trata del uso, almacenamiento y manipulación de la información que ya ha sido recolectada. Esta categoría tiene cinco variables:

En primer lugar, la agregación. Aquí se conectan diversas partes aisladas de información de una persona, para construir un perfil identificable de la misma.

En segundo lugar, se encuentra la identificación. Implica conectar información de una base de datos o registro con una persona en particular. Aquí se ubican todos los casos relativos al uso de ADN en adolescentes infractores.

En tercer lugar, se encuentra la inseguridad. Esta categoría alude al temor que el titular puede tener acerca de la protección de información que le pertenece y que se encuentra almacenada en una base de datos. Aquí ubica el autor la entrega de información de suscriptores de una compañía de teléfonos a un carrier; el uso de un reloj biométrico para control de asistencia.

En cuarto lugar, se encuentra lo que denomina uso secundario. Este consiste en el empleo de la información privada para un fin distinto para el cual fue obtenida. Ejemplo: el uso de fotografía de una muchacha para publicidad de políticas de gobierno.

Finalmente, se encuentra la exclusión. Esta es la facultad del titular de poder acceder a información personal que existe en algún registro o base de datos, corregirla o eliminarla. El autor cita todos los casos de eliminación de antecedentes comerciales y aquellos casos contra Tesorería por informar de deudas tributarias a Dicom.

3. En lo que respecta a la diseminación de información, esta consiste en la divulgación de información privada. Es una de las categorías más relevantes de la afectación de la privacidad. Esta categoría también tiene variables.

En primer lugar, está la ruptura de la confidencialidad. Se produce en la divulgación de información privada por parte de quien la recibió bajo secreto profesional. Aquí el autor trata la confidencialidad de las fichas clínicas, la confidencialidad de la información bancaria. También la

confidencialidad entre cónyuges y la confidencialidad de una fuente informativa.

En segundo lugar, se encuentra la revelación. Es la lesión más frecuente de la privacidad. Consiste básicamente en divulgar algo. Aquí el autor trata varios ejemplos. El de una universidad que revela la declaración de discapacidad para efectos de la medicina preventiva que le impide a un estudiante titularse. También analiza el caso Martorell.

En tercer lugar, se encuentra la exposición. Consiste en revelar o exponer el dolor de una persona, su desnudez, lo que le causa vergüenza y humillación. Por ejemplo, el autor trata aquí el desnudo a alumnos de un colegio dispuesto para investigar un robo; o la filmación de una rectoscopia.

En cuarto lugar, se encuentra la accesibilidad aumentada. Esta consiste en amplificar el acceso a la información, en darle mayor publicidad y difusión. En esta categoría el autor trata los reportajes en revistas y televisión. También la difusión de identidades e imágenes de imputados. O la remisión de cartas a terceros informando deudas, paternidad, etc.

En quinto lugar, se encuentra la extorsión. Consiste en amenazar a alguien con revelar información comprometedor, pidiendo algo a cambio.

En sexto lugar, se encuentra la apropiación. Esta es una forma de divulgación, en que parte de la vida privada de alguien es revelada a terceros sin autorización del afectado. El autor puntualiza que a diferencia de la mera revelación, en la apropiación existe un beneficio personal para el divulgador. En esta categoría el autor se refiere a las fotografías publicadas en diarios, internet o como parte de campañas publicitarias tanto de entidades públicas como privadas.

Finalmente, el autor considera aquí a la distorsión. Consiste en presentar a una persona ante la opinión pública de una manera distorsionada, lo que hace que los demás se formen una imagen desfavorable de ella. La persona es mostrada bajo una luz falsa que conduce a equívoco. El autor trata distintas categorías de casos. Desde luego, la distorsión de imagen en campañas publicitarias y reportajes. Por ejemplo, asociar a una niña con víctima de violencia, con drogas, con acoso sexual, con violencia intrafamiliar. También se encuentran aquí dejar mal a otro mediante el envío de cartas a terceros. Por ejemplo, se indica que no es idónea para que la contraten. Asimismo, se tratan otros casos, como deformar la imagen de Arturo Prat o la imagen de Cristo.

4. Por último, está la invasión. El autor precisa que a diferencia de las otras variables, esta no se relaciona con la información, sino con la idea de autonomía y de tranquilidad. Tiene dos manifestaciones.

En primer lugar, la intrusión. Esta consiste en la invasión o incursión en la vida de uno. Aquí el autor trata de dos categorías de casos. Por una parte, la perturbación en la tranquilidad o autonomía. Por ejemplo, cobranzas de deudas, poner fin a un servicio telefónico, acceso visual al interior del inmueble, desde un camino. Por la otra, se encuentran las perturbaciones producidas por edificaciones nuevas o preexistentes.

En segundo lugar, se encuentra la interferencia decisional. Esta apunta a la interferencia del Estado en decisiones de las personas respecto de las materias que son consideradas propias de la vida personal. Aquí el autor trata los casos de las huelgas de hambre y de transfusiones de sangre para testigos de Jehová.

## 5. Palabras finales

Después de este apretado resumen del contenido del libro, y ya terminando mi presentación, no me queda más que señalar un par de cosas breves.

En primer lugar, felicitar a Rodolfo por su tremendo aporte. El libro nos ayuda de manera decisiva a comprender la privacidad.

En segundo lugar, destacar su enorme vocación académica. Me imagino la cantidad de horas dedicadas al libro. La voluntad de perseverar, a pesar de que en muchas oportunidades debe haberse sentido en un mar sin orillas, sin un claro destino.

En tercer lugar, el libro ayuda a que el derecho público crezca y se desarrolle. No hay otra manera de hacerlo progresar que no sea con obras serias y profundas, que aborden temas específicos, con rigurosidad y metodología.

No me queda más que felicitar y agradecer al profesor Figueroa y, por supuesto, instarlos a leer el libro. Porque a esta altura debe quedar claro que con él uno aprende y se entretiene. Y que, definitivamente, representa un gran aporte a la comprensión de la privacidad.

**CATÁLOGO DE  
PUBLICACIONES  
2016**





# CATÁLOGO DE PUBLICACIONES

## 2016

*Constanza Norambuena A.*<sup>1</sup>

*Nicolás Álvarez C.*<sup>2</sup>

Con la asistencia de

*Javier Leiva A.*<sup>3</sup> y *Maximiliano Ramírez M.*<sup>4,5</sup>

### 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, juega un rol importante los distintos actores del Derecho por cuanto las elaboraciones doctrinarias son fruto de un diálogo y trabajo conjunto entre académicos, estudiosos del derecho y la colaboración de sus alumnos(as), entre otros.

Es así como en esta séptima versión 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 será un mecanismo que año a año colabore con el incremento en el nivel y/o la cantidad de las publicaciones.

---

<sup>1</sup> Abogada. Candidata a Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la Universidad Diego Portales.

<sup>2</sup> Abogado. Candidato a Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe del Centro Internacional de Estudios Políticos de la Universidad Nacional de San Martín.

<sup>3</sup> Estudiante de Derecho de la Universidad Diego Portales.

<sup>4</sup> Estudiante de Derecho de la Universidad Diego Portales.

<sup>5</sup> El trabajo final estuvo bajo la supervisión de Aileen Larraín, Secretaria de Redacción del Anuario de Derecho Público y Javier Couso, Director del mismo.

## 1. Objetivo

Durante estos cinco años de trabajo, nuestro principal propósito ha sido posicionar al catálogo del Anuario de Derecho Público UDP como un instrumento de simplificación de búsqueda de todos los actores involucrados e interesados en las diversas áreas del Derecho Público, reuniendo en un solo lugar las innumerables publicaciones concebidas durante el año 2015.

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 una herramienta que permita reconocer y constatar la evolución que se registra en las diversas áreas del Derecho Público.

## 2. Metodología

### 2.1. Procedimiento.

Como forma de replicar los resultados positivos 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. Este 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 Políticas.<sup>6</sup>

(iv) Enseguida, se realizó la pesquisa de Reportes de Organizaciones Internacionales acerca de Chile, tales como: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Relatorías del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entre otros.

(v) Finalmente, en la quinta etapa de elaboración de este catálogo, el listado de publicaciones obtenido se distribuye entre académicos miembros del Comité de Redacción del Anuario, con el objeto de que efectúen observaciones e incorporen artículos que no hayan sido recabados en las búsquedas anteriores.

## 2.2. Criterios de inclusión y exclusión de publicaciones

Se hace presente que la búsqueda a lo largo de las tres primeras etapas se realizó tanto por materias, haciendo uso de diversos rotulados,<sup>7</sup> así como también por los nombres de los autores que frecuentemente publican en el área, excluyendo aquellos artículos relacionados con el derecho privado.

Al igual que en años anteriores, mantuvimos el criterio de incorporar las nuevas ediciones de un libro ya publicado, siempre y cuando 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 solo cumple la función descriptiva de plasmar todo lo que se encuentra disponible y por ello se incorporan todas las publicaciones encontradas.

Asimismo, se encontraron libros de ediciones anteriores, pero que en el año 2015 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 reseñas de obras

<sup>6</sup> Listado disponible en: [http://www.conicyt.cl/fondecyt/files/2012/11/articles-40547\\_editorial.pdf](http://www.conicyt.cl/fondecyt/files/2012/11/articles-40547_editorial.pdf)

<sup>7</sup> 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 y Derecho de Aguas.

vinculadas a ésta área del derecho, por cuanto no constituyen técnicamente artículos de creación dogmática.

### 3. Innovaciones

En este punto, cabe destacar que, no obstante hubo una leve disminución en el número de artículos de revista publicados durante el 2015, sí hubo un aumento considerable en la creación y lanzamiento de estudios pertenecientes a la rama del Derecho Constitucional, lo que en definitiva, demuestra la importancia e interés que está teniendo el Derecho Público a nivel nacional y la concordancia que existe con las temáticas abordadas en esta versión del anuario. Adicionalmente, y de igual manera que el año anterior, queremos enfatizar el incremento de artículos publicados, especialmente a través de plataformas electrónicas como las señaladas precedentemente.

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, capítulos de libros y artículos académicos.

### 4. Conclusiones

El resultado de la investigación arroja, 295 artículos académicos, 80 capítulos de libros sobre Chile de publicación nacional, 18 reportes sobre Chile y 89 libros publicados en Chile durante el año 2015.

#### Cuadro comparativo de resultados<sup>8</sup>

	2011	2012	2013	2014			2015		
Libros publicados en Chile	70	67	67	98			89		
				55	25	8	42	34	13
				Constitucional	Administrativo	Internacional	Constitucional	Administrativo	Internacional

<sup>8</sup> Se consigna que en esta versión, la sección de libros sobre Chile publicados en el extranjero que, durante el año 2015 había absorbido la sección de capítulos de libros publicados en el extranjero, ha sido eliminada.

Artículos académicos	316	273	273	314			295		
				147	69	98	171	44	80
				Constitucional	Administrativo	Internacional	Constitucional	Administrativo	Internacional
Reportes sobre Chile	36	5	5	14			18		
Capítulos de Libros publicados en Chile	--	184	184	60			80		
				36	10	14	46	19	15
				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 prolijidad y pulcritud. Sin embargo, puede existir un margen de error, no obstante que la labor realizada y la metodología seguida tienen como objeto minimizarlo.<sup>9</sup>

Con todo lo anterior, los invitamos a conocer el catálogo de publicaciones del año 2016.

<sup>9</sup> Del mismo modo que 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](mailto:derechoconstitucional@mail.udp.cl), de manera tal que pueda ser incorporada a este catálogo año a año.

