

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO**

2021

UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES

VV.AA, Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera (editor) /
Anuario de Derecho Público 2021

Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2021,
1° edición, p. 674, 17 x 24 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: An89

Colección Derecho

Incluye palabras de Decano de la facultad Jaime Couso Salas y Domingo Lovera
Parro director del anuario. Con notas al pie.

Cátedra Jorge Huneeus Zegers “¿Hacia una transformación constitucional viable
en Chile?” por Rosalind Dixon.

Materias:

- COVID-19 (Enfermedad). Chile.
- Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.
- Chile. Constitución 1980.
- Reformas constitucionales. Chile.
- Migrantes.
- Derecho internacional. Chile.
- Pandemia.
- Estallido social. Chile.
- Estados de excepción constitucional. Chile.
- Prisioneros políticos. Chile.
- Ahorro para el retiro.
- Pensiones. Chile.

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2021

© Domingo Lovera (editor), 2021

© VV.AA., 2021

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2021

Primera edición: diciembre de 2021

ISBN 978-956-314-506-9

Universidad Diego Portales
Dirección de Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56 2) 2676 2136
Santiago – Chile
www.ediciones.udp.cl

Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S. A.

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2021
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

COMITÉ EDITORIAL

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

DIRECTOR

Domingo Lovera



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE

Palabras del decano	13
Presentación del director	15

PARTE 1: PROCESO CONSTITUYENTE

Contrapunto: “El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar ... los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” (Art. 135 inc. final, Constitución Política de la República de Chile)

La Nueva Constitución y los tratados internacionales

<i>Ximena Fuentes</i>	23
-----------------------------	----

Derecho internacional y derecho chileno. Análisis y propuestas

<i>Sebastián López</i>	37
------------------------------	----

Artículos

La paridad constitucional: raíces y proyecciones

<i>Yanira Zúñiga</i>	65
----------------------------	----

Estado social y proceso constituyente chileno. Hacia un Estado en perspectiva social

<i>Tomás Jordán</i>	81
---------------------------	----

El derecho humano al agua frente a los desafíos de una Nueva Constitución política	
<i>Christian Rojas</i>	101
La paridad chilena y la lucha por una representación efectiva de las mujeres en política	
<i>Javiera Arce y Julieta Suárez-Cao</i>	129
El debate sobre la forma de gobierno en el contexto del cambio constitucional en Chile	
<i>Pamela Figueroa</i>	149
Más allá de la paridad	
<i>Mariana Canales</i>	171

PARTE 2: LA EMERGENCIA

La excepción constitucional durante la pandemia de COVID-19: un análisis desde la proporcionalidad	
<i>Pablo Soto y Pablo Aguayo</i>	183
Cuando el Estado abdica de actuar como tal. La requisición administrativa y el caso “Espacio Riesco”	
<i>Flavio Quezada</i>	207
El pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre inaplicabilidad del artículo 318 del Código Penal: un fallo sin mayoría y una decisión sin competencia	
<i>Rocío Lorca y Luis Felipe Manques</i>	221
Violaciones a la libertad de cultos durante la pandemia del Covid-19	
<i>Macarena Bustamante y Vicente Hargous</i>	237

PARTE 3: DESARROLLOS DEL DERECHO PÚBLICO

DERECHO CONSTITUCIONAL

Contrapunto: Reformas constitucionales inconstitucionales

Auge y Caída de la Doctrina de las Reformas Constitucionales Inconstitucionales en Chile. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional roles 9797-2020 y 10.774-2021

Marianne Poehls y Sergio Verdugo 263

¿Inconstitucionalidad de fondo del proyecto de reforma constitucional que autoriza el segundo retiro del 10% de los fondos previsionales?

Miriam Henríquez 289

Artículos

Comaternidad en Chile. Comentarios a partir de la sentencia del 2° Juzgado de Familia de Santiago del 8 de junio de 2020

Ximena Gauché 305

Rebelión y castigo. Consideraciones acerca de la criminalización del “estallido social” y el proyecto de indulto general a los “presos de la revuelta”

Julio Cortés 329

Requerimiento de inaplicabilidad como mecanismo inidóneo de control abstracto de constitucionalidad. El caso jibia y sus alcances

Carlos Cáceres 349

La reforma del Consejo para la Transparencia y su órgano de gobierno: Entre la transparencia y la protección de datos personales

Pablo Contreras 371

Nueva ley de migraciones y sentencia del Tribunal Constitucional: ¿hasta dónde llega la protección de la Constitución cuando se es migrante en Chile?

Martín Canessa, Tomás Greene y Francisca Vargas..... 391

Jurisprudencia de la Tercera Sala de la Excma. Corte Suprema en materia de cobertura de medicamentos de alto costo en sede de protección <i>Ángela Vivanco</i>	419
--	-----

DERECHO ADMINISTRATIVO

Non bis in ídem: tendencias actuales en materia de sanciones administrativas <i>Rosa Fernández Gómez</i>	447
--	-----

Consideraciones sobre el principio de coordinación administrativa a partir de la jurisprudencia administrativa y judicial <i>Vicente Aliaga y Lizzy Seaman</i>	471
--	-----

La administración invisible bajo la mirada de la Contraloría <i>José Miguel Valdivia</i>	505
--	-----

DERECHO AMBIENTAL

La participación ciudadana en el proyecto de ley marco de cambio climático: aún queda camino por andar <i>Ximena Insunza y Juan Pablo Arístegui</i>	525
---	-----

La Ley de Humedales Urbanos en Chile: el tránsito desde “pantanos infecciosos” a valiosos ecosistemas dignos de protección (y restauración) <i>Verónica Delgado</i>	545
---	-----

Consideraciones sobre cambio climático en la jurisprudencia chilena. Análisis crítico del fallo de la Corte Suprema en contra del proyecto de continuidad operacional Compañía Minera Cerro Colorado <i>Arturo Brandt y Félix Vergara</i>	571
---	-----

DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

Algunas consideraciones sobre la condena de la Corte Penal Internacional a Dominic Ongwen <i>Francisco Cox</i>	585
--	-----

Ley 21.255 (2020): La nueva Ley Antártica Chilena
Luis Valentín Ferrada 605

Una lectura de la decisión sobre acoso sexual escolar: Corte IDH, Guzmán Albarracín vs. Ecuador, 24 de junio de 2020
Lidia Casas 627

La Suprema Corte y el Presidente frente a la “cuarta transformación” de México
Andrea Pozas-Loya 645

PARTE 4: CÁTEDRA JORGE HUNEEUS ZEGERS

31. ¿Hacia una transformación constitucional viable en Chile?
Rosalind Dixon 657

PALABRAS DEL DECANO

Tras una pausa larga, y gracias al empeño de sus editores, el Anuario de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales vuelve a salir a la luz.

Como señala la presentación de su director, el profesor Domingo Lovera, las circunstancias que obligaron este receso – las “protestas constituyentes” y la pandemia – se convirtieron también en el contexto principal de la reflexión académica con la que nos encontraremos en esta edición. Las consecuencias políticas e institucionales del estallido social y de la pandemia constituyen hitos cuya interpretación y explicación el Anuario no podía soslayar. Y es que, desde su primer número, como hace poco más de una década explicaba su entonces director, el profesor Javier Couso, esta publicación se propone ofrecer a la comunidad legal “una síntesis analítica de los sucesos más importantes ocurridos durante el año anterior” en los diversos ámbitos y especialidades del derecho público nacional.

Desde esa primera edición, el año 2010, el Anuario ha logrado instalarse, también gracias a la labor que desempeñó su segundo director, el profesor Rodolfo Figueroa, como un referente nacional, y ha sido capaz de convocar a un muy rico y diverso grupo de autores y autoras, con diversas afiliaciones académicas, que nos siguen honrando con su desinteresada participación.

De esta forma, la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales cumple con un aspecto central de su vocación, procurando contribuir al desarrollo del derecho y de las instituciones de la democracia a través de la producción y difusión de contribuciones que cumplan con los estándares de la investigación académica, pero de una forma que sea directamente aprovechable para el debate y las deliberaciones que tienen lugar la esfera pública.

La constitucionalización de la política de masas, y la democratización del debate constitucional, que han irrumpido en Chile en estos últimos dos años, vuelven más urgente que nunca ese aspecto de la misión universitaria en el campo del derecho público. El proyecto que el Anuario de Derecho Público busca desarrollar adquiere así una relevancia que once años atrás apenas podíamos intuir.

Con la satisfacción de seguir aportante al debate público con este nuevo número, y con un nuevo sentido de responsabilidad, dada la importancia que en la hora presente han adquirido espacios de debate constitucional como el que él ofrece, tenemos el gusto de poner a disposición del público la edición 2021 del Anuario de Derecho Público de la UDP.

JAIME COUSO SALAS.
DECANO.
FACULTAD DE DERECHO.
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES.

PRESENTACIÓN DEL DIRECTOR

Tengo el agrado de presentar a la comunidad nacional la versión 2021 del Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales. La última versión publicada del Anuario fue la del año 2019. Ello se debe a uno de los dos acontecimientos que han marcado la suerte de nuestro país – y, como veremos, la estructura de esta versión del Anuario –. Y es que la pandemia producto del virus del CODIV-19, que nos encontró a todas y todos con escaso conocimiento a su respecto, pero también con pocas herramientas para enfrentar el ciclo de cuarentenas, hizo imposible la publicación de la edición 2020. Como sabemos, para muchas personas y sus familias la posibilidad de mantener su trabajo de forma regular se volvió muy difícil.

Hoy saldamos esa deuda con una versión extendida del Anuario, la que solo es posible por la labor desinteresada y profesional de litigantes, académicos y académicas que envían sus artículos para ser incluidos en esta publicación. A todos ellos y ellas nuestro agradecimiento.

El otro acontecimiento que ha marcado la suerte de nuestro país, y que sin duda es de especial relevancia para esta publicación, es el proceso constituyente que nos encontramos navegando desde fines de 2019 – cuando la edición del Anuario de ese mismo año se había recién cerrado –. Las masivas protestas constituyentes que comenzaron a desarrollarse a lo largo del país en octubre de 2019, y que terminarían siendo denominadas como el “estallido social”, abrieron paso para la concreción de una demanda política que se había comenzado a escuchar desde el primer día en que se insinuó el proyecto constituyente de la dictadura: la de poder avanzar a la transición, como hicieron otros países, con una Constitución otorgada en democracia.

El proceso constituyente que gatilló el “estallido social”, y que fue posible luego de un amplio acuerdo político al que le siguió una reforma constitucional publicada el día 24 de diciembre de 2019, no solo hace posible la concreción de ese momento constituyente que le fue negado al país. Sino que, además, trazó – y sigue dibujando – un hito fundamental para nuestro país: por primera vez en nuestra historia republicana la Constitución será producto de una deliberación democrática con amplia y significativa participación ciudadana.

En efecto, a las protestas constituyentes le siguieron una serie de hitos participativos en que la decisión se ha colocado en manos de la ciudadanía. Un plebiscito de entrada en octubre de 2020, donde fue la ciudadanía la que aprobó la decisión de discutir una Nueva Constitución (con el 78,28% de los votos) y la que determinó que su elaboración fuera entregada a una Convención Constitucional íntegramente electa para la tarea (con 79,00% de los votos). Y una elección popular en mayo de 2021, en la que fue la ciudadanía la que eligió a los y las integrantes de la Convención Constitucional, que a la fecha de esta presentación entera tres intensos meses de trabajo.

Además, durante los primeros dos meses de trabajo, la Convención, distribuida en diferentes comisiones transitorias, abrió espacios para audiencias públicas. Se realizaron más de 1200 audiencias de este tipo. El mismo reglamento de funcionamiento de la Convención, aprobado en septiembre de 2021, contempla el principio de participación ciudadana incidente como uno que informará el actuar de la misma. Consecuentemente, incorpora diferentes formas de intervención ciudadana, incluida la posibilidad de presentar mociones constituyentes. Por último, una vez que la Convención Constitucional termine su trabajo, el resultado de sus deliberaciones – una propuesta de Nueva Constitución – será sometida, una vez más, a la decisión del pueblo por medio de un plebiscito ratificatorio.

En un entorno tal, es decir, en uno en que nos ha tocado presenciar estos dos especiales acontecimientos – y seguimos haciéndolo –, es difícil no dedicar dos secciones particulares al análisis de algunos de los aspectos jurídicos del derecho público vinculados al proceso constituyente, por una parte, y la emergencia sanitaria, de otra.

La primera parte del Anuario 2021 se dedica al proceso constituyente. No se abordan todos los contornos de ese proceso acá, sino solo algunos. Se trata, además, de un proceso que está en curso. La sección se abre con un interesante contrapunto relativo al rol del derecho internacional en el proceso en desarrollo. Esto, producto de una inédita disposición (el art. 135 inc. final del

texto constitucional aún vigente) conforme a la que “el texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar ... los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”. Los demás artículos de esta sección se dividen en aquellos que repasan algunas de las innovaciones que se establecieron para el desarrollo del proceso, como la paridad de género del órgano constituyente – inédita no solo para Chile, sino para el mundo – y otras formas de inclusión, y aquellos que encaran algunos de los debates sustantivos que deberá abordar la Convención Constitucional, como los relativos a la forma de gobierno y los nuevos derechos.

La segunda parte especial del Anuario 2021 se dedica a la emergencia sanitaria producto de la expansión del virus del COVID-19. Los gobiernos, enfrentados a la expansión del virus, adoptaron una serie de medidas de regulación y restricción de derechos y libertades, en especial las relativas a los usos y desplazamientos en los lugares de uso público. Esas regulaciones, incluido un intenso y extenso estado de excepción constitucional que ha sirvió para mantener un prolongado “toque de queda” a lo largo del país, acarrearón una serie de otras consecuencias que solo develaron el desigual impacto que las medidas tuvieron en la ciudadanía. En efecto, las prohibiciones de circulación hicieron que para muchas familias el acceso al sustento diario fuera imposible. Sabemos de sobra que parte importante de las discusiones políticas más intensas durante 2020 y parte de 2021 giraron en torno a cuáles eran las medidas adecuadas para aliviar el día a día de todas esas familias que se vieron afectadas por la merma (más o menos severa) en sus ingresos.

Los trabajos de esta sección abordan diferentes aristas de las diferentes intervenciones – o en algunos casos, de la falta de ellas – del Estado, frente a los desafíos que impuso la pandemia. Las lecciones de esta sección, desde luego, están lejos de radicarse únicamente en la pandemia, sino que debieran arrojar luz sobre la forma en que se delinearán constitucionalmente los estados de excepción en la futura Nueva Constitución.

El resto del Anuario mantiene las secciones que tradicionalmente componían esta publicación: desarrollos en el ámbito del derecho constitucional, del derecho administrativo, del ambiental, del internacional y del comparado.

Una de estas secciones, la relativa a los desarrollos del derecho constitucional, se inaugura con otro contrapunto que merece especial mención. Se trata de trabajos que abordan una de las discusiones más relevantes del ámbito en el último tiempo y que se encuentra tangencialmente conectada con la pandemia: la declaración de inconstitucionalidad de una reforma constitucional. Como se

recordará, los retiros parciales de fondos de pensiones acumulados en las cuentas de capitalización individual de las personas, se ofrecieron – en medio de la discordia entre el Congreso y la presidencia – como una de las medidas a que antes se aludía para aliviar el pasar de las familias durante la pandemia. Una de las vías (no la única) a través de las que esos retiros fueron posibles, consistió en la aprobación de una reforma constitucional que introdujo un artículo transitorio. El Tribunal Constitucional, sin embargo, declaró inconstitucional uno de esos proyectos de reforma constitucional. En otras palabras – aunque los alcances exactos están tratados en ambos artículos –, el TC sostuvo que una reforma constitucional encontraba límites en la propia constitución que modificaba. ¿Cuáles son las implicancias de una decisión tal? ¿Cuánto innova el Tribunal con una decisión tal? ¿Qué conclusión podría extraerse del hecho de que el TC rechazara, luego, un requerimiento prácticamente calcado al que ya había acogido? Las respuestas a estas interrogantes se abordan en este segundo contrapunto.

El Anuario cierra con la presentación que la profesora Rosalind Dixon realizara en el marco de la Cátedra de Derecho Constitucional Jorge Huneeus Zeegers, dedicada, en esta ocasión, también al proceso constituyente chileno. En dicho trabajo – una transcripción editada de su cátedra – la profesora Dixon aborda los desafíos que el proceso constituyente chileno debe enfrentar si quiere alcanzar transformaciones profundas, por una parte, pero posibles, de otra.

Como en años anteriores, el Anuario mantiene la equidad de género entre autores y autoras. Los 31 artículos que componen la edición 2021 del Anuario fueron redactados por 20 mujeres y 21 hombres.

Por último, quiero cerrar esta presentación agradeciendo al profesor Matías Guiloff, codirector del Programa de Derecho Público de la Universidad Diego Portales, a la profesora Dominique Hervé y al profesor Javier Couso, quienes con sus buenos oficios ayudaron a cursar invitaciones a diferentes autores y autoras cuyos trabajos hoy se incluyen en esta edición del Anuario. Finalmente, quiero destacar la labor editorial y de asistencia de la abogada Violeta González, abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y ayudante del Programa de Derecho Público. Su asistencia, como en años anteriores, ha sido fundamental para que este Anuario vea la luz.

DOMINGO LOVERA PARMO.
DIRECTOR.
ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO.
CODIRECTOR DEL PROGRAMA DE DERECHO PÚBLICO
FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES.

PROCESO CONSTITUYENTE

LA NUEVA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Ximena Fuentes Torrijo¹

Resumen

Este artículo examina el artículo 135 de la Constitución Política (CP), que establece ciertos límites para el texto de la nueva constitución que será redactada por la Convención Constitucional, entre los cuales se incluye que éste debe respetar los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Palabras clave

Tratados internacionales, Convención Constitucional, Nueva Constitución

1. Introducción

Se ha interpretado por *Salgado et al* que este límite es de carácter competencial.² Esto quiere decir que, de la misma forma que la Convención Constitucional no podría revisar sentencias firmes, no podría arrogarse tampoco la facultad de denunciar o renegociar tratados. Esta interpretación otorga al artículo 135 un campo de acción restringido y coherente con el carácter de las otras limitaciones que protegen principios esenciales de la forma democrática de gobierno y la distribución democrática del poder. Me parece que la lectura que proponen *Salgado et al* es correcta.

Sin embargo, en el debate público en torno al artículo 135 hay quienes sostienen que los tratados constituyen un límite sustantivo al texto de la nueva

¹ Prof. Asociada del Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. D. Phil (Oxon). Correo electrónico: ximena.fuentes@gmail.com

² Salgado, Constanza; Lovera, Domingo y Contreras, Pablo, “¿Límites de tratados internacionales al poder constituyente? Análisis del caso chileno (artículo en poder de la autora y en evaluación a agosto de 2021).”

constitución y mencionan tanto los tratados de derechos humanos como otros tipos de tratados, entre ellos, los tratados comerciales y los de protección de inversiones, como fuente de estos límites sustantivos. Es esta lectura la que genera preocupación en cuanto a la posibilidad de que la nueva constitución permita una nueva regulación de ciertas áreas críticas de nuestro orden económico y social, tales como el área de la educación, la salud, las pensiones y el agua, entre otras.

Esa lectura según la cual todos los tratados internacionales pueden establecer límites sustantivos al poder de un pueblo de darse una nueva constitución, en principio, aparece como incompatible con los principios de la democracia. Un gobierno podría ratificar tratados internacionales que establecieran que ese Estado no podrá modificar ni su Constitución ni las leyes existentes y, además, podría incluir una cláusula final que señalara que, en caso de denuncia por parte de un nuevo gobierno, el tratado seguirá rigiendo por 20 años más, o simplemente se podría establecer que el tratado no es denunciabile. Me imagino que un tratado de estas características sería criticado, con toda razón, porque sería una forma de limitar el derecho de autodeterminación y los principios de la democracia. No sería aceptable que un gobierno pretendiera el “congelamiento” de las normas existentes para evitar los cambios normativos en su país, haciendo inmune ese ordenamiento a los cambios políticos internos. Muy probablemente la comunidad internacional deploraría la existencia de este tipo de tratados y, sin embargo, esa es la lectura que algunos quieren hacer del artículo 135 de la Constitución Política, poniendo a los tratados ratificados por Chile como un límite sustantivo al poder constituyente.

Se podría refutar que los tratados de derechos humanos ya se han constituido en un límite al poder soberano del pueblo y que así lo reconoce el actual modelo de democracia deliberativa imperante en el mundo occidental. Este límite, de hecho, ya ha sido aceptado en el artículo 5° de la Constitución vigente que dispone que:

Artículo 5°.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

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.

Lo que ocurre con los derechos humanos no es extensible a todo tipo de tratados. El paradigma político actual pone efectivamente a los derechos constitucionales como un límite al proceso de toma de decisiones de los gobiernos. Este rol de los derechos constitucionales (o, si se quiere, de los derechos humanos) se justifica porque éstos permiten el desarrollo mismo de la democracia y sirven para evitar el abuso del poder poniendo en el centro al individuo. El debate actual sobre el rol de los derechos constitucionales en el funcionamiento de la democracia parte de la base que estos derechos existen, pero se examinan los problemas que genera la juridificación de los mismos. En este contexto, la discusión actual gira en torno a si la juridificación de los derechos corre el riesgo de limitar indebidamente la deliberación de los ciudadanos³ y al rol de los jueces que adquieren el poder de la última palabra reemplazando la decisión política de los ciudadanos. En este contexto, el debate que se puede dar en relación con los tratados de derechos humanos y su incorporación dentro de la constitución política de un Estado, no es el mismo debate que se ha generado en torno al artículo 135 de la CP. El debate sobre el artículo 135 se refiere a la idea que han adelantado algunos de que hay formas de regulación de las relaciones sociales y económicas que estarían vedadas a la nueva constitución por, supuestamente, contradecir las obligaciones que ha adquirido el Estado con otros países. Este artículo sostiene que esa idea no está contenida en el artículo 135 y, si lo estuviera sería una idea inaceptable, por las razones que se desarrollan más adelante.

Antes de entrar en el análisis sustantivo, se debe subrayar que no hay ningún órgano que podría resolver la supuesta incompatibilidad entre la nueva constitución y los tratados. El inciso 1° del artículo 136 de la CP dispone que:

Se podrá reclamar de una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, contenidas en este epígrafe y de aquellas de procedimiento que emanen de los acuerdos de *carácter general de la propia Convención*. En ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración.

3 Bellamy, Richard, "Constitutive Citizenship versus Constitutional Rights: Republican Reflections on the EU Charter and the Human Rights Act", en Campbell, Tom; Ewing, Keith y Tomkins, Adam (eds.), *Skeptical Essays on Human Rights* (Oxford University Press), 2001, p. 18.

Sin perjuicio del hecho de que la Corte Suprema no puede pronunciarse y, teniendo presente que la posible controversia sobre el respeto a los tratados internacionales podrá tener lugar igualmente en la arena política, en este artículo se desarrollarán argumentos adicionales que llevan necesariamente a concluir que la discusión sobre supuestas contradicciones entre el contenido de la nueva constitución y los tratados internacionales, dadas las características de la interacción entre el derecho internacional con el derecho interno, no puede operar como un límite sustantivo al texto de la constitución. Para estos efectos se deben analizar los siguientes aspectos fundamentales de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno:

(2) El derecho internacional no obliga a los Estados a incorporar sus normas en el derecho interno ni a darles efectos normativos internos ni a asignarles una jerarquía normativa superior en los sistemas jurídicos nacionales; (3) La dictación de legislación interna no constituye necesariamente una violación de las obligaciones internacionales del Estado; (4) La determinación de una violación de una obligación internacional por las autoridades nacionales tiene impacto en la conducción de la política internacional del país, lo que exige cierta “deferencia interpretativa” al analizar la compatibilidad entre normas internas con las normas del derecho internacional.