## 1. LIBROS

### 1.1 Derecho Constitucional

1. Acevedo, Martín; Núñez, Juan Ignacio y Selayaram, Renato [Coordinadores], *Estudios de Derecho Constitucional y Derechos Humanos*, (Metropolitana) 2015.
2. Arancibia, Tamara, *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones administrativas*, (Tribunal Constitucional) 2015.
3. Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos; Viera, Christian, *La Constitución chilena*, (LOM Ediciones) 2015.
4. Bellei, Cristián, *El gran experimento: Mercado y privatización de la educación chilena*, (LOM Ediciones) 2015.
5. Bellolio, Cristóbal, *Pinochet, Lagos & Nosotros*, (Debate) 2015.
6. Cea, José Luis, *Derecho constitucional chileno. Tomo I*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), Tercera edición, 2015.
7. Contipelli, Ernani, *Teoría de la Constitución y bases de la institucionalidad*, (Ril Editores) 2015.
8. Chia Eduardo y Quezada, Flavio [Editores], *Propuestas para una nueva Constitución (creada en democracia)*, (Instituto Igualdad; Facultad de Derecho Universidad de Chile) 2015.
9. Díaz, Pedro y Cartes, Armando, *Ciudadanía: temas y debates*, (Centro de Estudios Bicentenario) 2015.
10. Equipo Editorial Thomson Reuters, *Compendio de normas sobre los juzgados de policía local. Organización, atribuciones y competencia*, (Thomson Reuters) 2015.
11. Fuentes, Claudio y Joignant, Alfredo [Editores], *La solución constitucional. Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos*, (Catalonia) 2015.
12. García, José Francisco, *¿Nueva constitución o reforma?*, (Legal Publishing) 2015.
13. Garrido, Carlos, *Acuerdo de unión civil: análisis de ley 20.830*, (Metropolitana) 2015.
14. Guajardo, Carlos, *Aspectos victimológicos en la política de seguridad en Chile*, (Publicia) 2015.
15. Henríquez, Miriam y Silva, María Pía, *La Constitución Económica*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso) 2015.

16. Hilgers, Mirco, *Chilean mining law for the prospector miner and investor*, (J.C. Saez Editor) 2015.
17. Ibarra, Constanza, *Análisis sistemático de la Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud* 2015, (Tribunal Constitucional) 2015.
18. Jara, José; Erazo, Ximena y Gauché, Ximena [Editores], *Derechos humanos, diversidad sexual y políticas públicas en América Latina*, (LOM Ediciones) 2015.
19. Leal, Brigitte, *La potestad de inspección de la Administración del Estado*, (Tribunal Constitucional) 2015.
20. Lepin, Cristián, *Compendio de normas de derecho familiar*, (Thomson Reuters) 2015.
21. Lepin, Cristián, *Compendio de normas sobre infancia y adolescencia*, (Thomson Reuters) 2015.
22. Lepin, Cristián, *Jurisprudencia de derecho familiar: tribunal constitucional (2004-2015)*, (Thomson Reuters) 2015.
23. Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno: fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo* 2015, (Thomson Reuters) 2015.
24. Mendoza, Jorge, *Los derechos humanos y la formación universitaria*, (Universitarias de Valparaíso) 2015.
25. Millaleo, Salvador; Oyanedel, Juan Carlos y Palacios, Daniel, *Sociología del derecho en Chile: Libro homenaje a Edmundo Fuenzalida*, (Universidad Alberto Hurtado) 2015.
26. Morgado, Emilio, *Labour Law in Chile*, (Wolters Kluwe) 2015.
27. Nehme, Karim, *El Estado Solidario en Chile*, (Académica Española) 2015.
28. Nogueira, Humberto [Coordinador], *Las bases de la institucionalidad* (Librotecnia) 2015.
29. Olivares, Diego, *Priorización de mociones y mensajes en el trámite legislativo chileno*, (Librotecnia) 2015.
30. Otero, Gerardo; Dolores, María; Zúñiga, María; López, Macarena y Cabezón, Juan Pablo, *Labour and Employment Compliance in Chile*, (Wolters Kluwe) 2015.
31. Pallavicini, Julio, *Derecho público financiero*, (Thomson Reuters) 2015.
32. Paúl, Adolfo, *Procesos sobre violación de derechos humanos: inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades*, (El Roble) 2015.
33. Pinto, Marcela, *Despido discriminatorio del trabajador con discapacidad*, (Librotecnia) 2015.

34. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo: análisis desde la experiencia comparada* (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo) 2015.
35. Sierra, Lucas, *Diálogos Constitucionales: la academia y la cuestión constitucional en Chile*, (Centro de Estudios Públicos) 2015.
36. Silva, Rodrigo y Vega, Francisco, *Manual de procedimiento constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile) 2015.
37. Solari, Enzo, *Sobre la filosofía jurídica de Jorge Millas y otros ensayos iusfilosóficos y de teoría política y constitucional*, (Ediciones Universidad Alberto Hurtado) 2015.
38. Soto, Sebastián, *Congreso Nacional y Proceso Legislativo. Teoría y práctica*, (Thomson Reuters) 2015.
39. Verdugo, Mario, *Constitución Política de la Republica sistematizada con jurisprudencia*, (Thomson Reuters) 2015.
40. Wainraihgt, Emilio, *Tratados Internacionales y Constitución Política*, (Librotecnia) 2015.
41. Zapata, Patricio, *La casa de todos: La nueva constitución que Chile merece y necesita*, (Ediciones UC) 2015.
42. Zúñiga, Alejandra, *De los derechos humanos al derecho de aborto*, (Editorial Alicante) 2015.

## 1.2 Derecho Administrativo

1. Aliaga, Vicente, *Acto administrativo e información pública*, (Thomson Reuters) 2015.
2. Almonacid, Francisco, *La extinción de los actos administrativos: la revocación, la invalidación y la declaración de Nulidad de Derecho Público*, (Circulo Legal Editores) 2015.
3. Arena, Natalia, *Los vicios del acto administrativo*, (Circulo Legal Editores) 2015.
4. Atria, Fernando y Salgado, Constanza, *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas*, (Thomson Reuters) 2015.
5. Balmaceda, Gustavo y Castro, Carlos, *Corrupción y delitos contra la administración pública*, (Librotecnia) 2015.
6. Barra, Esteban y Bravo, Carla, *Control administrativo de la Superintendencia de Valores y Seguros sobre hipótesis de uso de información privilegiada: análisis jurisprudencial*, (Tribunal Constitucional) 2015.



7. Barra, Nancy y Celis, Gabriel, *Contratación administrativa bajo la ley de compras*, (Thomson Reuters) 2015.
8. Bermúdez, Jorge, *Fundamentos de derecho ambiental*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso) 2015.
9. Bocksang, Gabriel y Lara, José Luis, *Administración territorial de Chile, estudios sobre descentralización y desconcentración administrativas*, (Thomson Reuters) 2015.
10. Bocksang, Gabriel, *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)*, (Thomson Reuters) 2015.
11. Caldés, Gabriel, *La industria sanitaria en Chile de cara al siglo 21*, (Ril Editores) 2015.
12. Celis, Gabriel, *Actos y procedimiento administrativo*, (El Jurista) 2015.
13. Celis, Gabriel, *Derecho administrativo disciplinario*, (El Jurista) 2015.
14. Cordero, Luis, *Casos destacados derecho administrativo*, (Thomson Reuters) 2015.
15. Cordero, Luis, *La actualidad administrativa 2014*, (Thomson Reuters) 2015.
16. Cordero, Luis, *La responsabilidad de la administración del estado*, (Thomson Reuters) 2015.
17. Cordero, Luis, *Lecciones de derecho administrativo*, (Thomson Reuters) 2015.
18. Departamento de Estudios Jurídicos, *Estatuto administrativo interpretado*, (Circulo Legal Editores) 2015.
19. Departamento de Estudios Jurídicos, *Medio ambiente*, (Circulo Legal Editores) 2015.
20. Encina, Juan Andrés, *Motivación de los actos administrativos*, (Librotecnia) 2015.
21. Ferrandois, Arturo, *Sentencias destacadas 2014*, (Libertad y Desarrollo) 2015.
22. Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco, *La nueva justicia ambiental*, (Thomson Reuters) 2015.
23. Hervé, Dominique, *Justicia ambiental y recursos naturales*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso) 2015.
24. Lara, José Luis y Helfmann, Carolina, *Repertorio ley de procedimiento administrativo*, (Thomson Reuters) 2015.
25. Núñez, Manuel [Editor], *La internacionalización del derecho público: actas XLII jornadas chilenas de Derecho Público*, (Thomson Reuters) 2015.

26. Ossandón, Jorge, *Incentivos al cumplimiento ambiental*, (Libromar) 2015.
27. Pigrau, Antoni, [Director], *El acceso a la justicia de las víctimas de daños ambientales. Una perspectiva comparada*, (Tiran lo Blanch) 2015.
28. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, *La internacionalización del Derecho Público (Jornadas de Derecho Público)*, (Legal Publishing) 2015.
29. Reyes, Miguel Ángel, *La prueba en los procedimientos administrativos*, (Librotecnia) 2015.
30. Torres, Alejandro, *Régimen jurídico de los caminos públicos en Chile*, (Metropolitana) 2015.
31. Tudela, Patricio, *Modelo de gestión policial orientados a la comunidad en Chile*, (Publicia) 2015.
32. Valenzuela, Rafael, *El derecho ambiental, presente y pasado*, (Editorial Jurídica de Chile) 2015.
33. Vergara, Alejandro, *Crisis institucional del agua*, (Ediciones UC) 2015.
34. Villagrán, Marcelo, *Manual de derecho municipal*, (RIL Editores) 2015.

### 1.3 Derecho Internacional Público

1. Amarante, Verónica, *Desigualdad e informalidad: un análisis de cinco experiencias latinoamericanas*, (CEPAL) 2015.
2. Díaz, Regina, *Aplicación del ius cogens en el ordenamiento interno*, (Thomson Reuters) 2015.
3. Diéz, Jordi, *The politics of gay marriage in Latin America: Argentina, Chile, and Mexico*, (Cambridge University Press) 2015.
4. Fairfield, Tasha, *Private Wealth and Public Revenue in Latin America: Business Power and Tax Politics*, (Cambridge University Press) 2015.
5. Gauché, Ximena; Jara, José; Lagos, Catalina y Erazo, Ximena, *Derechos humanos, diversidad sexual y políticas públicas en América Latina*, (LOM Ediciones) 2015.
6. Habersang, Anja e Ydígoras, Pamela, *El activismo internacional mapuche: un arma poderosa contra las violaciones de sus derechos humanos*, (Ceibo Ediciones) 2015.
7. Mendoza, Jorge, *Los derechos humanos y la formación universitaria*, (Universitarias de Valparaíso) 2015.
8. Morley, Morris y McGillion, Chris, *Reagan and Pinochet: The Struggle*

- over US Policy toward Chile*, (Cambridge University Press) 2015.
9. Núñez, José Ignacio; Romero, Luis y Meza, Carolina, *Estudios de derechos fundamentales: experiencia chilena e internacional*, (Universidad FinisTerae) 2015
  10. Núñez, Manuel Antonio, *La internacionalización del derecho público*, (Thomson Reuters) 2015.
  11. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; INDH (Chile), *Protesta social y derechos humanos: estándares internacionales y nacionales*, (El Roble) 2015.
  12. Valenzuela, Williams, *Derecho al recurso. Desde el sistema interamericano a la situación en Chile*, (Editorial Porrúa) 2015.
  13. Wilde, Alexander, *Religious Responses to Violence: Human Rights in Latin America Past and Present*, (University of Notre Dame Press) 2015.