A continuación, se revisará cada uno de estos aspectos de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, para identificar las objeciones que merece el intento de transformar la referencia a los tratados internacionales en el artículo 135 en un límite sustantivo al poder constituyente.

2. El derecho internacional no regula cómo los Estados deben diseñar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno en sus ordenamientos jurídicos nacionales

La incorporación del derecho internacional en los sistemas jurídicos nacionales es una cuestión que debe decidir cada Estado. A su vez, cada Estado determinará si el derecho internacional puede ser invocado ante los tribunales nacionales para la solución de disputas jurídicas y cómo se solucionan las eventuales antinomias entre las normas del sistema jurídico nacional y las normas del derecho internacional. El derecho internacional no obliga a la incorporación ni al otorgamiento de jerarquía superior en el derecho doméstico.

Muchas veces se ha invocado en nuestra jurisprudencia el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CV) como si estableciera una obligación de incorporación de los tratados al derecho interno y

como si obligara a establecer una jerarquía superior dentro del sistema jurídico nacional. Como he señalado en anteriores artículos, esa interpretación no es correcta.⁴ El artículo 27 de la CV, al igual que el artículo 4 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos (ARSIWA), es una regla de responsabilidad internacional que excluye al derecho interno como justificación de un incumplimiento, pero no establece obligación alguna sobre cómo cada Estado diseña la relación de su derecho interno con el derecho internacional en su propio ordenamiento jurídico..

Excepcionalmente, hay ocasiones en que los Estados se obligan, por medio de tratados internacionales, a incorporar normas de derecho internacional a su derecho interno y con efecto directo. Tal es el caso del derecho europeo. En esos casos, se habla de un derecho supranacional, en que una organización internacional obtiene un poder comparable con el poder de legislar para los Estados Partes y sus ciudadanos.

En el ámbito latinoamericano, en el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los Estados Partes no otorgaron originalmente este poder a los órganos del sistema ni en la Carta de la Organización de Estados Americanos ni en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana, hasta la década de los noventa, sostenía que la relación entre la Convención Interamericana y el derecho interno la debía determinar cada Estado. Por ese motivo, en la Opinión Consultiva OC-7/86 la Corte se abstiene de emitir su opinión sobre la incorporación de la Convención Interamericana al derecho interno de Costa Rica, limitándose a decir que, en todo caso, desde que Costa Rica ha ratificado, ella se encuentra obligada por la Convención, lo cual es obvio y no se requería una opinión consultiva para aclararlo.⁵ Más tarde, en la Opinión Consultiva sobre Los Efectos de las Leyes Contrarias a la Convención (OC-14/94) la Corte Interamericana resuelve que no le corresponde a ella pronunciarse sobre los efectos internos de una determinada ley, subrayando que los efectos internos de una ley contraria a la Convención deben ser determinados en forma exclusiva por los jueces nacionales de acuerdo a las reglas establecidas en su propio derecho interno:

4 Fuentes, Ximena, "International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple", en Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico, N° 77, 2008, pp. 484 y ss; Fuentes, Ximena y Pérez, Diego, "El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno", en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Vol. 25, N° 2, 2018, pp. 123-31.

5 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-7/86, 29 de agosto de 1986, párrafo 14. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf.

34. La pregunta se refiere únicamente a los efectos jurídicos de la ley desde el punto de vista del derecho internacional, ya que no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los mismos en el orden interno del Estado interesado. Esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho.⁶

Sin embargo, posteriormente en el Sistema Interamericano se ha generado una jurisprudencia conforme a la cual los Estados estarían obligados a incorporar la Convención Americana de Derechos Humanos en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales y a darle efecto directo.⁷ Asimismo, en el contexto Interamericano se ha elaborado, también jurisprudencialmente, la teoría del control de convencionalidad según la cual los jueces nacionales deberían aplicar directamente la Convención Americana y las interpretaciones de la Corte, incluso derogando tácitamente la ley nacional. Como se ha dicho anteriormente, ni la obligación de otorgar efecto directo a la Convención se encuentra estatuida en el texto del Pacto de San José ni menos la obligación de los jueces nacionales de realizar un “control de convencionalidad”. Esta evolución que ha experimentado la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido descrita como un intento de establecer un derecho interamericano supranacional.⁸

Sin perjuicio de que en algunos casos los Estados se obliguen a incorporar determinados tratados a su derecho interno, el punto es que no existe una obligación general de derecho internacional que los obligue a hacerlo. El derecho internacional general considera que la regulación de la incorporación, la jerarquía y el efecto del derecho internacional en los sistemas jurídicos nacionales es una cuestión que debe ser respondida por cada sistema jurídico nacional. La interpretación de las normas que cada Estado determine para regular estas materias será competencia de sus propios órganos y la decisión podría ser que, sin perjuicio de las obligaciones internacionales adquiridas

6 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, 9 de diciembre de 1994, párrafo 34. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf

7 En el Compendio sobre Obligación de los Estados de Adecuar su Normativa Interna a los Estándares internacionales de Derechos Humanos, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 25 de enero de 2021, se señala que: “44. El ejercicio de la obligación de adecuar la normativa interna a los estándares de derechos humanos se extiende a todas las autoridades estatales de los diferentes órganos y jerarquías, quienes en el ámbito de sus respectivas competencias y responsabilidades deberán comprometerse con el efecto directo de los instrumentos interamericanos ratificados por cada uno de los Estados.”

8 Dulitzky, Ariel, “An Inter-American Constitutional Court? The invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, en *Texas International Law Journal*, Vol. 50, N° 1, 2015, p. 93.

por el Estado, la ley interna debe prevalecer. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG), al revisar la constitucionalidad de una ley que contradecía tratados internacionales, decidió que la ley posterior prevalece. El caso se refiere a unas cláusulas de la ley de la renta que establecían condiciones adicionales a las establecidas en ciertos tratados de doble tributación. En su sentencia del 15 de diciembre de 2015 el Tribunal decidió que: 9 (1) en Alemania los tratados tienen jerarquía de ley; (2) por lo tanto, en el ordenamiento jurídico alemán, una ley posterior puede derogar tácitamente a un tratado; (3) este efecto, no sólo se refiere a ciertas leyes, sino que todas las leyes pueden derogar tácitamente a los tratados; (4) el principio *pacta sunt servanda*, si bien es un principio general del derecho internacional, no sirve para justificar una decisión distinta; (5) el derecho internacional no prohíbe que actos jurídicos domésticos que se contraponen a los tratados surtan igualmente sus efectos; y, (6) no es correcto decir que el poder legislativo sólo puede modificar o dejar sin efecto un tratado si lo hace en conformidad con el derecho internacional.

Es interesante detenerse por un momento en este último punto, que se refiere a la relación entre el principio democrático y el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado. En este punto el BVerfG pone al principio democrático en el centro, enfatizando que la democracia exige que la voluntad popular pueda modificar las normas aprobadas anteriormente por el parlamento, entre las que están los tratados. Vale la pena transcribir la parte relevante de la sentencia (traducido al inglés por el propio BVerfG:

bb) Art. 59(2) first sentence GG does not limit the applicability of the principle of *lex posterior* in relation to international treaties. Since the legislature may generally only approve an international treaty in its entirety or not approve it at all (cf. BVerfGE 90, 286 <358>), it is asserted by some that the act of approval and the international treaty are inseparably linked. According to this view, the act of approval is protected by Art. 59(2) first sentence GG against substantive modifications, unless repealed in full [...], and the legislature may repudiate an international treaty only in conformity with international law [...].

This view, however, must be rejected.

9 BVerfG, Order of the Second Senate de 15 de diciembre de 2015 - 2 BvL 1/12 -, párrafos 1-26. Disponible en: http://www.bverfg.de/e/ls20151215_2bv1000112en.html

In particular, it conflicts with the principle of democracy (Art. 20(1) and (2) GG) and the principle of parliamentary discontinuity (*Grundsatz der parlamentarischen Diskontinuität* [translator's note: under the principle of parliamentary discontinuity, draft legislation and all other matters still pending in the Bundestag automatically lapse with the end of the parliamentary term, guaranteeing a "clean slate" to the new Parliament post-election]). Power in democracy is always temporary in nature (cf. Dreier, in: Dreier, GG, vol. 2, 2nd ed. 2006, Art. 20 <Demokratie> para. 79). This implies that, in accordance with the will of the people as expressed through elections, subsequent legislatures must be able to revise, within the limits set by the Basic Law, legislative acts undertaken by earlier legislatures [...]. It would be incompatible with this concept if a parliament could bind subsequent legislatures during later parliamentary terms and limit their ability to rescind or correct past legislative decisions. Otherwise, political views would be set in stone [...]. Moreover, the act of approval required pursuant to Art. 59(2) first sentence GG is intended to give an international treaty that is applicable at the domestic law a sufficient level of democratic legitimation [...], not lower such level. It is designed to protect the legislature's discretion [...]. It would run counter to that freedom if Art. 59(2) first sentence GG were to be interpreted as "blocking any change" (*Änderungssperre*) for the future [...].

In addition, in contrast to the executive and judicial branches, the legislature is bound only by the constitutional order, not by ordinary law, pursuant to Art. 20(3) GG. The legislature should certainly be able to amend or revise the law, subject to the limits set by the Constitution. It is thus specifically the legislature which ought to be free of constraints imposed by ordinary statutory law [...]. If the legislature were to forfeit its power to make law to the extent that it approved international treaties by way of a federal statute, this would bind it in a manner that runs contrary to Art. 20(3) GG [...].

Furthermore, the legislature does not have the competence to denounce international treaties. If ratifying an international treaty indeed meant that the legislature had thereby bound itself, it

would permanently forfeit its power to enact legislation (cf. BVerfGE 68, 1 <83, 85 and 86>). However, since the principle of democracy forbids the legislature from being permanently bound by legislative acts of its predecessors, and since the legislature simultaneously lacks the power to terminate international treaties containing provisions that it no longer approves of, it must at least, within its area of competence, be able to enact legislation that diverges from what was agreed under international law.

Finally, just like any other domestic law, the act of approval to an international treaty does not – from the perspective of those participating in legal relationships and transactions – constitute a guarantee that no diverging statute will be enacted. [...].¹⁰

A partir de lo anterior, se puede construir un argumento según el cual el Artículo 135 de la CP no puede ser leído como una negación del principio democrático, menos cuando se trata del poder constituyente que por primera vez redactará una Constitución a través de una Convención Constitucional.

3. La dictación de legislación interna que, en principio puede contradecir un tratado, no necesariamente constituye una violación de las obligaciones internacionales de los Estados

Se suele dar por hecho que el examen de compatibilidad entre una norma de derecho interno y las obligaciones del Estado bajo el derecho internacional se puede hacer en forma casi automática. A continuación, veremos por qué eso no es así. Al examinar esta cuestión se deben hacer algunas distinciones conceptuales importantes. En primer lugar, puede existir una norma interna que aparentemente esté en contradicción con lo dispuesto en un tratado internacional. Sin embargo, de eso no se sigue necesariamente que ese Estado incurra en responsabilidad internacional. Como bien lo señala la propia Comisión de Derecho Internacional al comentar el Artículo 2 de los ARSIWA, no basta con la violación de una norma de derecho internacional sino que lo que importa para los efectos del establecimiento de responsabilidad internacional es que se viole una obligación internacional.¹¹ Por lo tanto, no todas las conductas que podrían ser calificadas como ilícitas

¹⁰ BVerfG, Order of the Second Senate de 15 de diciembre de 2015 - 2 BvL 1/12 -, párrafos 1-26. Disponible en: http://www.bverfg.de/e/ls20151215_2bvl000112en.html

¹¹ Párrafo 13 de los Comentarios de la CDI a los ARSIWA.

por contradecir un tratado o el derecho internacional general dan lugar a responsabilidad internacional y esto debe ser tomado en cuenta cuando se diseña la relación entre el derecho internacional y el derecho interno.