## 2. CAPÍTULOS DE LIBROS PUBLICADOS EN CHILE

### 2.1 Derecho Constitucional

1. Álvarez, Juan José; Del Pino, Sebastián y Vial, Tomás, “Derechos de la diversidad sexual 2015: Avances y falencias”, en Vial, Tomás [Editor], Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2015.
2. Ansoleaga, Elisa y Valenzuela, Ester, “Envejecimiento y derechos humanos: Las personas mayores maltratadas” en Vial, Tomás [Editor], Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2015.
3. Aristizábal, Viviana; Andrade, Angélica y Monsalve, Tatiana, “Alcance del principio de no discriminación de las personas con diferencia funcional en el ámbito de la educación superior en Colombia”, en Cárdenas, Claudia [Directora], Anuario de Derechos Humanos, N°II, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2015.
4. Arriagada, Isabel y Rochow, Diego, “Privación de libertad en Chile: Desgobierno carcelario y afectación de derechos de la población penal” en Vial, Tomás [Editor], Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2015.
5. Bassa, Jaime, “El Tribunal Constitucional en la Constitución chilena

- vigente”, en Bassa Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera Christian [Editores], *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, (LOM Ediciones), 2015.
6. Bassa, Jaime, “La pretensión de objetividad en la interpretación constitucional”, en Bassa Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera Christian [Editores], *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, (LOM Ediciones), 2015.
  7. Bordalí, Andrés, “El poder judicial” en Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera Christian [Editores], *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, (LOM Ediciones), 2015.
  8. Bordalí, Andrés, “Recurso de protección y reclamos ante los tribunales ambientales”, en Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco, [Coordinadores], *La nueva justicia ambiental*, (Thomson Reuters), 2015.
  9. Cisternas, María Soledad, “Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N°11, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2015.
  10. Collins, Cath, “Silencio e irrupciones: verdad, justicia y reparaciones en la postdictadura chilena”, en Vial, Tomás [Editor], *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015*, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2015.
  11. Contreras, Pablo, “Las fuerzas armadas en la Constitución”, en Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera Christian [Editores], *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, (LOM Ediciones), 2015.
  12. Correa, Jorge y Molina, María Soledad, “¿Años de incerteza? Indicios de potencial inestabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional durante el 2014”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones UDP), 2015.
  13. De la Maza, Camila; Riveros, María Paz y Zarzar, María Paz, “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: ¿Asegura el Estado a los niños, niñas y adolescentes el derecho a vivir en el seno de una familia?”, en Vial, Tomás [Editor], *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015*, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2015.
  14. Fernández, Francisco, “Un precedente remoto de la judicial review: el control judicial de la legislación de las colonias americanas”, en *Anuario*

- Iberoamericano de Justicia Constitucional, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España), 2015.
15. Fernández, Karinna y García, Carmina, “El incendio de la Cárcel de San Miguel, su veredicto absolutorio y las obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos involucrados”, en Cárdenas, Claudia [Directora], Anuario de Derechos Humanos, N° 11, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2015.
  16. Ferrada, Juan Carlos, “El derecho de propiedad privada en la Constitución Política de 1980”, en Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera Christian [Editores], La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política, (LOM Ediciones), 2015.
  17. Ferrada, Juan Carlos, “El Presidente de la República en la Constitución de 1980”, en Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera Christian [Editores], La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política, (LOM Ediciones), 2015.
  18. González, Felipe, “La declaración de inaplicabilidad del artículo 5 N° 3 del Código de Justicia Militar: el rol del Tribunal Constitucional en el cumplimiento de la sentencia del caso Palamara Iribarne” en Anuario de Derechos Humanos, N° 11, (Universidad de Chile), 2015.
  19. Heiss, Claudia, “Procedimiento democrático, institucional y participativo”, en Chia, Eduardo y Quezada, Flavia [Editores], Propuestas para una nueva Constitución (creada en democracia), (Instituto Igualdad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), 2015.
  20. Heiss, Claudia, “Representación participativa para un proceso constituyente democrático”, en Fuentes, Claudio y Joignant, Alfredo [Editores], La solución constitucional, (Editorial Catalonia), 2015.
  21. Hersant, Jeanne, “Una sociología de los funcionarios del poder judicial chileno en el contexto de la reforma procesal penal”, en Millaleo, Salvador, Oyandel, Juan Carlos, Palacios, Daniel y Rojas, Hugo [Editores], La Sociología del Derecho en Chile, (Ediciones Universidad Alberto Hurtado), 2015.
  22. Lagos, Víctor Hugo y Lawson, Delfina, “El acceso a la salud de las personas migrantes en Chile. Avances y desafíos”, en Vial, Tomás [Editor], Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2015.
  23. Le Bonniec, Fabien, “¿Hay discriminación en los tribunales del sur de Chile? Razones para una etnografía del campo jurídico en La

- Araucanía”, en Millaleo, Salvador, Oyanedel, Juan Carlos, Palacios, Daniel y Rojas, Hugo [Editores], *La Sociología del Derecho en Chile*, (Ediciones Universidad Alberto Hurtado), 2015.
24. Lovera, Domingo, “Libertad de expresión, derecho de reunión y protesta en la Constitución” en Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera Christian [Editores], *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, (LOM Ediciones), 2015.
  25. Mañalich, Juan Pablo, “El terrorismo del Derecho Penal: la propuesta legislativa del Gobierno como retroceso”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones UDP), 2015.
  26. Martins, Daniel, “¿Es posible un derecho constitucional latinoamericano?”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España), 2015.
  27. Muñoz, Fernando, “La Ley Zamudio en acción: Sentencia de primera instancia sobre acción antidiscriminación emitidas entre diciembre de 2012 y marzo de 2015”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones UDP), 2015.
  28. Muñoz, Pilar y Ramos, Liliana, “Hablar de diversidad sexual también es hablar educación inclusiva” en Vial, Tomás [Editor], *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015*, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2015.
  29. Núñez, Constanza, “Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales”, en Cárdenas, Claudia [Directora], *Anuario de Derechos Humanos, N°11* (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2015.
  30. Palacios, Daniel, “La dinámica del campo jurídico y la aparición de nuevos referentes en la administración de justicia en Chile”, en Millaleo, Salvador, Oyanedel, Juan Carlos, Palacios, Daniel y Rojas, Hugo [Editores], *La Sociología del Derecho en Chile*, (Ediciones Universidad Alberto Hurtado), 2015.
  31. Paredes, Felipe, “Constitución, poder y territorio: la forma jurídica del Estado chileno” en Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera Christian [Editores], *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, (LOM Ediciones), 2015.
  32. Perret, Sabrina y Alcaíno, Eduardo, “La tortura en Chile: Estado actual desde la reforma procesal penal” en Vial, Tomás [Editor], *Informe*

- Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2015.
33. Ríos, Lautaro, “Una constitución política para la unión de los Estados Latinoamericanos”, en Steiner, Christian [Editor], Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, (Fundación Konrad Adenauer), 2015.
  34. Rodríguez, María Sara, “El Acuerdo de Unión Civil. Un error hecho ley”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP), 2015.
  35. Saffie, Francisco, “La constitucionalidad de la reforma tributaria”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP), 2015.
  36. Salgado, Constanza, “El derecho a la educación”, en Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera Christian [Editores], La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política, (LOM Ediciones), 2015.
  37. Salgado, Constanza, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2731-2014 (control preventivo al proyecto de ley que crea el administrador provisional)”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP), 2015.
  38. Soto, Sebastián, “El veto presidencial y el Tribunal Constitucional”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP), 2015.
  39. Turner, Susana, “El Acuerdo de Unión Civil: La respuesta legal para las uniones de hecho en Chile”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP), 2015.
  40. Ugarte, José Luis, “El trabajo en la Constitución Chilena”, en Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera Christian [Editores], La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política, (Editorial LOM), 2015.
  41. Ugarte, José Luis, “Huelgas como derecho fundamental: notas a propósito de una sentencia”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP), 2015.
  42. Vial, Tomas y Del Pino, Sebastián, “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”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP), 2015.

43. Viera, Cristián, “El proceso legislativo en el Congreso Nacional”, en Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera Christian [Editores], La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política, (Editorial LOM) 2015.
44. Viera, Christian, “La libre iniciativa económica”, en Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera Christian [Editores], La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política, (LOM Ediciones), 2015.
45. Viera, Christian, “Las bases de la institucionalidad del Estado”, en Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera Christian [Editores], La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política, (LOM Ediciones), 2015.
46. Zapata, Patricio, “La gran reforma electoral de 2015: Notas desde la Ciencia Política y el Derecho Constitucional”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP), 2015.

## 2.2 Derecho Administrativo

1. Badtke, Ricardo, “La organización de los tribunales ambientales: cuestiones relativas a su diseño”, en Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco, [Coordinadores], La nueva justicia ambiental, (Thomson Reuters), 2015.
2. Bermúdez, Jorge, “La legitimación activa en el contencioso ambiental”, en Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco, [Coordinadores], La nueva justicia ambiental, (Thomson Reuters), 2015.
3. Burdiles, Gabriela, “El acceso a la justicia de las víctimas de daño ambiental en Chile: obstáculos y retos pendientes”, en Antoni Pigrau Solé [Director], El acceso a la justicia de las víctimas de daños ambientales, (Tirant lo Blanch), 2015.
4. Burdiles, Gabriela, “El caso de contaminación por plomo y otros metales pesados en la ciudad de Arica”, en Antoni Pigrau Solé [Director], El acceso a la justicia de las víctimas de daños ambientales, (Tiran lo Blanch), 2015.
5. Darricades, Tomás; Hervé, Dominique e Ibarra, Emanuel, “Criterios de revisión de la Corte Suprema ante las decisiones de los Tribunales Ambientales que son objeto de casación”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP), 2015.



6. Ferrada, Juan Carlos, “El proceso de descentralización territorial del Estado de Chile: Un largo camino sin horizonte claro a la vista”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP), 2015.
7. Ferrada, Juan Carlos, “La justicia ambiental como justicia administrativa especializada y su articulación con los procesos administrativos generales”, en Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco, [Coordinadores], La nueva justicia ambiental, (Thomson Reuters), 2015.
8. Guiloff, Matías y Soto, Pablo, “Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva”, en Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco, [Coordinadores], La nueva justicia ambiental, (Thomson Reuters), 2015.
9. Hantke-Domas, Michael, “Características de los nuevos tribunales ambientales: jurisdicción y especialidad”, en Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco, [Coordinadores], La nueva justicia ambiental, (Thomson Reuters), 2015.
10. Hunter, Iván, “La prueba en el procedimiento ante los tribunales ambientales”, en Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco, [Coordinadores], La nueva justicia ambiental, (Thomson Reuters), 2015.
11. Letelier, Raúl, “Contraloría General de la República”, en Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera, Christian [Editores], La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política, (LOM Ediciones), 2015.
12. Letelier, Raúl, “La ejecutoriedad de las sanciones administrativas, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema en el “Caso Mackenna”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP), 2015.
13. Pérez, Álvaro, “Breve aporte sobre la tutela cautelar en la nueva institucionalidad ambiental chilena”, en Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco, [Coordinadores], La nueva justicia ambiental, (Thomson Reuters), 2015.
14. Pinilla, Francisco, “El daño ambiental en el contexto de la competencia de los tribunales ambientales” en Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco, [Coordinadores], La nueva justicia ambiental, (Thomson Reuters), 2015.

15. Rajevic, Enrique, “El estatuto personal de los ministros de los tribunales ambientales”, en Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco, [Coordinadores], *La nueva justicia ambiental*, (Thomson Reuters), 2015.
16. Riestra, Sebastián, “La relación entre el recurso administrativo y la reclamación judicial de los actos dictados en el procedimiento de evaluación ambiental”, en Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco, [Coordinadores], *La nueva justicia ambiental*, (Thomson Reuters), 2015.
17. Soto, Pablo, “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 Construcción”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones UDP), 2015.
18. Urrutia, Osvaldo, “El amicus curiae en la Ley N° 20.600: un instrumento para potenciar la participación ciudadana y la protección del interés público ambiental”, en Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco, [Coordinadores], *La nueva justicia ambiental*, (Thomson Reuters), 2015.
19. Valdivia, José Miguel, “Contenido y efectos de las sentencias de los tribunales ambientales”, en Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco, [Coordinadores], *La nueva justicia ambiental*, (Thomson Reuters), 2015.

### 2.3 Derecho Internacional Público

1. Alegre, Marcelo, “Argentina y la guerra entre jueces y gobierno”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones UDP), 2015.
2. Apiolaza, Cristián; Díaz, Marcela; Martínez, Vicente y Schönsteiner, Judith, “Revisión de la jurisprudencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2014”, en Couso, Javier [Editor], *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones UDP), 2015.
3. Arlettaz, Fernando, “El caso Familia Pacheco Tineo: expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo”, en Cárdenas, Claudia [Directora], *Anuario de Derechos Humanos*, N°11, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2015.
4. Bazán, Víctor, “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional

- del Estado”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España), 2015.
5. Becker, Sebastián, “La criminalización de la protesta: el caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile”, en Cárdenas, Claudia [Directora], Anuario de Derechos Humanos, N°11, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2015.
  6. Benavides, Álvaro, “Capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en Anuario de Derechos Humanos, N° 11, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2015.
  7. Contesse, Jorge, “Norín Catrimán y Otros: Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP), 2015.
  8. Olea, Helena, “Chile ante el Comité de Derechos Humanos. Los procedimientos de revisión periódica por los órganos de tratados: Una oportunidad para la discusión y definición de la agenda nacional en derechos humanos”, en Vial, Tomás [Editor], Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2015.
  9. Rodríguez, Eduardo, “Reflexiones sobre la relación bilateral. La demanda de Bolivia contra Chile”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP), 2015.
  10. Rojas, Hugo y Mackenna, Bernardo, “Una aproximación sociológica a la memoria de las violaciones a los derechos humanos en Chile”, en Millaleo, Salvador, Oyanedel, Juan Carlos, Palacios, Daniel y Rojas, Hugo [Editores], La Sociología del Derecho en Chile, (Ediciones Universidad Alberto Hurtado), 2015.
  11. Suárez, Yenifer, “La Jagua de Ibirico: responsabilidad penal frente a la explotación minera”, en Cárdenas, Claudia [Directora], Anuario de Derechos Humanos, N°11, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2015.
  12. Varas, Karla y Toledo, César, “La reforma laboral y los estándares internacionales de derechos humanos” en Vial, Tomás [Editor], Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2015.
  13. Vargas, Gabriela, “Derecho a la verdad: estudiantes desaparecidos en

- Ayotzinapa, México”, en Cárdenas, Claudia [Directora], Anuario de Derechos Humanos, N°11, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2015.
14. Vio, Eduardo, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad?, en Steiner, Christian [Editor], Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2015, (Fundación Konrad Adenauer), 2015.
15. Zúñiga, Francisco, “Comentario a la sentencia “Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs República Dominicana”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Couso, Javier [Editor], Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP), 2015.

### **3. ARTÍCULOS ACADÉMICOS**

#### **3.1 Derecho Constitucional**

1. Aguilar, Gonzalo, “El Tribunal Constitucional chileno frente a la jurisdicción militar”, en Revista de Derecho, Vol. 22, N° 1, (Universidad Católica del Norte), 2015.
2. Aguilar, Gonzalo; Gajardo, Benjamín y León, Ana Pía, “Equidad, inclusión social y democracia: una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial”, en Revista de Estudios Constitucionales, N°1 (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2015.
3. Alcalde, Jaime, “Notas sobre el concepto de persona jurídica sin fines de lucro a propósito de la Ley 20.845 sobre inclusión escolar”, en Revista Chilena de Derecho Privado, N°25, (Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales), 2015.
4. Alvarado, José Tomás, “Derechos fundamentales, interpretación proporcionalista y consecuencialismo. La relevancia jurídica de las teorías morales fundamentales”, en Revista de Estudios Constitucionales, N°2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2015.
5. Alvear, Julio, “El programa de Bachelet y el deterioro del Estado de Derecho. Derechos humanos, Estado social y seguridad jurídica”, en Revista Actualidad Jurídica, N°31, (Universidad del Desarrollo), 2015.
6. Alvear, Julio, “Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica. Un paradigma a desarrollar”, en Revista de Estudios

- Constitucionales, N° 1 (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2015.
7. Andaluz, Horacio, “Constitución y arbitraje de inversiones” en Revista de Derecho, Vol. 45, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
  8. Araya, Fernando, “La existencia de colusión explícita puede acreditarse por evidencia indirecta en ausencia de prueba directa. Una reflexión sobre colusión tácita, “acuerdos tácitos” y “prácticas concertadas”. Corte Suprema, 29 de enero de 2015, rol 19806-2014”, en Revista Chilena de Derecho Privado, N°24, (Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales), 2015.
  9. Arriagada, María Beatriz, “La imposibilidad de equiparar Derechos sociales y liberales”, en Revista Chilena de Derecho, N°42, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
  10. Arriagada, María Beatriz, “¿Protege derechos fundamentales el Tribunal Constitucional chileno?”, en Revista de Derecho, N°1 (Universidad Austral de Chile), 2015.
  11. Atria, Fernando y Navarro Beltrán, Enrique, “Nueva Constitución ¿oportunidad de desarrollo o incertidumbre para Chile?”, en Revista del Abogado, Vol. 64 (Colegio de Abogados de Chile), 2015.
  12. Avilés, Jorge, “¿Cumpliendo la gran promesa?”, en Revista Libertad y Desarrollo, N°268, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2015.
  13. Ayuso, Miguel, “El estado como sujeto inmoral”, en Revista de Derecho, Vol. 45 (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
  14. Azócar, María José “Expertos en Derecho: profesión legal, género y reformas judiciales en Chile”, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 28, N°2, (Universidad Austral de Chile), 2015.
  15. Barros, Enrique, “En búsqueda de una Constitución legítima”, en Revista Estudios Públicos, N° 139, (Centro de Estudios Públicos), 2015.
  16. Bascuñán, Antonio, “El principio de lex mitior ante el Tribunal Constitucional”, en Revista de Estudios de la Justicia, N° 23, (Universidad de Chile), 2015.
  17. Bassa, Jaime y Torres, Fernanda, “Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios”, en Revista de Estudios Constitucionales, N°2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2015.
  18. Bassa, Jaime y Aste, Bruno, “Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile”, en Revista

- Chilena de Derecho, N°42, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
19. Becker, Sebastián, “Análisis crítico a las objeciones iusnaturalistas en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo”, en Revista Derechos Fundamentales, N°13, (Universidad de Viña del Mar), 2015.
  20. Becker, Sebastián, “Una aproximación constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo”, en Revista Hemiciclo, N°13, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2015.
  21. Bercholc, Jorge, “Debates en torno al perfil recomendable para los magistrados de un Tribunal Constitucional: el caso español y datos comparados”, en Revista Ars Boni et Aequi, Año 11, N° 2, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2015.
  22. Bertelsen, Raúl, “Tribunal Constitucional: Cómo deben ser nombrados sus integrantes”, en Revista del Abogado, N°63, (Colegio de Abogados de Chile) 2015.
  23. Bolívar, Gardy y Caloca, Óscar, “Teoría de la justicia de Rawls: una crítica-matemática a la crítica de Amartya Sen a John Rawls”, en Revista Polis, N° 40, (Universidad Bolivariana), 2015.
  24. Casanova, Carlos, “Derecho de asociación y derecho de libertad de conciencia, de enseñanza y de emitir opinión: una estrategia retórica adecuada para su armonización”, en Revista Ius Publicum, N°34, (Universidad Santo Tomás), 2015.
  25. Cazor, Kamel, “Criterios de admisibilidad en la acción de Inaplicabilidad: A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional rol 2808-2015, dictada dentro de la denominada ‘arista SOQUIMICH’”, en Revista de Derecho, Vol. 22, N° 1, (Universidad Católica del Norte), 2015.
  26. Cazor, Kamel, “Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional de admisibilidad en la acción de inaplicabilidad”, en Revista de Derecho, Vol. 22, N° 1, (Universidad Católica del Norte), 2015.
  27. Cofré, Juan Omar, “Recensión ‘Formación cívica y ética’”, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 28, N°2, (Universidad Austral), 2015.
  28. Colombo, Juan, “Introducción al estudio del Derecho Procesal Constitucional”, en Revista Derecho Público, N° 82, (Universidad de Chile), 2015.
  29. Colón, Joel, “Apuntes sobre legitimidad democrática y asambleas constituyentes”, en Revista Argentina de Teoría Jurídica, Vol. 16, (Universidad Torcuato Di Tella), 2015.

30. Contreras, Constanza, “La acción colectiva y sindical como mecanismo de protección de los trabajadores”, en *Revista Laboral Chilena*, N°2-3, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
31. Contreras, Constanza, “La irrenunciabilidad de los derechos mínimos”, en *Revista Laboral Chilena*, N°9-10, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
32. Contreras, Constanza, “Reconocimiento de las nuevas modalidades de huelgas o huelgas atípicas en nuestro ordenamiento”, en *Revista Laboral Chilena*, N°6, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
33. Correa, Sofía, “¿Congreso Constituyente o Asamblea Constituyente? Who Drafts The New Constitution: A Popular Assembly or the National Congress?”, en *Revista Derecho Público*, N° 82, (Universidad de Chile), 2015.
34. Covarrubias, Ignacio, “El test de proporcionalidad que se promueve en la tutela de derechos fundamentales y las premisas a las que se adhiere”, en *Revista de Derecho*, Vol. 45, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
35. Covarrubias, Ignacio, “El interés público como convergencia entre la libertad de expresión, el acceso a la información y el derecho a la vida privada”, en *Revista de Derecho*, Vol. 45, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
36. Covarrubias, Ignacio, “La vida privada de los funcionarios públicos frente a dos derechos: el acceso a la información pública y la libertad de expresión”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 21, (Universidad de Talca), 2015.
37. Del Picó, Jorge, “Reseña a libro ‘El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional’”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, N°1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2015.
38. Díaz de Valdés, José, “La igualdad constitucional: Múltiple y compleja”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 42, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
39. Díaz, Luis; Alarcón, Sofía; Cempe, Katerine; Garrido, Luis y Zúñiga, Alejandro, “La Corte Suprema, ¿Un tribunal para los empleadores? Estudio empírico del recurso de unificación de jurisprudencia laboral”, en *Revista de Derecho*, N°1, (Universidad Austral de Chile), 2015.