Ian Brownlie da varios ejemplos de situaciones que podrían ser calificadas como ilícitas pero que no envuelven responsabilidad internacional. Así, un Estado A podría promulgar un decreto por el cual reclama o asume un título de soberanía sobre un determinado territorio. El Estado B podría considerar que este reclamo se superpone a su propio reclamo de soberanía sobre ese territorio. El Estado B protestará, alegará que el reclamo del Estado A es ilegal y se reservará sus derechos, pero el hecho de la simple afirmación de soberanía no generará responsabilidad internacional para el Estado A.¹² Por lo tanto, cuando el Artículo 1º de los ARSIWA dispone que: “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”, se debe leer esta disposición conjuntamente con el Artículo 2º, que exige la violación de una obligación internacional. Al respecto Brownlie agrega que debe ser una obligación de aquellas cuya violación es capaz de generar responsabilidad.¹³ Un Estado podría reclamar un mar territorial de 200 millas marinas, lo que no es compatible con las reglas del derecho internacional del mar, pero en la medida que no interfiera con los derechos de terceros Estados, no se generará responsabilidad internacional. Esta es la forma en que el derecho internacional regula, en general, las consecuencias de la ilicitud, requiriendo algo más que la ilicitud en abstracto.

Adicionalmente, la sola dictación de una norma interna que, en principio, contradice una obligación internacional del Estado de aquellas que pueden dar lugar a responsabilidad internacional, tampoco implica *ipso facto* la existencia de responsabilidad internacional. El artículo 12 de los ARSIWA dispone que:

Artículo 12. Existencia de violación de una obligación internacional
Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

¹² Brownlie, Ian, *System of the Law of Nations. State Responsibility Part I*, (Oxford University Press), 1983, p. 26.

¹³ Id., p. 30.

El comentario de la CDI deja claro que para determinar la existencia de responsabilidad no bastará con constatar que existe una contradicción entre la conducta del Estado y una obligación internacional ya que será necesario examinar varias condiciones adicionales relativas a la existencia de la obligación, la interpretación y aplicación de la obligación en el contexto de su objeto y fin, y la existencia de circunstancias que excluyen la ilicitud.¹⁴ Y, algo que el comentario de la CDI no señala pero que es obvio: la necesidad de que exista un reclamo sobre la existencia de una violación del derecho internacional. Si se trata de obligaciones que otorgan un derecho a personas privadas, el reclamo de la existencia de una violación tendría que proceder de alguna de las personas afectadas.

Y en el comentario final a este Artículo 12 la CDI señala que, si bien la sola dictación de una ley que no está en conformidad con la obligación puede implicar responsabilidad estatal, existen casos en que habrá que esperar a ver cómo esa ley se implementa para poder determinar la responsabilidad internacional del Estado.¹⁵ En materia de derechos humanos, en particular, se puede decir que, en general, la sola dictación de una ley que contradice la obligación internacional hace incurrir al Estado en responsabilidad, ya que en el ámbito de los derechos humanos los Estados deben no sólo abstenerse de violar los derechos humanos sino que también prevenir tales violaciones. Por lo tanto, si un Estado dicta una ley de censura, no importa que no haya censurado todavía ningún libro, la existencia de tal ley en sí misma será constitutiva de una violación de la obligación de prevención. Pero hay muchos otros casos en que la dictación de la ley no bastará para concluir que el Estado ha incurrido en responsabilidad, sino que habrá que ver cómo esa ley se implementa.

En el caso de las normas constitucionales, muchas de las cuales no contienen una regulación detallada de las materias de que tratan, sino que los principios a los que debe ceñirse la legislación que posteriormente se dictará, es muy probable que no se pueda determinar una violación del derecho internacional con anticipación a la dictación de la legislación más específica.

¹⁴ ARSIWA, Comentario (1) al Artículo 12.

¹⁵ ARSIWA, Comentario (12) al Artículo 12.

4. La determinación de una violación de una obligación internacional por las autoridades nacionales tiene impacto en la conducción de la política internacional, lo que exige cierta “deferencia interpretativa” respecto de la compatibilidad entre normas internas con las normas del derecho internacional

La determinación que puede realizar un órgano estatal sobre una violación de las obligaciones internacionales que pesan sobre el Estado tiene implicaciones internacionales. Desde luego, esa determinación puede significar un reconocimiento de responsabilidad internacional. Por otra parte, se puede generar un conflicto de competencias, toda vez que, conforme a la actual constitución, las relaciones internacionales las conduce el Presidente de la República.

En los Estados Unidos el tema de la regulación constitucional de la política internacional del país ha atraído el interés tanto de los constitucionalistas como de los internacionalistas. Uno de los primeros en escribir sobre este tema fue Louis Henkin en su libro *Foreign Affairs and the US Constitution*, en el que se refiere principalmente a la distribución de los poderes estatales en la conducción de las relaciones internacionales de los Estados Unidos.¹⁶ El tema ha ganado creciente interés en la literatura y actualmente se puede comparar cómo distintos sistemas jurídicos nacionales abordan la relación del derecho internacional y el derecho doméstico en su legislación nacional.¹⁷ En el contexto del rol que cumplen los diversos órganos nacionales en áreas que se relacionan con la política internacional de un país, el tema de la interpretación de los tratados internacionales involucra muy especialmente a los tribunales domésticos y al poder ejecutivo, poniendo de relieve que a ambos poderes les puede corresponder, en el ejercicio de sus funciones, interpretar tratados internacionales. El poder ejecutivo, como conductor de las relaciones internacionales del Estado es quien interpreta los tratados frente a los otros Estados contratantes. Y el poder judicial podría tener que interpretar esos mismos tratados para resolver las disputas que lleguen a su conocimiento. Probablemente la necesidad de coherencia en la posición de los diversos órganos del Estado frente a la interpretación de sus obligaciones internacionales ha llevado a que en muchos países existan algunos principios que contribuyen a conseguir esa coherencia.

Entre esos principios, los siguientes son importantes para los efectos del análisis del art. 135: (1) El principio de deferencia en la interpretación del

¹⁶ Henkin, Louis, *Foreign Affairs and the United States Constitution*, (Oxford University Press) 1996).

¹⁷ Bradley, Curtis, *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, (Oxford University Press), 2019.

ejecutivo respecto de los tratados y (2) El principio de que las leyes deben ser interpretadas de manera de no comprometer la responsabilidad del Estado. Respecto del primero de los principios enunciados, en Estados Unidos la Corte Suprema ha indicado que los tribunales deben otorgar un peso significativo a la interpretación del ejecutivo respecto de los tratados internacionales.¹⁸ En cuanto al segundo principio, en el *Restatement (Third) of the Foreign Relations of the United States Law* se señala que: “Where fairly possible, a United States statute is to be construed so as not to conflict with international law or with an international agreement of the United States”. En el caso de Alemania, el Tribunal Constitucional Federal también ha aceptado este principio.¹⁹

El principio de “deferencia interpretativa” se aplica a los tribunales nacionales que tienen el poder de solucionar las controversias que se suscitan dentro de sus respectivas jurisdicciones. Ciertamente en el debate entre las diversas fuerzas políticas presentes en la Convención sobre eventuales contradicciones de las normas de la nueva constitución con los tratados internacionales no sería realista pensar que esas fuerzas se sujetarán, como lo haría un tribunal, al principio de la “deferencia interpretativa”. Esto demuestra que la Convención probablemente no es el lugar más adecuado para una discusión jurídica sobre la compatibilidad entre el texto de la nueva constitución y las obligaciones internacionales del Estado.

Habiendo identificado estos tres aspectos fundamentales de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, podemos analizar si es correcto o no dar al Artículo 135 de la CP una lectura que llama a realizar un examen de compatibilidad sustantiva entre el texto de la nueva constitución y los tratados internacionales. Todo indica que la respuesta es negativa. El funcionamiento de la democracia no permite que se empleen los tratados internacionales para congelar la voluntad popular. Adicionalmente, la existencia de una violación de las obligaciones internacionales de los Estados no es una cuestión que puede resolverse *ipso facto*. Y por último, la arena que es donde

18 Bradley, Curtis, *International Law in the U.S. Legal System*, (Oxford University Press), 2021 (3rd ed.), p. 70.

19 En su sentencia del 15 de diciembre de 2015 el Tribunal Constitucional Federal de Alemania señala lo siguiente: “In the case-law of the Chambers of the Federal Constitutional Court, this has been specified to require that if the relevant methodological principles of interpretation allow for a statute to be interpreted in several possible ways, then the interpretation that is open to international law is generally to be preferred (cf. BVerfGK 10, 116 <123>; BVerfG, Order of the Second Chamber of the Second Senate of 8 December 2014 – 2 BvR 450/11 –, NVwZ 2015, p. 361 <364>; similarly Proelß, in: *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern*, vol. 1, 2009, p. 553 <556 et seq.>.”

se desplegará el debate sobre el respeto a los tratados internacionales no es el lugar adecuado para discutir sobre la eventual responsabilidad internacional del Estado, que es una pregunta jurídica que requeriría necesariamente la intervención de un tribunal, que en este caso no existe y que si existiera debería aplicar la deferencia interpretativa, asumiendo que las decisiones del poder constituyente, en principio, no contradicen las obligaciones internacionales del Estado.

DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO CHILENO. ANÁLISIS Y PROPUESTAS

*Sebastián López Escarcena*¹

Resumen

Este artículo tiene por objeto contribuir al proceso constituyente chileno en una de las muchas materias que este tendrá que abordar: el de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. A tal efecto, analiza los principales problemas que se presentan en este ámbito. Concretamente, los de la incorporación del derecho internacional en el derecho interno, y de la jerarquía normativa del primero respecto del segundo. Después de ponderar brevemente la real importancia que tiene la Ley N° 21.200 para nuestro proceso constituyente, el artículo examina la actual regulación constitucional relativa a la incorporación y jerarquía de la costumbre internacional y de los tratados en Chile, y se plantea cuáles de las normas vigentes debieran pasar a una nueva Constitución, cuáles no, y que otras sería conveniente agregar a esta, a fin de facilitar y fortalecer la inserción internacional de nuestro país en un mundo irreversiblemente globalizado.

Palabras clave

Tratados internacionales, derechos humanos, nueva Constitución

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y director de su Departamento de Derecho Internacional. 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. Algunas de las ideas expuestas en este trabajo se pueden encontrar en los artículos titulados “A modo de presentación: el derecho internacional en la Constitución política” y “La jerarquía normativa en Chile frente al control de convencionalidad”, a publicarse en Sebastián López Escarcena (ed.), *Temas de derecho internacional para el diálogo constitucional chileno* (Ediciones UC), 2021.

1. Introducción

En el derecho comparado, las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno comprenden dos problemas estrechamente vinculados entre sí: la incorporación del derecho internacional en el derecho nacional, por un lado, y la jerarquía del derecho internacional en el derecho interno, por otro.² Si bien las soluciones que se ofrecen a este respecto son variadas, no siempre las Constituciones se refieren al derecho internacional. Cuando así ocurre, usualmente le asignan un rol protagónico al poder ejecutivo en las negociaciones internacionales y en la celebración de tratados, el cual a su vez limitan por medio de la aprobación parlamentaria y de la revisión judicial de los acuerdos internacionales.³ De acuerdo a un estudio publicado por el *Comparative Constitutions Project*, de un total de 365 Constituciones dictadas a partir de 1789, unas pocas cartas fundamentales mencionan a la costumbre internacional, menos son las que la declaran directamente aplicable en el ámbito interno, y un número más bien reducido de Constituciones hace referencia a instrumentos jurídicos específicos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Carta de la ONU de 1945, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, los Pactos de Derechos Humanos de la ONU de 1966, o la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.⁴ No son muchas tampoco las Constituciones que incorporan instrumentos jurídicos específicos en el derecho interno respectivo, o le reconocen a los tratados un rango supra-legal en la jerarquía normativa

2 Sobre las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional ver e.g. Nijman, Janne, y Nollkaemper, André (eds.), *New Perspectives on the Divide between National & International Law* (Oxford University Press), 2007; Shelton, Dinah (ed.), *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion* (Oxford University Press), 2011; y Björgvinsson, David Thór, *The Intersection of International Law and Domestic Law: A Theoretical and Practical Analysis* (Edward Elgar Publishing), 2015.