40. Díaz, Camila y Lagos, Camilo, “El control de convencionalidad y los órganos involucrados en su aplicación en el ámbito interno”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N°13, (Universidad de Viña del Mar), 2015.
41. Díaz, Camila, “El control de convencionalidad y los órganos involucrados en su aplicación en el ámbito interno”, en *Revista de Derechos Fundamentales* N°13, (Universidad Viña del Mar), 2015.
42. Díaz, Marcela, “¿Qué procedimiento aplicar ante la solicitud de desafuero maternal? Un Chile dividido”, en *Revista Laboral Chilena*, N°5, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
43. Díaz, Marcela, “El contenido de la carta de despido y el artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo”, en *Revista Laboral Chilena*, N°8, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
44. Díaz, Marcela, “La encrucijada procedimental de los trabajadores subcontratados. Tutela de los derechos fundamentales”, en *Revista Laboral Chilena*, N°9-10, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
45. Domínguez, Álvaro y Mella, Patricio, “Trabajo y derecho: un padre ausente, el conflicto social”, en *Revista de Derecho*, Vol. 22, N° 1, (Universidad Católica del Norte), 2015.
46. Donoso, Sebastián, “Nueva institucionalidad indígena y sus repercusiones para la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT”, en *Revista Temas de la Agenda Pública*, N° 77, (Centro de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
47. Duce, Mauricio, “Algunas lecciones a partir de cuatro casos de condena de inocentes en Chile”, en *Revista de Derecho*, Vol. 22, N° 1, (Universidad Católica del Norte), 2015.
48. Durán, Felipe, “Participación ciudadana en el Congreso Nacional: caso del proyecto boletín 9366 o de inclusión”, en *Revista Hemiciclo*, N°13, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados de Chile), 2015.
49. Edwards, Sebastián y García, Álvaro, “Educación y derechos constitucionales”, en *Revista Estudios Públicos*, N° 139, (Centro de Estudios Públicos), 2015.
50. Espejo, Nicolás y Lathrop, Fabiola, “Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes: comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”, en *Revista de Derecho*, Vol. 22, N° 1, (Universidad Católica del Norte), 2015.
51. Fábregas, Jorge, “Subsidiariedad: El eslabón olvidado”, en *Revista*



- Estudios Públicos, N° 139, (Centro de Estudios Públicos), 2015.
52. Feoli, Marco, “El nuevo protagonismo de los jueces: Una propuesta para el análisis del activismo judicial”, en Revista de Derecho, Vol. 22, N° 1, (Universidad Católica del Norte), 2015.
  53. Fernández, Raúl, “El poder disciplinario del empleador: Configuración jurídica de la sanción laboral que puede imponer al trabajador dependiente”, en Revista de Derecho, Vol. 45, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
  54. Figueroa, Rodolfo, “¿Son constitucionales las cuotas de género en el parlamento?”, en Revista Chilena de Derecho, N°42, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
  55. Gajardo, Tania, “La trata de personas ¿crimen de lesa humanidad? a propósito del caso “paraguayos”, en Revista Jurídica del Ministerio Público, N°64, (Ministerio Público), 2015.
  56. Gamonal, Sergio, “La reforma laboral: un paso adelante y dos atrás”, en Revista Laboral Chilena, N°6, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
  57. Guzmán, Silvana, “El grupo negociador; el ‘sujeto colectivo’ que acecha al sindicato. Caso chileno”, en Revista Laboral Chilena, N°1, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
  58. Henríquez, Miriam y Lambeth, George, “¿Son válidas las modificaciones al capítulo de reforma constitucional? Una reflexión sobre la autoreferencia normativa de Alf Ross y sus detractores”, en Revista de Estudios Constitucionales, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2015.
  59. Hernández, Sofía, “Desmitificando a Adam Smith: Una revisión a partir de John Rawls” Revista Ars Boni et Aequi, Año 11, N° 2, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2015.
  60. Hernández, Valentina, “El camino hacia la participación política femenina: La ley de cuotas de género legislativa”, en Revista Hemiciclo, N° 13, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2015.
  61. Hidalgo, Fernando, “Consideraciones teóricas y prácticas del recurso de nulidad laboral”, en Revista Laboral Chilena, N°11, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
  62. Humeres, Héctor, “El proyecto de reforma laboral: nueve aspectos esenciales”, en Revista del Abogado, N°63, (Colegio de Abogados de Chile), 2015.

63. Humeres, Héctor, “La negociación colectiva y los empleados públicos”, en *Revista Laboral Chilena*, N°12, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
64. Huneus, Carlos, “Política y negocios: ‘las malas prácticas’ “, en *Revista Mensaje*, N°637, 2015.
65. Hunter, Iván “Declaración de intereses y patrimonio”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 28, N°2, (Universidad Austral de Chile), 2015.
66. Ibarra, Rita, “Análisis Sistemático de la Ley N°20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 2015.
67. Irureta, Pedro, “Reforma laboral: Algunos puntos en discordia”, en *Revista Mensaje*, N°641, 2015.
68. Irureta, Pedro, “Efectos extintivos de un contrato de trabajo derivados de la ejecución de actos, omisiones o imprudencias temerarias”, en *Revista de Derecho*, Vol. 45, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
69. Ivanova, Anna, “El tema de la educación en los discursos políticos chilenos durante el periodo 2006-2013”, en *Revista Universum*, Vol. 30, N°2, (Universidad de Talca), 2015.
70. Lagos, Ricardo, “La cuestión constitucional: Reflexiones de un actor”, en *Revista Estudios Constitucionales*, N° 139, (Centro de Estudios Públicos), 2015.
71. Laise, Luciano, “El originalismo de intenciones originales: tres tesis y dos objeciones”, en *Revista de Derecho*, Vol. 22, N° 5, (Universidad Católica del Norte), 2015.
72. León, Nicolás, “La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre los tratados internacionales”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 2015.
73. Letelier, Cristián, “Breve análisis de la Ley N°20.609, o “Ley Zamudio”. Algunos aspectos de interés”, en *Revista Ius Publicum*, N°34, (Universidad Santo Tomás), 2015.
74. Letelier, Cristian, “Procedimiento de reclamación de vulneración de derechos constitucionales ante los tribunales tributarios y aduaneros”, en *Revista Ius Publicum*, N°35, (Universidad Santo Tomás), 2015.
75. Letelier, Leonardo y Dávila, Mireya, “The Political Economics of Tax Reform in Chile”, en *New Political Economy*, Vol. 20, N°6, (Taylor & Francis, United States), 2015.

76. Leyton, José Francisco, “¿Apelación del auto de apertura del juicio oral por la defensa? (Tribunal Constitucional)”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 28, N°2, (Universidad Austral de Chile), 2015.
77. Lolas, Fernando, “Recensión libro ‘Disposición sobre la vida humana y principios constitucionales, por Vivanco Martínez Ángela’”, en *Revista Acta Bioethica*, Vol. 2º, N°1, (Universidad de Chile), 2015.
78. Lovera, Domingo y Contreras, Pablo, “Proceso Constituyente en Chile: El plebiscito como transición institucional”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 16, (Universidad Torcuato Di Tella), 2015.
79. Lovera, Domingo, “Toma de colegios (y protestas). Comentario de la sentencia de la Corte Suprema rol 23.540-2014, de 4 de noviembre de 2014”, en *Revista de Derecho*, Vol. 22, N° 1, (Universidad Católica del Norte), 2015.
80. Lovera, Domingo; Contreras, Pablo y Riffo, Ernesto, “Proceso (¿) Constituyente (?)”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 23, (Universidad de Chile), 2015.
81. Lucero, María Soledad y Pozo, Natalia, “Vulneración de los Derechos Fundamentales en el trabajo penitenciario bajo la regulación del Decreto N°943”, en *Revista Laboral Chilena*, N°12, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
82. Lucio, Yuly, “Nueva visa: ‘Visa por motivos laborales’”, en *Revista Laboral Chilena*, N°8, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
83. Lucio, Yuly, “Resumen práctico de las modificaciones de la Ley 20.829 al seguro de desempleo”, en *Revista Laboral Chilena*, N°7, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
84. Llanca, Juan Pablo, “Sobre la legitimidad de las medidas de seguridad postdelictuales en un estado de derecho”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 62, (Ministerio Público), 2015.
85. Malamud, Samuel, “Aproximación a la finalidad terrorista de la 18.314”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°63, (Ministerio Público), 2015.
86. Márquez, Rodrigo, “La distancia entre la ciudadanía y las élites”, en *Revista Estudios Públicos*, N° 140, (Centro de Estudios Públicos), 2015.
87. Marshall, Pablo, “Regulación de campañas electorales”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 28, N°2, (Universidad Austral de Chile), 2015.
88. Martin, María, “El género en la “violencia afectiva”: clave para un examen

- de constitucionalidad”, en Revista de Estudios Constitucionales, N°1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2015.
89. Martínez, José Ignacio, “La deferencia del Tribunal Constitucional respecto del juez de la gestión pendiente en la cuestión de inaplicabilidad”, en Revista de Estudios Constitucionales, (Centro de estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2015.
  90. Martner, Gonzalo, “¿Es posible transitar de la Democracia Política a una Democracia Social-Ecológica?”, en Revista Políticas Públicas, (Centro de Estudios en Gestión y Política Pública, Universidad de Santiago de Chile), 2015.
  91. Marzi, Daniela, “Prohibición del reemplazo en huelga: un legislador que actúa en contra de su palabra”, en Revista Laboral Chilena, N°11, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
  92. Matus, Marcelo, “Particularismos e imposibilidades de los impuestos a las emisiones en la Constitución Política de Chile. Estudio preliminar”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 42, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
  93. Millaleo, Salvador, “Los intermediarios de Internet como agentes normativos”, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 28, N°1, (Universidad Austral de Chile), 2015.
  94. Morales, Mauricio, “El nuevo sistema electoral: ventajas y desafíos”, en Revista Mensaje, N°637, 2015.
  95. Morales, Sergio “Intento por regular despidos colectivos”, en Revista Libertad y Desarrollo, N°267, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2015.
  96. Morón, Juan Carlos, “Aspectos jurídicos del conflicto de intereses y el buen Gobierno”, Revista Derecho Público, N° 82, (Universidad de Chile), 2015.
  97. Muñoz, Fernando, “Fiscalización de la política y su financiamiento”, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 28, N°2, (Universidad Austral de Chile), 2015.
  98. Muñoz, Fernando, “Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre *Ley Zamudio* entre 2012 y 2015”, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 28, N°2, (Universidad Austral de Chile), 2015.
  99. Muñoz, Fernando, “El proceso constituyente en curso en Chile”, en Revista Argentina de Teoría Jurídica, Vol. 16, (Universidad Torcuato Di Tella), 2015.

100. Navarro, Enrique, “Recensión de libro: ‘Derechos Económicos, Sociales y Culturales’”, *Revista Derecho Público*, N° 82, (Universidad de Chile), 2015.
101. Negretto, Gabriel, “Los procesos constituyentes en América Latina. Una visión comparada”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 16, (Universidad Torcuato Di Tella), 2015.
102. Nogueira, Humberto, “El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México- doctrina y jurisprudencia”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, N°2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2015
103. Núñez, Constanza, “Control de convencionalidad: Teoría y aplicación en Chile”, (Cuadernos del Tribunal Constitucional), 2015.
104. Olivares, Alejandro; Baeza, Jaime y Dávila, Mirella, “Los gabinetes ministeriales en la democracia chilena pos 1990: un caso de estabilidad, continuidad histórica y negociación inter-partidaria”, en DAAPGE, (Universidad Nacional Del Litoral, Santa Fe, Argentina), 2015.
105. Ortúzar, Pablo, “El sueño de la razón (Derechos sociales y educación: Un nuevo paradigma de lo público, de Fernando Atria)”, en *Revista Estudios Públicos*, N° 139, (Centro de Estudios Públicos), 2015.
106. Palavecino, Claudio, “El sistema de obligaciones y responsabilidad empresariales ante el fenómeno de la tercerización”, en *Revista Laboral Chilena*, N°11, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
107. Palavecino, Claudio, “Notas sobre procedimiento de tutela de derechos fundamentales”, en *Revista Laboral Chilena*, N°8, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
108. Palavecino, Claudio, y Ramírez, Cristián, “Examen crítico de la sentencia anticipada en el procedimiento monitorio laboral”, en *Revista Laboral Chilena*, N°6, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
109. Palavecino, Claudio y Ruay, Francisco, “Legalidad y congruencia procesal a la adopción oficiosa de medidas reparatorias en la Sentencia de Tutela Laboral”, en *Revista Laboral Chilena*, N°5, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
110. Palma, Eric y Santos, Antonia, “Derechos económicos, sociales y culturales como límites a las políticas públicas: el caso del derecho a la educación en Chile”, en *Revista Derecho del Estado*, N°34, (Universidad Externado de Colombia), 2015.