3 Ver Verdier, Pierre-Hugues, y Versteeg, Mila, “Modes of Domestic Incorporation of International Law”, en Sandholtz, Wayne, y Whytock, Christopher (eds.), *Research Handbook on the Politics of International Law* (Edward Elgar Publishing), 2017, pp. 150 & 152-158. Ver también Peters, Anne, “The Globalization of State Constitutions”, en Nijman, Janne, y Nollkaemper, André (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law* (Oxford University Press), 2007, p. 294.

4 Ver Ginsburg, Tom, Chernykh, Svitlana, y Elkins, Zachary, “Commitments and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law”, en *University of Illinois Law Review*, 1, (Universidad de Illinois), 2008, pp. 207-210.
El *Comparative Constitutions Project* está dirigido por Zachary Elkins (Universidad de Texas en Austin), Tom Ginsburg (Universidad de Chicago) y James Melton (*University College* de Londres). El proyecto comenzó en la Universidad de Illinois, donde estos académicos trabajaban entonces, y su objetivo es proporcionar una base de datos comprensiva de las Constituciones del mundo. El proyecto está disponible en <http://comparativeconstitutionsproject.org/>

nacional correspondiente.⁵ Desde este punto de vista, la situación del derecho internacional en Chile no es tan anómala. No obstante, la tendencia comparada actual es asignarle un lugar cada vez más destacado a las fuentes del derecho internacional en las Constituciones políticas, al menos en las dictadas con posterioridad a 1990.⁶

Tal como las que la antecedieron, nuestra actual Constitución Política de la República (CPR) no cuenta con una regulación orgánica de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, sino que con un conjunto de disposiciones dispersas que se refieren a diversos aspectos del derecho internacional de manera más bien accesoria, a propósito del ejercicio de la soberanía (artículo 5, inciso segundo), de las atribuciones especiales del Presidente de la República (artículo 32 N° 15), de las atribuciones exclusivas del Congreso Nacional (artículo 54 N° 1), y de las atribuciones que son propias del Tribunal Constitucional (artículo 93 N° 1, 3 y 6). A falta de una regulación orgánica, han sido la jurisprudencia y la doctrina nacionales las que se han encargado de precisar y sistematizar las soluciones a este problema. Una nueva Constitución para Chile nos ofrece la inmejorable oportunidad de volver sobre este importante asunto, y preguntarnos cómo reglar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, de la manera más adecuada posible. Esto es lo que busca responder el artículo que sigue a continuación. Con este objetivo, comienza por revisar ciertas particularidades que la Ley N° 21.200 le imprime al proceso constituyente chileno, para después ver cómo se incorpora el derecho internacional en Chile y de qué manera se relacionan los tratados con el derecho chileno, no solo desde la perspectiva de su regulación actual en la CPR, sino pensando en cuáles de estas normas debieran pasar a una nueva Constitución, y qué otras convendría añadir a esta.

5 Ver Ginsburg, Chernykh y Elkins, ob. cit., pp. 207-210. Respecto a la jerarquía del derecho internacional en el derecho interno comparado ver Peters, ob. cit., pp. 260-270, 294 & 295; y Bartolini, Giulio, “A Universal Approach to International Law in Contemporary Constitutions: Does It Exist?”, en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 3/4, (Edward Elgar Publishing), 2014, pp. 1296-1314.

6 Ver Bartolini, ob. cit., p. 1295. Ver también Peters, ob. cit., pp. 254, 260, 262-263, 272 & 294-296; Bartolini, ob. cit., pp. 1296-1314; y Verdier y Versteeg (2017), ob. cit., pp. 514-515. En cuanto a las promulgadas con anterioridad a 1990, ver Bartolini, ob. cit., pp. 1292-1293, 1296, 1301 & 1310. Sobre al derecho internacional en las constituciones latinoamericanas dictadas después de 1945 ver Franck, Thomas, y Thiruvengadam, Arun, “International Law and Constitution-Making”, en *Chinese Journal of International Law*, 2/2, (Oxford University Press), 2003, pp. 510-514.

2. Particularidades del proceso constituyente

El 24 de diciembre de 2019, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.200 que modificó el Capítulo XV de la CPR, que trata sobre la reforma de esta y el procedimiento para elaborar una nueva carta fundamental. Esta ley introdujo una disposición novedosa, que establece algunos límites para el poder constituyente. Se trata del artículo 135, cuyo inciso final señala: “El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Esta disposición es la expresión jurídica del acuerdo político alcanzado en el seno de la Comisión Técnica que redactó el proyecto de Ley N° 21.200. Cabe destacar que, pese a las diferencias políticas e ideológicas existentes entre los integrantes de dicha comisión, el inciso final del artículo 135 no fue particularmente discutido en este cuerpo colegiado ad hoc, conformado por especialistas propuestos por los distintos partidos políticos que llegaron al Acuerdo por la Paz Social y Nueva Constitución del 15 de noviembre de 2019. Esto es, la coalición de partidos Frente Amplio, y los partidos Socialista de Chile (PS), Democracia Cristiana (DC), Evolución Política (Evópoli), Renovación Nacional (RN) y Unión Demócrata Independiente (UDI).⁷

Sin embargo, a pesar de la novedad que pudiera representar una cláusula como el inciso final del artículo 135 para un proceso constituyente, su importancia es más aparente que real, tanto por su contenido como por su aplicación, que no solo es eventual, sino que depende de la realidad política subyacente al trabajo de la Convención Constitucional, y se agota en este. ¿Cuál es el contexto normativo de dicha disposición? Como indica el inciso primero del artículo 135, “[l]a Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes”. Agrega su inciso segundo que “[m]ientras no entre en vigencia la Nueva Constitución en la forma establecida en este epígrafe, esta Constitución seguirá plenamente vigente, sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla”. Su inciso tercero, en tanto, declara que:

En conformidad al artículo 5°, inciso primero, de la Constitución, mientras la Convención esté en funciones la soberanía reside esencialmente en la Nación y es ejercida por el pueblo a través

⁷ Las sesiones de esta Comisión Técnica están disponibles en <https://tv.senado.cl/>

de los plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y las leyes determinan y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Le quedará prohibido a la Convención, a cualquiera de sus integrantes o a una fracción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución.

El inciso final del artículo 135 viene a complementar estas disposiciones. La expresión “deberá respetar”, que ahí se utiliza, nos indica que estamos ante un mandato jurídico, similar al que podemos encontrar en el inciso segundo del artículo 5 de la CPR, a cuyo inciso primero hace un reenvío el inciso tercero del artículo 135. Desde esta perspectiva, el inciso final de esta disposición no hace más que mencionar algunas de las características que son propias de la preeminencia del derecho, mejor conocida como estado de derecho.⁸ De esta manera, un estado donde prevalece el derecho debe respetar las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas. Dado que el artículo 135 de la CPR no distingue entre decisiones judiciales nacionales e internacionales, no correspondería al intérprete restringir su ámbito de aplicación a unas u otras. Esto, además, se conforma con lo dispuesto por el derecho internacional al respecto, ya que el incumplimiento por el estado de Chile de una resolución dictada en su contra por un tribunal internacional ocasionaría su responsabilidad internacional. ¿Cómo podría la Convención Constitucional no respetar una sentencia firme y ejecutoriada? La verdad es que cuesta encontrar ejemplos. Uno factible, pero muy poco probable, sería que dicha convención establezca el empleo del paralelo para determinar el límite marítimo con Perú, en vez de la delimitación que fijó la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia del 27 de enero del 2014.⁹ Aquí, la Convención Constitucional no solo estaría yendo en contra del mandato jurídico del inciso final del artículo 135 de la CPR, sino que incumpliría una sentencia de un tribunal internacional, generando la responsabilidad del Estado de Chile.

Igual de improbable sería una contravención del límite impuesto a la Convención Constitucional en dicho artículo, respecto del “carácter de República

8 Respecto a la preeminencia del derecho ver e.g. L. Heuschling, Luc, *Etat de droit - Rechtsstaat - Rule of Law* (Éditions Dalloz), 2002; y Bingham, Tom, *The Rule of Law* (Penguin Books), 2011.

9 Consistente en el paralelo geográfico hasta las 80 millas marinas desde la costa, y una línea trazada por este tribunal en base al principio de equidistancia a partir de esta distancia. En cuanto al caso de Perú contra Chile ver en general López Escarcena, Sebastián, “La disputa marítima entre Perú y Chile. Comentario de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 27 de enero de 2014”, en *Revista Chilena de Derecho*, 41/3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.

del Estado de Chile” y de “su régimen democrático”. Un ejemplo hipotético, pero más que incierto, sería que la convención constituyente establezca un sistema donde el soberano detente un poder absoluto, acompañado de una asamblea u otro ente colegiado consultivo. Si ya nuestro perenne hiperpresidencialismo no ha ido en contra del régimen republicano y democrático chileno, es difícil pensar en ejemplos que violen lo dispuesto sobre este punto en el inciso final del artículo 135.¹⁰ Algo parecido puede decirse en relación a los tratados internacionales. Definidos por el artículo 2.1.a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT) como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”, estos establecen obligaciones internacionales que el estado parte debe necesariamente cumplir.¹¹ De no hacerlo, Chile cometería un hecho internacionalmente ilícito, definido en el artículo 2 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (ARE) como “un comportamiento consistente en una acción u omisión [...] atribuible al Estado según el derecho internacional; y [que] [c]onstituye una violación de una obligación internacional del Estado”.¹²

Al regular la observancia de los tratados, la CVDT prescribe que son los principios de *pacta sunt servanda* y de buena fe los que deben guiar a los estados parte. Es así como el artículo 26 declara que “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Esta disposición debe ser complementada con el artículo 27, que señala: “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.¹³ Al ser una norma de responsabilidad inter-

10 Últimamente, esta característica del régimen de gobierno presidencialista chileno ha sido puesta en duda.

Ver e.g. Fontaine, Arturo, *La pregunta por el régimen político. Conversaciones chilenas. Ensayo* (Fondo de Cultura Económica), 2021, pp. 21-22.

11 La CVDT está vigente en Chile desde 1981.

Aun cuando a la fecha Chile no ha firmado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986, debiera entenderse que los acuerdos internacionales ahí definidos también están incluidos en el artículo 135 de la CPR. El contenido de este tratado es muy similar al de la CVDT de 1969, por lo que muchas de sus normas podrían utilizarse como prueba de costumbre internacional.

12 Los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional el 2001, están disponibles en <https://legal.un.org/ilc/reports/2001/spanish/chp4.pdf>

13 La Convención de Viena de 1986 contiene disposiciones equivalentes en sus arts. 26 y 27.

nacional, los ARE la repiten en su artículo 32, pero para todas las obligaciones internacionales, no solo las de naturaleza convencional.¹⁴ De este modo, el inciso final del artículo 135 de la CPR se adecua al sistema de responsabilidad internacional. Vale decir, independiente de lo que disponga la nueva carta fundamental, el estado de Chile seguirá estando obligado por los tratados que están en vigor y deberá cumplirlos de buena fe, no pudiendo excusarse en su derecho interno para dejar de hacerlo. Al respecto, es extenso el alcance de la cláusula de limitación del poder constituyente que establece el artículo 135 de la CPR, pues no se restringe a cierto tipo de acuerdos internacionales, sino que incluye a todos los que están vigentes en Chile, que son cientos y en las más diversas áreas. Este deber de respeto se vincula adecuadamente con las otras limitaciones que le impone al poder constituyente el inciso final de dicha disposición. Siendo Chile una república democrática, no solo sus autoridades políticas deben elegirse periódicamente, sujetarse a derecho y ser responsables por su comportamiento contrario a este, sino que además debe existir una separación de poderes institucionalizada que vele por lo anterior, permitiendo que la prevalencia del derecho sea efectiva. El cumplimiento de las obligaciones internacionales es uno de los aspectos fundamentales de esta. En un estado de derecho, todas las personas, tanto públicas como privadas, deben estar reguladas por normas jurídicas creadas de manera pública, que rijan generalmente para el futuro y que sean interpretadas y aplicadas por tribunales de justicia.¹⁵

Los tratados que incluye el artículo 135 de la CPR son todos los que Chile haya celebrado con otros estados que se encuentren actualmente en vigor, cualquiera sea la materia que estos regulen.¹⁶ Así como los acuerdos internacionales que establecen las fronteras de Chile con sus vecinos no se verán afectados por lo que disponga una nueva carta magna, todos los otros tratados que estén vigentes también seguirán obligando internacionalmente a nuestro

14 Sobre el artículo 27 de la CVDT como norma de responsabilidad ver Villiger, Mark, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers), 2009, pp. 370-371; y Schmalenbach, Kirsten, "Article 27: Internal Law and Observance of Treaties", en Dörr, Oliver, y Schmalenbach, Kirsten (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer-Verlag), 2012, pp. 453-455, 457, 460-461 & 462.

15 Ver Bingham, ob. cit. p. 8. Ver también *ibid.*, pp. 37-109. Cf. Peters, ob. cit., pp. 271-272.

16 Además de estos, debieran considerarse incorporados al artículo 135 de la CPR los tratados celebrados con organizaciones internacionales que estén vigentes. No siendo tratados, queda excluido de esta norma todo otro instrumento que no sea internacionalmente obligatorio: por ejemplo, la mayoría de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU.

estado, que deberá cumplirlos de buena fe.¹⁷ Corresponde subrayar que el inciso final del artículo 135 de la CPR encuentra su legitimidad en la misma soberanía que le permite al Estado de Chile darse una nueva carta fundamental. En efecto, el poder político no solo se limita a través de normas constitucionales, sino que también por medio de obligaciones internacionales libremente contraídas, como las que pueden encontrarse en los tratados vigentes en Chile. Es esto lo que permite que en nuestro país haya un estado de derecho. Al ser soberano, Chile puede poner término a estos acuerdos internacionales. Para esto, sin embargo, deberá cumplir las normas correspondientes que establezcan estos tratados, junto con las aplicables de la sección tercera de la CVDT.¹⁸ Esto ya lo reconoce la carta fundamental en el inciso quinto del artículo 54 N° 1, que declara: “[l]as disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Es de esperar que una disposición como esta, similar a la que contiene el artículo 96.1 de la Constitución Española de 1978, se mantenga en una nueva carta magna chilena. El inciso final del artículo 135 de la CPR no afecta, por tanto, la facultad soberana de poner término a los tratados. De este modo, dicho inciso no hace más que reconocer la limitación al poder constituyente que el Estado de Chile ha acordado soberanamente a lo largo de los años, en casi el millar de tratados que tiene hoy en vigor.

Siendo cientos, ¿hasta qué punto limitan los tratados internacionales el trabajo de la Convención Constitucional? Lo cierto es que poco. Los acuerdos internacionales tienden a incluir regulaciones generales, en las más distintas materias. Y cuando son específicas, usualmente poco tienen que ver con la labor a la que está llamada a desempeñar una convención constituyente. Puestos a encontrar un ejemplo de incumplimiento, podríamos pensar en alguna disposición constitucional que contemple la nacionalización de los recursos naturales, mediante el pago de una indemnización justa. Vale decir, en la medida de las posibilidades del estado chileno. Como ya vimos, al ser un órgano estatal, la convención constituyente podría hacer que Chile incurra

¹⁷ Tal como Bolivia no pudo llegar al Océano Pacífico con soberanía, en virtud del derecho establecido en ese sentido en su Constitución, Chile no podría recuperar la Patagonia argentina, por el solo hecho de declarar que esta le pertenece o que tiene un derecho irrenunciable a ella. El voluntarismo jurídico en materia de fronteras encuentra su límite en los tratados que las establecen. En otras materias, la relación entre derecho constitucional y derecho internacional no es diferente.

¹⁸ Respecto a la terminación de tratados en la CVDT ver e.g. Villiger, ob. cit. pp. 681-689, 695-706 & 720-81.

en responsabilidad internacional. Sin embargo, en este caso no sería la mera declaración de dicha convención la que haga responsable internacionalmente al estado chileno, pues esta surgiría con las medidas legislativas y administrativas que otros órganos adopten posteriormente y que resulten expropiatorias, sea de manera directa o indirecta.¹⁹

3. Cómo incorporar el derecho internacional

En Chile, hay una larga tradición de reconocer a la costumbre internacional como parte integral del sistema jurídico doméstico.²⁰ La Corte Suprema, por ejemplo, se ha inclinado con cierta constancia por la aplicación inmediata de la costumbre internacional en Chile: esto es, sin necesidad de acto interno de incorporación alguno.²¹ Si bien parte de la jurisprudencia y la doctrina nacionales considera que la costumbre internacional se incorpora en forma automática al ámbito interno, lo cierto es que por lo general se requiere de un acto declarativo doméstico de carácter judicial o administrativo, como una resolución de un tribunal de justicia, que haga a la correspondiente norma internacional consuetudinaria aplicable en el derecho chileno.²² Así, esta es adoptada por el derecho interno, y la norma consuetudinaria respectiva no pierde su carácter de internacional.²³ Por esta razón, al aplicar la costumbre

19 En cuanto a la expropiación en el derecho internacional ver en general López Escarcena, Sebastián, *Indirect Expropriation in International Law* (Edward Elgar Publishing), 2014.

20 Ver e.g. Corte Suprema, J. Lauritzen y otros con Fisco, sentencia de fecha 19 de diciembre de 1955, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 52/2, (Imprenta Cervantes), 1955. Este caso también es conocido como el de los barcos daneses.

Corresponde señalar que, hasta la modificación constitucional del 2005, la CPR no hacía referencia alguna al derecho internacional general. Ese año se agregaron al artículo 54 N° 1 un par de menciones a las “normas generales de derecho internacional”, en relación con la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a tratados, y con la terminación, modificación o suspensión de éstos.

Ver Ribera, Teodoro, y Gornig, Gilbert, *Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno en Europa y Sudamérica* (Editorial Aranzadi), 2016, pp. 114-115.

21 Ver *ibid.*, pp. 115-116.

22 En la práctica, sólo de manera excepcional se aplicará automáticamente la costumbre internacional en Chile. Por ejemplo, podría ocurrir que las partes de un contrato acuerden hacer un reenvío a esta, para efectos de regular determinados aspectos del acuerdo en cuestión. De no haber conflicto entre ellas respecto a la implementación de dicho contrato, la costumbre internacional no requerirá de un acto declarativo doméstico para ser aplicada en el derecho interno. En caso de conflicto, no obstante, se requerirá que un tribunal doméstico la identifique y determine su contenido, adoptándola en el derecho nacional y haciéndola aplicable en el ámbito interno.

23 En otras palabras, en Chile el derecho internacional general no se transforma en derecho nacional, sino que sólo se le declara aplicable internamente.

Ver Dupuy, Pierre Marie, “International Law and Domestic (Municipal) Law”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press), 2011, párrafos 47-49.

Sobre las consecuencias de adoptar el derecho internacional en el ámbito interno, ver *ibid.*, párrafos 57-59. Ver también Ribera y Gornig, *ob. cit.*, pp. 32-34.

internacional en el derecho interno se debe tener en cuenta su contenido a la fecha en que es invocada, lo que incluye desarrollos recientes que hayan tenido lugar con posterioridad al acto judicial o administrativo que la adoptó en el ámbito interno.²⁴

En cuanto a los tratados, la CPR habla de ellos, pero no los define.²⁵ Puesto que los acuerdos internacionales son expresiones de la voluntad política de los estados, su celebración queda en manos del más dinámico de sus poderes: el ejecutivo, quien lleva a cabo las negociaciones correspondientes y manifiesta el consentimiento estatal en obligarse internacionalmente. A fin de conferirle mayor legitimidad a los compromisos así asumidos, las constituciones políticas de numerosos estados le dan a sus poderes legislativos la oportunidad de pronunciarse a este respecto, que es justamente lo que ocurre en Chile.²⁶ De acuerdo al artículo 32 N° 15 de CPR, es una atribución exclusiva del Presidente de la República “[c]onducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° 1”.²⁷ La regla general es, por tanto, que los tratados requieren de aprobación parlamentaria, previa a su ratificación. Como

24 Ver Dupuy, ob. cit., párrafo 100. Ver también *ibid.*, párrafo 101. Respecto a la interpretación del derecho internacional consuetudinario en el ámbito doméstico ver *ibid.*, párrafos 112-115.

25 Salvo la CPR de 1925, que hacía referencia a “tratados” y “otras convenciones”, los otros textos constitucionales chilenos previos a 1980 también utilizaron la expresión “tratados internacionales”. Ver Orrego Vicuña, Francisco, y Orrego Bauzá, Francisco, “Chile”, en Hollis, Duncan, Blakeslee, Merritt, y Ederington, L. Benjamin (eds.), *National Treaty Law and Practice: Dedicated to the Memory of Monroe Leigh* (Martinus Nijhoff Publishers), 2005, pp. 123-124.

26 Ver *ibid.*, pp. 125-126. Ver también Peters, ob. cit., pp. 282-283; y Verdier, Pierre-Hughes, y Versteeg, Mila, “International Law in National Legal Systems: An Empirical Investigation Exploring Comparative International Law”, en *American Journal of International Law*, 109/3, (Sociedad Americana de Derecho Internacional), 2015, pp. 518-522.

27 La misma disposición agrega que: “Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere”.

El artículo 32 N° 8, por su parte, señala que el Presidente puede:

[d]esignar a los embajadores y ministros diplomáticos, y a los representantes ante organismos internacionales. Tanto estos funcionarios como los señalados en el N° 7° precedente [i.e., los ministros de estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores], serán de la confianza exclusiva del Presidente de la República y se mantendrán en sus puestos mientras cuenten con ella.

Ambos numerales de esta disposición formaban parte, en lo esencial, del artículo 72 N° 5 y 16 de la CPR de 1925. La única diferencia con la regulación actual, de alguna relevancia, es que el artículo 72 N° 5 requería la aprobación del Congreso para la designación de embajadores y agentes diplomáticos. Se pueden encontrar antecedentes de estas disposiciones en el artículo 82 N°s 6 y 19 de la CPR de 1833, que regulaba las atribuciones especiales del Presidente de la República.