111. Pardow, Diego y Verdugo, Sergio, “El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005. Un enroque entre jueces de carrera y académicos”, en *Revista de Derecho*, Vol. 28, N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2015.
112. Pardow, Diego, “El desempeño en juicio de la FNE ¿Es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?”, en *Revista de Derecho*, Vol. 22, N° 1, (Universidad Católica del Norte), 2015.
113. Paredes, Felipe, “La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales: Una propuesta en clave democrática”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 42, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
114. Parraguez, Ulises, “Reforma educacional: hacia un nuevo paradigma”, en *Revista Hemiciclo*, N°13, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2015.
115. Peña, Sergio, “Recensión de libro ‘Carvalho Leal, Virginia, Uscanga Barradas, Abril (Eds.): El derecho y sus razones (aportaciones de jóvenes investigadores)’”, en *Revista Ars Boni et Aequi*, año 11, N° 2, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2015.
116. Pérez, Alejandra, “Tribunal de la Libre Competencia: atribución propositiva del art. 18 N°4 “, en *Revista Ars Boni et Aequi*, año 11, N° 2, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2015.
117. Pérez, Álvaro y Pessoa, Paula, “Función de las cortes supremas de Brasil y Chile en la generación y gestión del precedente judicial entre lo público y lo privado”, en *Revista de Derecho*, Vol. 45, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
118. Pfeffer, Emilio y Lizama, Felipe, “Estado Social y bases institucionales de la Constitución de 1980, Una propuesta conciliadora”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 7, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo), 2015.
119. Picart, Sylvia, “Tutela de derechos fundamentales de los trabajadores del Estado de Chile. ¿Es necesario un reconocimiento normativo expreso?”, en *Revista Laboral Chilena*, N°1, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
120. Piedrabuena, Guillermo, “Las potestades del Ministerio Público en la investigación de los delitos tributarios”, en *Revista de Derecho*, N° 33, (Consejo de Defensa del Estado), 2015.
121. Poblete, Claudia y González, Emmy, “Reseña ‘Glosario de términos legales’”, en *Revista Hemiciclo*, N°13, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2015.

122. Ponce De León, Viviana, “La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en Revista Chilena de Derecho, N° 42, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
123. Ramos, Paula; Arenas, Ángela y Santos, Manuel, “La Comisión Nacional de Bioética en Chile: una tarea pendiente. Aportes de la experiencia de las comisiones nacionales de bioética en México e Italia”, en Revista Acta Bioethica, Vol. 21, N°1, (Universidad de Chile), 2015.
124. Raymond, Alfonso, “Contratos de concesión de obras públicas ¿se aplican bien las multas?”, en Revista del Abogado, Vol. 65, (Colegio de Abogados de Chile), 2015.
125. Ried, Ignacio, “El Recurso de Protección como control de constitucionalidad de las resoluciones y sentencias civiles, en respuesta a la ineficacia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, en Revista de Estudios Constitucionales, N°1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2015.
126. Ríos, Lautaro, “La jurisdicción constitucional en Chile”, en Revista Hemiciclo, N°13, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2015.
127. Ríos, Lautaro, “Los valores en la arquitectura constitucional”, en Revista Derecho Público Iberoamericano, N° 7, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo), 2015.
128. Ríos, Sebastián, “Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción: Informe Final: Prevención de la Corrupción en la Planificación Territorial”, en Revista de Derecho, Vol. 28, N°2, (Universidad Austral de Chile), 2015.
129. Riveros, Carolina y Barcia, Rodrigo, “Obligación ética y jurídica de prevenir y reducir la aparición de nuevas discapacidades en personas mayores en Chile”, en Revista Acta Bioethica, Vol. 21, N°2, (Universidad de Chile), 2015.
130. Rodrigo, Claudia, “Compatibilidad entre el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el despido indirecto”, en Revista de Derecho, Vol.28, N°2, (Universidad Austral de Chile), 2015.
131. Rodríguez, Rafael, “Chile aprueba el acuerdo de vida en pareja para heterosexuales y homosexuales ¿se aprobará en el Perú la unión civil?”, en Revista Gaceta Constitucional, Tomo 87, (Gaceta Constitucional, Perú), 2015.
132. Rojas, Mauricio, “El incierto futuro de la democracia”, en Revista Estudios Públicos, N°140, (Centro de Estudios Públicos), 2015.

133. Román, Cristian, “Derecho administrativo sancionador: un avance lento, pero seguro”, en *Revista del Abogado*, Vol. 64, (Colegio de Abogados de Chile), 2015.
134. Román, Cristián, “Sentencia Rol N° 7.074-2012 de la Excm. Corte Suprema”, en *Revista Derecho Público*, N° 82, (Universidad de Chile), 2015.
135. Romero, Alejandro, “El derecho al juez natural y la competencia de los tribunales especiales (La aplicación de la regla: electa una vía per partem ad aliam potest venire). Comentario a la sentencia de la corte suprema de 6 de agosto 2014. Reclamo contra sentencia Tribunal de la Libre Competencia dictada en autos “Sonda S.A. contra el Servicio de Registro Civil e Identificación” Rol CS N°13.972-2013”, en *Revista de Derecho*, N°1, Vol. 22, (Universidad Católica del Norte), 2015.
136. Romero, Pablo, “Uniones homosexuales: ¿Rechazo? ¿Misericordia? ¿Reconocimiento?”, en *Revista Mensaje*, N°638, 2015.
137. Ruiz-Tagle, Cristóbal, “Una tesis revolucionaria en defensa de la libertad”, en *Revista Libertad y Desarrollo*, N° 268, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2015.
138. Salgado, Constanza, “Derechos sociales, protección de la salud e interpretación constitucional”, en *Revista de Derecho*, N°1, Vol. 22, (Universidad Católica del Norte), 2015.
139. Salgado, Constanza, “La Constitución de 1980 y la demanda por una asamblea constituyente”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 16, (Universidad Torcuato Di Tella), 2015.
140. Sánchez, Leslie, “La representación política, participación ciudadana e iniciativa popular de ley en Chile” *Revista Ars Boni et Aequi*, Año 11, N° 2, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2015.
141. Sanhueza, Rafael, “¿Existe negociación colectiva en Chile? Una mirada crítica a las materias de objeto de la Negociación Colectiva”, en *Revista Laboral Chilena*, N°4, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
142. Sanjurjo, Vicente, “Dos visiones enfrentadas: Estado Constitucional y Multiculturalismo Comunitarista con relación al Ejercicio del Derecho a la Libertad Religiosa”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 7, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo), 2015.
143. Santano, Ana, “Partidos políticos, campañas electorales y mecanismos de financiación en el derecho comparado”, en *Revista Derecho Público*, N° 82, (Universidad de Chile), 2015.



144. Schirmer, Ronald, “Normas aplicables al personal embarcado: un problema planteado a propósito de un dictamen de la Dirección del Trabajo”, en *Revista Laboral Chilena*, N°4, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
145. Solari, Enzo y Viera, Cristián “Justiciabilidad de los derechos sociales (a propósito de una argumentación de Fernando Atria)”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, N°2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2015.
146. Solari, Enzo, “Una alternativa contra la hipertrofia de la justicia constitucional chilena”, en *Revista Derecho del Estado*, N°35, (Universidad Externado de Colombia), 2015.
147. Taquet, François, “Reflexiones sobre la seguridad jurídica en el derecho laboral francés y chileno”, en *Revista Laboral Chilena*, N°12, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
148. Thayer, William, “Lecciones de la jurisprudencia laboral (1998-2013)”, en *Revista Laboral Chilena*, N°1, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2015.
149. Thayer, William, “Libertad sindical en Chile. Reforma laboral al artículo 323 del Código del Trabajo”, en *Revista Laboral Chilena*, N°7, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
150. Thayer, William, “Responsabilidades sindicales, afiliación y discriminación”, en *Revista Laboral Chilena*, N°11, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 2015.
151. Thayer, William, “Tres temas para análisis del Proyecto de Reforma Laboral”, en *Revista Laboral Chilena*, N°9-10, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
152. Torres, Alejandro, “Publicidad en caminos públicos: una legislación acorde a los nuevos tiempos” en *Revista del Abogado*, Vol. 65, (Colegio de Abogados de Chile), 2015.
153. Tórtora, Hugo, “Los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N°13, (Universidad de Viña del Mar), 2015.
154. Undurraga, Macarena, “Adopción de medidas en casos de acoso laboral al interior de la empresa”, en *Revista Laboral Chilena*, N°5, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
155. Undurraga, Macarena, “Responsabilidad por accidentes del trabajo en la Ley de Subcontratación”, en *Revista Laboral Chilena*, N°2-3, (Pontificia

- Universidad Católica de Chile), 2015.
156. Valenzuela, Cecilia y Villavicencio, Luis, “La constitucionalización de los derechos sexuales y reproductivos. Hacia una igual ciudadanía para las mujeres”, en *Revista Ius Et Praxis*, año 21, N° 1, (Universidad de Talca), 2015.
  157. Valenzuela, Ignacio, “Regulación de los conflictos de interés y deberes fiduciarios de los directores en las universidades chilenas”, en *Revista Estudios Públicos*, N° 139, (Centro de Estudios Públicos), 2015.
  158. Varas, Karla, “La construcción de lo colectivo. Autonomía y poder sindical”, en *Revista Laboral Chilena*, N°4, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
  159. Varas, Karla, “La huelga en la función pública”, en *Revista Laboral Chilena*, N°9-10, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
  160. Verbal, Valentina, “Contradicción en la derecha: ¿Un problema imaginario?”, en *Revista Libertad y Desarrollo*, N° 260, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2015.
  161. Verbal, Valentina, “Las relaciones civiles-militares en Chile bajo la Constitución de 1823. Una explicación de sus disposiciones y contexto político”, *Ensayos Militares*, (Centro de Estudios Estratégicos, Academia de Guerra del Ejército de Chile), 2015.
  162. Viera-Gallo, José Antonio, “El desafío de la corrupción”, en *Revista Mensaje*, N°638, 2015.
  163. Villavicencio, Diego, “El reemplazo de los trabajadores como principal limitante al Derecho a Huelga en Chile”, en *Revista Laboral Chilena*, N°2-3, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
  164. Westermeyer, Felipe, “La historia del derecho en la obra del jurista y político liberal chileno José Victorino Lastarria”, en *Revista Estudios Histórico-Jurídicos*, N°37, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
  165. Westermeyer, Felipe, “Joaquín Fernández de Leiva: primer constitucionalista chileno de fama internacional”, en *Revista Derecho Público*, N° 82, (Universidad de Chile), 2015.
  166. Williams, Guido, “Lagunas de norma constitucional, integración normativa y la jurisprudencia de los jueces constitucionales de España y Chile”, en *Revista Hemiciclo*, N°13, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2015.
  167. Wulf, Pamela, “Lisa Hilbink. Jueces y política en democracia y

- dictadura. Lecciones desde Chile”, en Revista de Derecho, Vol. 28, N°2, (Universidad Austral de Chile), 2015.
168. Zúñiga, Alejandra y Villavicencio, Luis, “La violencia de género como opresión estructural”, en Revista Chilena de Derecho, N° 42, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
169. Zúñiga, Alejandra, “El consentimiento presunto y la reciprocidad como mecanismos para aumentar la donación de órganos”, en Revista Médica de Chile, (Sociedad Médica de Santiago), 2015.
170. Zúñiga, Francisco y Cárcamo, Roberto, “¿Inconstitucionalidad de normas constitucionales? Un caso de “Constitucionalismo abusivo”, en Revista Derecho Público Iberoamericano, N° 7, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad Del Desarrollo), 2015.
171. Zúñiga, Francisco, “Sentencia Rol N° 2777-15 del Tribunal Constitucional, sobre requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de reforma electoral (Boletín N° 9326-07)”, en Revista Derecho Público, N° 82, (Universidad de Chile), 2015.