El artículo 31 N°s 8 y 15 del proyecto de CPR, enviado por el gobierno de Michelle Bachelet al Congreso a principios del 2018, replica lo dispuesto por el actual artículo 32 N°s 8 y 15 de la CPR.

indica el artículo 54 N° 1 de la CPR, es una de las atribuciones del Congreso Nacional “[a]probar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación”. La doctrina ha calificado a esta atribución exclusiva del Congreso como una formalidad habilitante, sin la cual el Presidente no puede proceder a dictar el acto administrativo posterior de ratificación del tratado.²⁸ Esta no se encuentra regulada en la CPR, sino que en la CVDT, como una de las formas de manifestar el consentimiento para obligarse por un tratado.²⁹ En la práctica chilena, la ratificación es un acto solemne mediante el cual el Estado expresa justamente esa voluntad. Siendo de carácter discrecional, no hay un plazo establecido para ratificar, ni existe una obligación de hacerlo, por lo que el estado no contrae responsabilidad internacional alguna si no ratifica un tratado, incluso si se trata de uno que ya fue aprobado por el Congreso Nacional.³⁰

A partir de la reforma constitucional del 2005, el inciso primero del artículo 54 N° 1 agrega que la aprobación parlamentaria requerirá del quorum correspondiente, de acuerdo al artículo 66. Esto quiere decir que el quorum respectivo va a depender de las normas que contenga el tratado en cuestión. Podrá ser, por consiguiente, de 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio, si estas corresponden a una ley interpretativa de la CPR; de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio, si son propias de ley orgánica constitucional; de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, si estas corresponden a una ley de quorum calificado; o de la mayoría de los miembros presentes de cada cámara del Congreso, si son propias de ley simple.³¹ Someter un tratado a aprobación parlamentaria es una atribución exclusiva del Presidente de la República. Podrá hacerlo tanto a la Cámara de Diputados como al Senado, donde el comité de relaciones exteriores respectivo emite un informe, el cual

28 Ver e.g. Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 116-117 & 118.

El artículo 54 N° 1, inciso décimo, de la CPR agrega que:

[e]n el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64.

Esta última disposición limita esta facultad del Presidente respecto de la nacionalidad y de las facultades del Poder Judicial, del Congreso, del Tribunal Constitucional o de la Contraloría General de la República.

29 En cuanto a la capacidad para concluir tratados, los procedimientos de celebración, y su entrada en vigor en el derecho internacional ver e.g. Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press), 2007, pp. 58-177 & 324-351.

30 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., pp. 126-127 & 128-129.

31 Artículo 66 de la CPR.

se discute en sala.³² En este proceso, ambas cámaras del Congreso deberán pronunciarse sobre el tratado en votación única, conforme al quorum más elevado de las normas que regula.³³ Puesto que un tratado no es propiamente una ley, por más que su tramitación se someta a la de ésta, el TC ha señalado que un tratado debe aprobarse o desecharse como un todo, sin que se le pueda introducir modificaciones.³⁴ Excepcionalmente, los acuerdos de ejecución y los acuerdos en forma simplificada no precisan de aprobación parlamentaria.³⁵ Como indica el artículo 54 N° 1, inciso cuarto, “[l]as medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley”.³⁶ El mismo inciso señala, tras su reforma del 2005, que “[n]o requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria”.³⁷

Los tratados se incorporan al derecho interno chileno de la misma manera que entran en vigencia las leyes nacionales. De acuerdo al inciso primero del artículo 54 N° 1 de la CPR, se someten “en lo pertinente, a los trámites de ley”.³⁸ O sea, requieren que se promulgue el decreto respectivo, y se publique en el Diario Oficial, conforme a los artículos 6 y 7 del Código Civil. Solo a contar de entonces, un tratado producirá efectos jurídicos en Chile.³⁹ En principio, estos actos internos de promulgación y publicación incorporan los tratados al sistema jurídico nacional como normas domésticas: es decir, transformándolos en derecho interno. Sin embargo, la mención “en lo pertinente”, agregada el

32 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., pp. 128-129.

33 Ver Arévalo, Alvaro, y Troncoco, Claudio, “El régimen de aprobación de los tratados internacionales luego de la reforma constitucional de 2005”, en *Estudios* 2010, (Sociedad Chilena de Derecho Internacional), 2010, pp. 16-17.

34 Ver Tribunal Constitucional, Rol N° 309, *Requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, de 1989*, sentencia, 4 de agosto de 2000, considerando 11. Esta sentencia fue dictada en virtud del control de constitucionalidad preventivo que consagra el artículo 93 N° 3 de la CPR.

35 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., pp. 124, 127, 128 & 129-30.

36 La inclusión de esta frase en el articulado que regula las atribuciones del Congreso fue una innovación que introdujo la CPR de 1980 respecto de la norma correspondiente de la CPR de 1925.

37 Ver Arévalo y Troncoco, ob. cit., pp. 18-19.

38 Originalmente, y siguiendo al artículo 43 N° 5 de la CPR de 1925, el artículo 50 N° 1 de la CPR de 1980 decía: “La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”.

39 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., pp. 136-138.

2005 al artículo 54 N° 1, permite concluir que los tratados y las leyes tienen en Chile una naturaleza jurídica distinta, lo cual es relevante para determinar la fecha de entrada en vigencia del tratado, las normas de interpretación que le son aplicables, y su jerarquía en el ámbito interno, entre otros asuntos.⁴⁰ Esto significa que en Chile los tratados se adoptan, sin transformarse en derecho interno.⁴¹ Así, por ejemplo, lo estimó el TC cuando declaró el 2009, a partir del texto modificado de esta disposición, que los tratados “no son propiamente una ley”.⁴² En la misma sentencia, el TC añadió que confirma lo anterior el actual inciso quinto, que se incluyera el 2005 al artículo 54 N° 1, cuando señala que los acuerdos internacionales sólo podrán ser terminados, modificados o suspendidos según lo previsto en los propios tratados o conforme a las normas generales de derecho internacional.⁴³

Estas son las normas de incorporación del derecho internacional consuetudinario y convencional actualmente vigentes en Chile. ¿Sería conveniente reemplazarlas o modificarlas, en una nueva Constitución? Dado que estas normas han sido suficientemente desarrolladas a lo largo del tiempo, no se justificaría un reemplazo, ni su modificación en esencia. Vale decir, debiera mantenerse la incorporación de los tratados, previa aprobación parlamentaria para la mayoría de estos, así como su adopción por medio de la forma en que entra en vigor la ley en Chile. En este contexto, lo señalado por el artículo 32

40 Ver Henríquez, Miriam, “Tratados internacionales: reflexiones en torno a una nueva Constitución”, en Chía, Eduardo, y Quezada, Flavio (eds.), *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, (Instituto Igualdad; Facultad de Derecho, Universidad de Chile; y Friedrich Ebert-Stiftung), 2015, pp. 198 & 200. Ver también Nash, Claudio, *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2012, pp. 16-18.

41 Sobre la diferencia entre la transformación y la adopción del derecho internacional en el ámbito interno ver e.g. Dupuy, ob. cit., párrafos 46-64. Ver también Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 32-34 & 34-40.

42 Tribunal Constitucional, Rol N° 1288, *Proyecto que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*, sentencia, 25 de agosto de 2009, considerando 43. Esta sentencia fue emitida de conformidad a lo establecido en el artículo 96 N° 1 de la CPR.

43 Ver *ibid.*, considerando 52. Ver también *ibid.*, considerandos 53 & 55. En la reforma constitucional del 2005 se incluyó, asimismo, en la CPR: la obligación del Presidente de la República de informar al Congreso Nacional las reservas que pretenda formular; la facultad del Congreso de sugerir reservas y declaraciones interpretativas a un tratado, durante la tramitación de su aprobación parlamentaria; la facultad exclusiva del Presidente de denunciar o retirarse de un tratado, previa consulta al Congreso, si dicho tratado fue aprobado en su momento por este; y la facultad del Presidente de retirar una reserva, previo acuerdo del Congreso, si dicha reserva fue aprobada en su momento por este, en cuyo caso, el Congreso tendrá un plazo de 30 días para pronunciarse, y si no lo hiciera, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva; y la obligación estatal de dar debida publicidad a los hechos que digan relación con un tratado, como su entrada en vigor, formulación y retiro de reservas, objeciones a reservas y declaraciones interpretativas, su nulidad, suspensión o terminación. Ver artículo 54 N° 1, incisos segundo, tercero, sexto, séptimo, octavo y noveno. Ver también Henríquez (2015), ob. cit., pp. 200-201.

N° 15 de la CPR podría mantenerse tal como está.⁴⁴ El artículo 54 N° 1, en cambio, ameritaría varios cambios. Por ejemplo, los detalles relativos a la formulación de reservas y declaraciones interpretativas debieran regularse por ley, no en la Constitución. Los actuales incisos primero, segundo, cuarto y quinto del artículo 54 N° 1, bien podrían ser reiterados en una nueva carta fundamental, tal como pueden leerse hoy en la CPR, y han sido interpretados por el TC. Sin embargo, respecto de la terminación de tratados, convendría agregar que esta debe ser previamente aprobada por el Congreso Nacional, al menos para los acuerdos internacionales que tuvieron que cumplir con esta formalidad habilitante antes de su ratificación.⁴⁵ De esta manera, se fortalecería aún más la legitimidad interna de los tratados, esta vez respecto de las denuncias o retiros que decida adoptar el poder ejecutivo chileno.

4. La jerarquía del derecho internacional en Chile

En caso de conflicto entre la costumbre internacional y el derecho chileno, no hay una jurisprudencia clara: algunas decisiones judiciales han dicho que prima el derecho chileno, y otras han señalado que prima la costumbre internacional.⁴⁶ Distinta es la situación de los tratados, cuya jerarquía normativa en Chile es relativamente clara, al menos respecto de la ley. Aquí, la postura mayoritaria es que los tratados prevalecen sobre esta, tanto sobre la dictada con anterioridad a su promulgación y publicación, como sobre la dictada con posterioridad. Cualquier duda que quedaba al respecto, fue aclarada por la reforma constitucional del 2005, que añadió el hoy inciso quinto del artículo 54 N° 1 de la CPR, que no solo confirma que los tratados retienen su naturaleza internacional en Chile, sino que consagra implícitamente el principio de *lex superior* en lo relativo a la terminación, suspensión o modificación de estos.⁴⁷

44 Junto a lo dispuesto en el artículo 32 N° 8 de la CPR. En relación a esta norma, se ha propuesto una regulación constitucional mínima del servicio exterior, que establezca la necesidad de contar con una diplomacia plenamente profesional y debidamente financiada, a fin de asegurar el cumplimiento adecuado de sus funciones.

Ver eliberoc.cl, Rodríguez Elizondo, José, “Constitución, ¿con o sin diplomacia?”, 9 de abril de 2021.

45 El derecho comparado ofrece algunos ejemplos de disposiciones en este sentido. Quizás la más conocida, es el artículo 91 N° 1 de la Constitución del Reino de los Países Bajos. En América Latina, las Constituciones de Argentina, Bolivia y Perú establecen este requisito.

46 Ver Benadava, Santiago, “Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”, en Benadava, Santiago, et al, *Nuevos enfoques del derecho internacional* (Editorial Jurídica de Chile), 1992, pp. 28-33; y Aguilar, Gonzalo, “La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador”, en *Estudios Constitucionales*, 7/1, (Universidad de Talca), 2009, pp. 110-132. Ver también Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 114-116.

47 Ver e.g. Nash (2012), ob. cit., pp. 16-18 & 20.

En lo que dice relación con la CPR, esta prevalece sobre los tratados, al menos a contar de la reforma del 2005 que estableció el control de constitucionalidad *ex ante* o preventivo de carácter obligatorio, para ciertos acuerdos internacionales. En efecto, como indica actualmente el artículo 93 N° 1 de la CPR, es una atribución del TC ejercer el control de constitucionalidad de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional, antes de su promulgación.⁴⁸ Este control de constitucionalidad de los tratados se vino a sumar al ya existente para el resto de los tratados, consagrado en el N° 3 del mismo artículo. Como señala este numeral, es una atribución del TC resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.⁴⁹ De acuerdo al inciso tercero de esta disposición, podrán requerir este control preventivo los Presidentes de la República, de la Cámara de Diputados o del Senado, o 1/4 de sus miembros en ejercicio, dentro de los cinco días siguientes a la aprobación parlamentaria del tratado respectivo. A diferencia del control obligatorio del N° 1, este control de constitucionalidad *ex ante* del N° 3 es facultativo y, por ende, eventual, pues procede en la medida que se presente una cuestión de esta naturaleza.⁵⁰ Cabe señalar que, en no pocos casos, el TC ha utilizado derechos contenidos en tratados como parámetro de control preventivo de constitucionalidad.⁵¹

A propósito del control de constitucionalidad preventivo facultativo, el TC pareciera haber excepcionalmente optado por la tesis de la transformación de los tratados en derecho interno, alejándose así de su contraparte, la adopción de estos, que se puede encontrar en otras de sus decisiones judiciales que aceptan la incorporación de los tratados en Chile, en su calidad de tales. Vale decir, sin que pierdan la naturaleza jurídica internacional que les es propia. Un ejemplo de esto ocurrió en el 2000, cuando el TC señaló que para efectos

48 Ver e.g. Vargas Carreño, 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. 216-219.

El proyecto de nueva CPR del 2018 recogió este control preventivo obligatorio de los tratados en su artículo 94 N° 1, pero exigiendo un quorum de 4/5 de los miembros del TC para que uno de estos acuerdos internacionales sea declarado inconstitucional.