### 3.2 Derecho Administrativo

1. Abarca, Juan, “La invalidación administrativa en materia ambiental”, en Revista Ius Publicum, N°34, (Universidad Santo Tomás), 2015.
2. Bocksang, Gabriel, “Política jurisdiccional en dispositivos anómalos de sentencias referidas a la Administración del Estado (1819-1858)”, en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, N°37, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
3. Boehm, Frédéric, “Códigos de comportamiento para la Administración Pública”, en Revista Digital de Derecho Administrativo, N°14, (Universidad Externado de Colombia), 2015.
4. Boettiger, Camila, “Instalación de los tribunales ambientales ¿Problemas de diseño?”, en Revista Actualidad Jurídica, N°31, (Universidad del Desarrollo), 2015.
5. Camacho, Gladys, “Financiamiento de los procesos electorales: Examen de la Ley 19.884 sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral”, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 28, N°2, (Universidad Austral de Chile), 2015.
6. Cárdenas, Marjorie, “Panel técnico y comisión arbitral en las concesiones

- de obras públicas. Cambios introducidos por la Ley N°20.410”, en Revista de Derecho, N° 33, (Consejo de Defensa del Estado), 2015.
7. Carrasco, Jaime, “Razones jurídicas que justifican la improcedencia de aplicar el estatuto de la nulidad de derecho público contra los actos jurisdiccionales”, en Revista Chilena de Derecho, N°42, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
  8. Cordero, Eduardo, “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”, en Revista de Derecho, Vol. 45, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
  9. Cordero, Eduardo, “Naturaleza, contenido y principios del derecho urbanístico chileno”, en Revista de Derecho, Vol. 22, N° 1, (Universidad Católica del Norte), 2015.
  10. Corvalán, Juan, “Estado de Derecho y poderes discrecionales en Estados Unidos de América”, en Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 21, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
  11. De Guerrero, Carmen, “La regulación del dominio público en la Constitución española de 1978”, en Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 21, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
  12. De Paiva, André, “Las medidas provisionales fijadas por el órgano incompetente- Un análisis del contencioso internacional”, en Revista de Derecho, Vol. 45, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
  13. Delgado, Verónica, “La orden de ‘trasladar’ o ‘retirar’ una industria por razones ambientales en la ley y jurisprudencia chilenas”, en Revista de Derecho, Vol. 22, N° 1, (Universidad Católica del Norte), 2015.
  14. Díaz de Valdés, José Manuel y Entelche, Nicolás, “La estabilidad de los actos administrativos urbanísticos”, en Revista Actualidad Jurídica, N°31, (Universidad del Desarrollo), 2015.
  15. Díaz, Enrique y Pérez, Álvaro, “Criterios interpretativos recientes en la jurisprudencia administrativa sobre el pago de partidas en contratos de obra pública”, en Revista Ius Publicum, N°34, (Universidad Santo Tomás), 2015.
  16. Dorn, Carlos, “Nulidad del acto administrativo: Una cuestión de disenso sobre la interpretación de la ley entre la administración y el juez”, en Revista de Derecho, N° 33, (Consejo de Defensa del Estado), 2015.
  17. Fernández, José, “La instalación de antenas de telecomunicaciones en el área urbana y su reglamentación, en relación a las normas de los

- planes reguladores comunales”, en Revista de Derecho, N° 33, (Consejo de Defensa del Estado), 2015.
18. Fernández, Raúl y Contador, Pedro, “Principios del derecho administrativo sancionador en la normativa sobre prevención de riesgos laborales”, en Revista Actualidad Jurídica, N°31, (Universidad del Desarrollo), 2015.
  19. Ferrada, Juan Carlos, “La tutela cautelar en la justicia administrativa chilena- Fundamentos, regulación, limitaciones y desafíos”, en Revista de Derecho, Vol. 45, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
  20. Guerra, Felipe, “El caso ‘Tres bocas’ y su importancia para la institucionalidad implicada en la gestión del Santuario de la Naturaleza del Río Cruces (Corte Suprema)”, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 28, N°1, (Universidad Austral de Chile), 2015.
  21. Gutiérrez, Ana, “Principio de precaución inmerso en la técnica extractiva de estimulación hidráulica – frackling”, en Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 21, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
  22. Hunter, Iván, “La carga de la prueba en el contencioso administrativo ambiental chileno: Notas a propósito de la ley de tribunales ambientales”, en Revista Chilena de Derecho, N°42, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
  23. Leppe, Juan Pablo, “Consulta indígena y procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Análisis de una relación normativa”, en Revista de Derecho, Vol. 45, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
  24. Loo, Martín, “Las asociaciones público-privadas en la Unión Europea: Elementos para un análisis sobre la concesión de obra pública en Chile”, en Revista de Derecho, Vol. 45, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
  25. Lledó, Camilo, “Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: La incerteza como un problema de política pública”, en Revista de Derecho Público, N° 82, (Universidad de Chile), 2015.
  26. Medir, Lluís, “La descentralización del Estado chileno: una comparación con Francia y España, ilustrada a partir de la política educativa”, en Revista de Derecho Público, N° 82, (Universidad de Chile), 2015.
  27. Montero, Cristián, “La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios

- públicos: un estudio introductorio”, en Revista de Derecho Público, N° 82, (Universidad de Chile), 2015.
28. Moscoso, Pía, “Eficiencia y eficacia del derecho de aprovechamiento de aguas en zonas áridas. Experiencia en la Región de Atacama”, en Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 21, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
  29. Ortiz, Matías, “Análisis de los problemas probatorios en los procedimientos sancionatorios contra las vulneraciones a la Ley 18.045”, en Revista de Derecho Público, N° 82, (Universidad de Chile), 2015.
  30. Pardow, Diego, “Atribuciones para una fiscalización eficaz de los mercados”, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 28, N°2, (Universidad Austral de Chile), 2015.
  31. Pinto, Mauricio y Liber, Martín, “Escasez extraordinaria y derecho de aguas”, en Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 21, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
  32. Poblete, Gustavo, “La falta de servicio ante los daños generados por desastres naturales”, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 28, N°1, (Universidad Austral de Chile), 2015.
  33. Retamal, Jorge, “Coexistencia de facultades fiscalizadoras entre la Corporación Nacional Forestal y la Superintendencia Del Medio Ambiente. Un caso de análisis”, en Revista de Derecho Público, N° 82, (Universidad de Chile), 2015.
  34. Retamal, Jorge, “Labor minera y protección del medio ambiente: criterios para una redefinición”, en Revista de Derecho, Vol. 1, (Universidad Católica del Norte), 2015.
  35. Silva, Patricia, “Dominio Público del borde costero, y las Concesiones Marítimas. Aportes del proyecto de ley de Administración del Borde costero”, en Revista Ius Publicum, N°35, (Universidad Santo Tomás), 2015.
  36. Soto Kloss, Eduardo, “Acción de protección y acción de tutela laboral. El amparo de los derechos de los funcionarios públicos (acerca de algunos fallos de unificación de jurisprudencia)”, en Revista Ius Publicum, N°35, (Universidad Santo Tomás), 2015.
  37. Soto Kloss, Eduardo, “La nulidad de derecho público según la Corte Suprema hoy: de su tergiversación a su destrucción”, en Revista Ius Publicum, N°34, (Universidad Santo Tomás), 2015.
  38. Soto Kloss, Eduardo, Comentarios de jurisprudencia “Un interventor

- para las instituciones de educación superior”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 7, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo), 2015.
39. Soto, Pablo, “Un mal caso para flexibilizar la tipicidad en el derecho administrativo sancionador. Comentario al Fallo “Empresa de Servicios”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, (Pontificia Universidad Católica), 2015.
  40. Tapia, Javier y Cordero, Luis, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias: Una mirada institucional”, en *Revista Estudios Públicos*, N° 139, (Centro de Estudios Públicos), 2015.
  41. Turrys, Nicolás, “Contratación administrativa a través de convenios marco: naturaleza jurídica y aplicación práctica”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 21, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
  42. Undurraga, José, “Reglamento de compras públicas más probidad y participación”, en *Revista del Abogado*, Vol. 64, (Colegio de Abogados de Chile), 2015.
  43. Vergara, Alejandro, “Uso doctrinario de la expresión ‘Código’. Caso editorial Jurídica de Chile con Editorial LexisNexis”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 28, N°1, (Universidad Austral de Chile), 2015.
  44. Zúñiga, Francisco, “El retorno a lo administrativo: comentario a la sentencia rol n° 1079-2014 de la Corte Suprema, “Fisco de Chile con Dörr Zegers y Otros” (“Chispas II)”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, N°1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2015.

### 3.3 Derecho Internacional Público

1. Academia Diplomática de Chile, “A veinte años de la Cumbre Mundial de Desarrollo Social. Entrevista al embajador Juan Somavía”, en *Revista Diplomacia*, N°128, Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
2. Academia Diplomática de Chile, “Discurso de la presidenta Michelle Bachelet: Mujeres y poder”, en *Revista Diplomacia*, N°128, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
3. Academia Diplomática de Chile, “Discurso del embajador José Maza al

- asumir la Presidencia de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1955”, en Revista Diplomacia, N°130, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
4. Academia Diplomática de Chile, “Entrevista a María Van Der Hoeven, Directora de la Agencia Internacional de Energía”, en Revista Diplomacia, N° 128, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  5. Academia Diplomática de Chile, “Ex presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle en conmemoración de los 20 años de la Cumbre Mundial de Desarrollo Social”, en Revista Diplomacia, N° 129, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  6. Academia Diplomática de Chile, “Global Water Security”, en Revista Diplomacia, N° 129, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  7. Academia Diplomática de Chile, “Informe sectorial de la OLADE: América Latina y el Caribe ¿Cómo integrar sus energías?”, en Revista Diplomacia, N° 128, (Academia Diplomática de Chile), 2015.
  8. Academia Diplomática de Chile, “Nuestro Océano”, en Revista Diplomacia, N°130, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  9. Academia Diplomática de Chile, “Segunda Cumbre Académica América Latina y el Caribe y Unión Europea CELAC-UE”, en Revista Diplomacia, N° 129, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  10. Academia Diplomática de Chile, “Transformar nuestro mundo: La agenda 2030 para el desarrollo sostenible”, en Revista Diplomacia, N°130, Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  11. Academia Diplomática de Chile, “Un tercio de las cuencas de agua subterránea más grandes del mundo están en peligro”, en Revista Diplomacia, N° 129, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  12. Academia Diplomática de Chile, “XIII Reunión de la Asociación Iberoamericana de Academias, Escuelas e Institutos Diplomáticos”, en Revista Diplomacia, N°129, Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  13. Academia Diplomática de Chile, “XV Conferencia Suramericana



- sobre Migraciones ‘Con Justicia e igualdad hacia una gobernanza migratoria’”, en Revista Diplomacia, N°130, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
14. Aguilar, Miguel Ángel, “Europa no puede olvidar que su fuerza está en la unión”, en Revista Diplomacia, N°128, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015
  15. Alenda, Stephanie, “La etnicidad cruza Europa en la crisis de los migrantes”, en Revista Diplomacia, N°130, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  16. Allard, Raúl, “El sistema internacional y América Latina a 50 años del Concilio Vaticano II y de sus propuestas sobre la comunidad entre los pueblos”, en Revista Estudios Internacionales, N° 182, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2015.
  17. Arato, Andrew, “Beyond the alternative reform or revolution: Postsovereign Constitution-Making and Latin America”, en Wake Forest Law Review, Vol. 50, (Wake Forest Law Review Association), 2015.
  18. Avramidou, Elena, “La crisis de la deuda griega y sus consecuencias sociales”, en Revista Diplomacia, N° 129, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  19. Baeza, Jaime y López, Miguel Ángel, “El Congreso Nacional de Chile y el proceso de ratificación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América”, en Revista de Estudios Internacionales, N° 182, (Instituto de Estudios Internacionales – Universidad de Chile), 2015.
  20. Baiyi, Wu, “CELAC-China: Los primeros pasos del foro”, en Revista Diplomacia, N° 128, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  21. Bertazzo, Silvia, “La tutela del acceso al agua potable en el derecho internacional”, en Revista de Derecho, Vol. 2, (Universidad Católica del Norte), 2015.
  22. Bitar, Sergio, “América Latina y el Islam: La urgencia de entender lo profundo”, en Revista Diplomacia, N° 128, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  23. Boddie, Sonia, “Decenio Internacional para los afrodescendientes”, en Revista Diplomacia, N°130, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  24. Boggiano, Miguel Ángel, “Los 10 países con más reservas de agua del mundo”, en Revista Diplomacia, N°129, (Academia Diplomática de

- Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
25. Briones, Sebastián y Dockendorff, Andrés, “Continuidad y cambio en la política exterior chilena en el gobierno de Sebastián Piñera (2010-2014)” en Revista Estudios Internacionales, N° 180, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2015.
  26. Cabezas, José, “Presidential support in Latin America 2010-2012: Economic vote and political preferences”, en Revista de Ciencias Políticas, Vol. 53 (Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile), 2015.
  27. Campins, Mar, “De Kioto a París: ¿Evolución o involución de las negociaciones internacionales sobre el cambio climático?”, en Revista Diplomacia, N° 129, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  28. Candia, Gonzalo, “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos - Una reflexión a la luz de la noción del Estado de Derecho”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 1, (Universidad Católica), 2015.
  29. Carnevali, Raúl, “El terrorismo de estado como violación a los derechos humanos en especial la intervención de los agentes estatales”, en Revista de Estudios Constitucionales, N°2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2015.
  30. Couso, Jaime, “Intervención delictiva y organización. Necesidad y complejidades de una comparación funcional entre el derecho chileno y el derecho internacional y comparado”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 42, (Pontificia Universidad Católica), 2015.
  31. Couso, Javier, “Sine qua non: On the role of judicial independence for the protection of human rights in Latin America”, en Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 33, (Universiteit Utrecht), 2015.
  32. Coutts, Waldemar, “Agua y cambio climático”, en Revista Diplomacia, N° 129, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  33. Cronin, John, “Michel Jarroud, Presidente de ONU-Agua: El agua es tanto una cuestión de desarrollo como un tema de seguridad nacional”, en Revista Diplomacia, N° 129, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  34. Choi, Jinok, “Migración en Corea y cambio global”, en Revista Diplomacia, N°130, Academia Diplomática de Chile, Ministerio de

- Relaciones Exteriores), 2015.
35. Delors, Jacques, Lamy, Pascal y Vitorino, Antonio “Grecia: Tres pasos para un plan global”, en Revista Diplomacia, N°129, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  36. Díaz, Tomás, “La crisis del agua, la mirada desde Davos”, en Revista Diplomacia, N° 129, (Academia Diplomática de Chile), 2015.
  37. Escribano, Gonzalo, “¿Qué nos deparará 2015 en energía? Desafíos de la Unión Europea”, en Revista Diplomacia, N° 128, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  38. Fuenzalida, Sergio, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho. Una revisión de la doctrina del examen de convencionalidad”, en Revista de Derecho Universidad Austral N°1, (Universidad Austral), 2015.
  39. García, Pedro, Reseña libro “Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, de Pastor Ridruejo, José y Acosta Alvarado, Andrea” en Revista Estudios Internacionales, N°180, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2015.
  40. García, Viviana, “Territorios fronterizos, agenda de seguridad y narcotráfico en Chile: Plan Frontera Norte”, en Revista Estudios Internacionales, N° 181, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2015.
  41. Hakim, Peter y Arboleya, Jesús, “Cuba y Estados Unidos hacen historia en 2015 al restablecer sus relaciones diplomáticas”, en Revista Diplomacia, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  42. Hernández, Moisés, “La Migración como parte de la existencia humana”, en Revista Diplomacia, N°130, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  43. Hitters, Juan Carlos, “Control de Convencionalidad (Adelantos y retrocesos)”, en Revista de Estudios Constitucionales, N°1 (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2015.
  44. Huepe, Claudio, “Agua y Energía: Un vínculo por explorar”, en Revista Diplomacia, N° 128, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  45. Lamazière, George y Granados, Otto, “Brasil-México: La trascendencia de una nueva etapa de relaciones”, en Revista Diplomacia, N° 129, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.

46. Letelier, Leonardo y Mesa, Fernando, "A Fiscal Need Approach to sub national Fiscal Equalization. An Application for the case of Chile", en *Lex localis, Journal of Local Self-Government* Vol. 13, N°3, pp.503-519, 2015.
47. Marisio, Alejandro y Hernández, Pedro, "Proyección de la Migración en Chile", en *Revista Diplomacia*, N° 130, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
48. Márquez, Rodrigo, "La distancia entre la ciudadanía y las élites. Una mirada desde el informe de Desarrollo humano en Chile", en *Revista Estudios Públicos*, N° 140, (Centro de Estudios Públicos), 2015.
49. Martín, José y Urrea, Mariela, "Los refugiados y la Unión Europea: Una crisis humanitaria que amenaza los pilares de la unión", en *Revista Diplomacia*, N°130, Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
50. Martínez, Lester, "El Acuífero Guaraní, su apetecible valor", en *Revista Diplomacia*, N°129, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
51. Millon, Paula, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Doméstico Chileno", en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 7, (Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo), 2015.
52. Mosciatti, Giancarlo; Moscoso, Andrés y Piña, Cristián, "El ciudadano migrante como sujeto de derechos: desafío del siglo XXI", en *Revista Diplomacia*, N° 130, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
53. Müller, Karl, "Transferencia de atribuciones soberanas a organizaciones internacionales en el derecho chileno", en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2015.
54. Muñoz, Heraldo, "Behind a bolivian request", en *Revista Diplomacia*, N°128, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
55. Navia, Patricio y Osorio, Rodrigo, "Una aproximación al estado del voto económico en América Latina", en *Revista de Ciencias Políticas*, Vol. 53 (Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile), 2015.
56. Navia, Patricio y Soto, Ignacio, "It's not the economy, stupid. ¿Qué tanto explica el voto económico los resultados en elecciones presidenciales en

- Chile, 1999-2013?”, en Revista de Ciencias Políticas, Vol. 53 (Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile), 2015.
57. OLADE, “Informe energético sectorial: América Latina y el Caribe: ¿Cómo integrar sus energías”, en Revista Diplomacia, N° 128, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  58. Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Reporte ‘International Labour Migration’”, en Revista Diplomacia, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  59. Ottone, Ernesto, “Una América Latina incómoda en una globalización incómoda”, en Revista Estudios Públicos, N° 140, (Centro de Estudios Públicos), 2015.
  60. Pacheco, Máximo, “Hacia un modelo energético inclusivo para Chile y la Región”, en Revista Diplomacia, N° 128, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  61. Page, David, “La próxima revolución mundial de la energía vendrá del hielo”, en Revista Diplomacia, N° 128, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  62. Paúl, Álvaro, “Análisis sistemático de la evaluación de la prueba que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Revista Chilena de Derecho, N° 42, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
  63. Perelló, Lucas, “One of these things is sort of like the other: presidential approval and support for government management of the economy in Chile, 2006-2013” en Revista de Ciencias Políticas, Vol. 53 (Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile), 2015.
  64. Petrozziello, Alison, “La feminización de la migración y la familia transnacional”, en Revista Diplomacia, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores) 2015.
  65. Pochat, Víctor, “Conflictos por el agua”, en Revista Diplomacia, N° 129, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  66. Rebolledo, Andrés, “Alianza del Pacífico, Oportunidad de integración Comercial y Regional”, en Revista Diplomacia, N° 129, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
  67. Riggiozzi, Pía, “UNASUR: construcción de una diplomacia regional en materia de salud a través de políticas sociales”, en Revista Estudios Internacionales, N° 181, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2015.

68. Riveros, Edgardo, “Perfil del migrante y sus efectos”, en Revista Diplomacia, N°130, Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
69. Rodríguez, Gabriel y García, Héctor, “Chile en la encrucijada energética mundial”, en Revista Diplomacia, N° 129, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
70. Rodríguez, Jorge, “Historia de dos demandas: Perú y Bolivia contra Chile”, en Revista Estudios Internacionales, N° 182, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2015.
71. Saavedra, Aldo, “Una apuesta frente a la escasez: ¿Es la desalinización una alternativa?”, en Revista Diplomacia, N° 129, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
72. Salinas, Hernán, “Controvertido fallo de la Corte de la Haya y desafíos para Chile”, en Revista Libertad y Desarrollo, N°266, (Instituto Libertad y Desarrollo), 2015.
73. Schönsteiner, Judith y Couso, Javier, “La implementación de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en Chile- ensayo de un balance”, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Vol. 2, (Universidad Católica del Norte), 2015.
74. Silva, Max, “El incierto futuro de la libertad de expresión en el sistema interamericano de Derechos Humanos”, en Revista Chilena de Derecho, Vol.42, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
75. Singer, Matthew, “Electoral Accountability for the Economy in Latin America”, en Revista de Ciencias Políticas, Vol. 53 (Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile), 2015.
76. Thompson, Laura, “La lucha contra la trata de personas en las rutas migratorias”, en Revista Diplomacia, N°130, Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
77. Thomson, Ian y Bradanovich, Tomás, “Costos para la Región de Arica y Parinacota incurridos por el cumplimiento del Tratado de Paz y Amistad de 1904 y otras facilidades concedidas por Chile a Bolivia”, en Revista de Estudios Internacionales, N° 182, (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), 2015.
78. Van Der Hoeven, María, “A nivel mundial, la perspectiva para la energía renovable es positiva”, en Revista Diplomacia, N° 128, (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.

79. Vander, Bruno, “Helen Clark, Líder del PNUD: “El cambio climático está revirtiendo los beneficios del desarrollo”, en Revista Diplomacia, N°129 (Academia Diplomática de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores), 2015.
80. Velázquez, Mario, “Relevamiento estadístico del incumplimiento potencial del salario mínimo en los trabajadores asalariados de Chile. Visión de la OIT”, en Revista Laboral Chilena, N°1, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.

#### 4. REPORTES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y NACIONALES ACERCA DE CHILE

1. Amnistía Internacional, *Capítulo de Informe Anual de Amnistía Internacional Sobre Chile 2015-16*, (Amnistía Internacional), 2015.
2. Amnistía Internacional, *Informe sobre Chile en Rapa Nui 2015-16*, (Amnistía Internacional), 2015.
3. Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*, (Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas), 2015.
4. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica*, (Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas), 2015.
5. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre su misión a Chile*, (Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas), 2015.
6. Human Rights Watch, *Informe Mundial 2015: Chile*, (HRW), 2015.
7. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en Chile: Informe Anual 2014*, (INDH) 2014.
8. OIT, *La gestión en la gestión empresarial: cobrando impulso*, (OIT), 2015.
9. OIT, *Informe mundial sobre salarios y desigualdad de ingresos*, (OIT), 2015.
10. Organización de Estados Americanos, *Violencia contra personas LGBTI* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), 2015.
11. Organización de Estados Americanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes, industrias extractivas* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), 2015.

12. Organización de Estados Americanos, *Violencia, niñez y crimen organizado (2015)*, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), 2015.
13. Organización de Estados Americanos, *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos (2015)*, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), 2015.
14. Organización de Estados Americanos, *Acceso a la información, violencia contra las mujeres y administración de justicia (2015)*, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), 2015.
15. Organización de Estados Americanos, *Universalización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (2015)*, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), 2015.
16. Organización de Estados Americanos, *Estándares jurídicos: Igualdad de género y derechos de las mujeres (2015)*, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), 2015.
17. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe de Desarrollo Humano en Chile “Los tiempos de la politización”*, (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Naciones Unidas), 2015.
18. UNICEF Chile, *Informe anual 2014*, (UNICEF), 2015.