49 Esta misma disposición puede encontrarse en el artículo 78.b letra a de la CPR de 1925. La reforma de 1970 introdujo este control de constitucionalidad preventivo en Chile.

50 El proyecto de nueva CPR del 2018 no incluyó el control preventivo facultativo de los tratados entre las atribuciones del TC que establece su artículo 94.

51 Ver e.g. Pica, Rodrigo, "Control de constitucionalidad y tratados internacionales: ¿objeto o parámetro? Una síntesis jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Chile", en Nogueira, Humberto (ed.), *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos* (Editorial Librotecnia), 2012, pp. 272-277.

de la aplicación de los tratados en el ámbito interno debe distinguirse entre sus cláusulas autoejecutables o *self-executing*, y no autoejecutables o *non-self-executing*.⁵² En esta sentencia, el TC declaró que son cláusulas *self-executing* “las que tienen el contenido y la precisión necesarias [...] para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno”, y son cláusulas *non-self-executing* las “que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que [...] las haga aplicables como fuente del derecho interno”.⁵³ Como agregó entonces el TC, mientras las cláusulas autoejecutables pueden ser objeto de control de constitucionalidad, las no autoejecutables no pueden serlo, puesto que únicamente entran en vigor en Chile las cláusulas *self-executing*, por un lado, y las normas internas que se dicten para implementar las cláusulas *non-self-executing*, por otro. Según esta sentencia, corresponde al TC determinar si una o más cláusulas son autoejecutables o no autoejecutables.⁵⁴ Esta distinción entre cláusulas *self-executing* y *non-self-executing* proviene del derecho constitucional de EE.UU., donde tampoco es fácil distinguir entre unos y otros en la práctica.⁵⁵ Se la utiliza en el ámbito interno, pero no es de gran utilidad desde el punto de vista del derecho internacional, debido a que de conformidad al artículo 27 de la CVDT un estado no puede invocar disposiciones de su derecho nacional como justificación del incumplimiento de un tratado. Como cualquier estado, Chile debe siempre actuar como un todo indivisible, sin desdoblarse artificialmente en un ámbito interno y otro externo, a fin de evitar que se esgrima en su contra esta regla esencial del derecho internacional. En un par de sentencias posteriores, el TC agregó que las cláusulas *non-self-executing* pueden ser objeto de control de constitucionalidad preventivo si éstas puedan conducir a una inconstitucionalidad de fondo, y que no sea razonable postergar una resolución sobre ella.⁵⁶

52 Ver Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 120-121.

53 Ver Tribunal Constitucional, Rol N° 309-2000, *Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT*, considerando 48.

54 Ver *ibid.*

55 Ver Aust, ob. cit., pp. 196-199. Ver también Verdier y Versteeg (2015), ob. cit., pp. 522-525; y Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 36-40. Cf. Bartolini, ob. cit., p. 1309.

Corresponde destacar que esta categorización podría traer importantes consecuencias, a nivel nacional. Como señala Anne Peters, la práctica judicial interna sobre aplicabilidad directa de los tratados puede ser tanto o más relevante que cualquier jerarquía abstracta que le otorgue al derecho internacional la Constitución respectiva.

Ver Peters, ob. cit., p. 270.

56 Ver Tribunal Constitucional, Rol N° 383, *Requerimiento de inconstitucionalidad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994*, sentencia, 5 de septiembre de 2003, considerando 4; y Tribunal Constitucional, Rol N° 1988, *Requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio*

Como sea, la decisión que tome el TC en ejercicio del control de constitucionalidad preventivo tiene un efecto amplio. Si decide que una disposición de un tratado es contraria a la CPR, este acuerdo internacional no podrá ser aprobado por el Congreso Nacional, lo que a su vez va a impedir que sea ratificado, promulgado y publicado.⁵⁷ Aun cuando el control *ex ante* le permite al estado cumplir con el deber de adecuación del derecho interno con sus obligaciones internacionales antes de que el tratado entre en vigencia, no es fácil concordar el artículo 54 N° 1, inciso quinto, de la CPR con el control de constitucionalidad *ex post* o represivo de los tratados en vigor, que consagra el artículo 93 N° 6 de la CPR.⁵⁸ Como señala esta disposición, por mayoría de sus miembros en ejercicio, el TC puede resolver “la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. Como respecto del control *ex ante*, el TC también ha utilizado derechos contenidos en tratados como parámetro de control represivo de constitucionalidad.⁵⁹ Se ha discutido ampliamente en doctrina la procedencia del control *ex post* de los tratados.⁶⁰ El TC se ha pronunciado sobre este asunto en un par de oportunidades, pero en sentidos opuestos. Así, este tribunal declaró inconstitucional el 2009 una disposición de la ley orgánica destinada a regularlo, que establecía la improcedencia del recurso de inaplicabilidad respecto de los tratados, a los cuales el

Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV-91), sentencia, 24 de julio de 2011, considerandos 13-7.

Estas dos sentencias se dictaron en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 93 N° 3 de la CPR.

57 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., p. 132.

58 Hasta la reforma constitucional del 2005, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad correspondía a la Corte Suprema.

Ver el artículo 76 de la CPR de 1980, en su redacción original. Ver también Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., p. 135.

59 Ver e.g. Nash, Claudio, “Control de convencionalidad en Chile: bases normativas, jurisprudencia y críticas”, en Henríquez, Miriam, y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile* (DER Ediciones), 2017, pp. 429-441.

60 En contra ver e.g. Nogueira, Humberto, “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional: del doble control concentrado de constitucionalidad a la concentración del control en el Tribunal Constitucional”, en *Ius et Praxis*, 8/1, (Universidad de Talca), 2002; Peña, Marisol, “Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, 1/1, (Universidad de Talca), 2003; y Henríquez, Miriam, “Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales”, en *Estudios Constitucionales*, 5/1, (Universidad de Talca), 2007.

A favor ver e.g. Ribera, Teodoro (2007): “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, 5/1, (Universidad de Talca), 2007; y Núñez Poblete, Manuel (2010): “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”, en *Estudios Constitucionales*, 8/2, (Universidad de Talca), 2010.

TC consideró dentro del término “preceptos legales”.⁶¹ El 2015, en cambio, el mismo tribunal señaló que “una norma de un tratado internacional ratificado por Chile no constituye un ‘precepto que tenga rango legal’, en términos tales que pueda promoverse a su respecto una acción de inaplicabilidad”.⁶²

Desde un punto de vista interno, ambas soluciones del TC son plausibles, y cuentan en doctrina con buenos argumentos jurídicos que les sirvan de sustento. Sin embargo, desde una perspectiva externa, la alternativa seguida por este tribunal el 2009 es claramente inconveniente para los intereses de Chile. Esto, por cuanto la declaración de inaplicabilidad de un tratado podría eventualmente constituir un incumplimiento convencional o consuetudinario del derecho internacional, exponiendo a nuestro estado a un reclamo de responsabilidad internacional, en el que el mencionado artículo 27 de la CVDT solo sirva para recordarnos que el derecho interno no es una justificación para el incumplimiento de nuestras obligaciones internacionales. Desde esta perspectiva, pasa a ser ociosa la distinción hecha por el TC el 2009 entre la procedencia de la declaración de inaplicabilidad del artículo 93 N° 6 respecto de los tratados, y la improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 93 N° 7 para estos.⁶³ Con una redacción muy parecida al número anterior, esta última disposición señala que es una atribución del TC “[r]esolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”. Como explicó ese año el tribunal, los efectos de una resolución que declare la inaplicabilidad de un tratado tiene un carácter particular: esto es, solo para el caso concreto. Por el contrario, la declaración de inconstitucionalidad produce un efecto *erga omnes*, al expulsar del ordenamiento jurídico al precepto legal, sin alcance retroactivo, que antes fuera declarado inaplicable por el mismo tribunal. Conforme al TC, esto implicaría una vulneración de los artículos 32 N° 15 y 54 N° 1 de la CPR, y de las normas internacionales sobre celebración y nulidad, terminación o suspensión de los

61 Ver Tribunal Constitucional, Rol N° 1288-2009, Ley N° 17.997, *Orgánica Constitucional del TC*, considerando 41-72.

62 Tribunal Constitucional, Rol N° 2789, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley N° 17.301, que crea la Junta Nacional de Jardines Infantiles, y del artículo 14, párrafo 3, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, en la causa Rol N° 708-2015*, sentencia, 25 de marzo de 2015, considerando 7.

63 Ver en general Tribunal Constitucional, Rol N° 1288-2009, Ley N° 17.997, *Orgánica Constitucional del TC*.

tratados.⁶⁴ No obstante, más que infringir dichas normas de derecho constitucional e internacional, la declaración de inconstitucionalidad constituye una conducta a la cual le resulta aplicable el artículo 27 de la CVDT.

En lo que dice relación con los tratados sobre derechos humanos, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 5, inciso segundo, de la CPR:

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 que este inciso se incorporara al texto constitucional en 1989, se han planteado las siguientes posibilidades interpretativas: que la CPR prime sobre los tratados de derechos humanos; que estos tratados tengan una jerarquía equivalente a la CPR; que las disposiciones de derechos humanos, que contenga cualquier tratado, tengan rango constitucional; o que los tratados de derechos humanos prevalezcan sobre la CPR.⁶⁵ Si bien no hay unanimidad en Chile sobre el alcance de esta disposición, parte importante de la jurisprudencia de tribunales ordinarios y de la doctrina nacional se inclina por considerar que el artículo 5, inciso segundo, le confiere a los tratados sobre derechos humanos,

64 Ver *ibid.*, considerandos 57-58 & 65.

65 Sirve para ilustrar cada una de estas posturas, respectivamente, los siguientes trabajos publicados en el período inmediatamente posterior a la reforma constitucional de 1989: Saenger, Fernando, “Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, 20/ 2-3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 1993; Medina, Cecilia, *Constitución, tratados y derechos esenciales* (Editorial Corporación de Reparación y Reconciliación), 1994; Troncoso, Claudio, y Vial, Tomás (1993): “Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, 20/2-3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 1993; y Nogueira, Humberto, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, 20/2-3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 1993.

La lista de publicaciones en la materia es larga. Entre los más recientes ver e.g. Henríquez, Miriam, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, en *Estudios Constitucionales*, 6/2, (Universidad de Talca), 2008; Núñez Poblete, Manuel, “La función del derecho internacional de los derechos humanos en la argumentación de la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho*, 32, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2009; 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*, 16/2, (Universidad de Talca), 2010; y Nogueira, Humberto, “El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el período 2006-2013”, en *Revista Chilena de Derecho*, 41/2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014. Ver también Vargas Carreño, *ob. cit.*, pp. 216-223; Galdámez, Liliana, *Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los derechos humanos* (Editorial Librotecnia), 2011, pp. 79-114; Nash (2012), *ob. cit.*, pp. 19-23; y Cea, José Luis, *Derecho constitucional chileno* (Ediciones UC), 2015, Tomo I, pp. 263-289.

que cumplan con los requisitos allí mencionados, un valor equivalente al de la CPR.⁶⁶ Esto significa, que en caso de conflicto entre ambos instrumentos jurídicos se deberían aplicar los principios de *lex posterior* y de *lex specialis*. Haciendo propia la tesis de Alejandro Silva Bascuñán, el TC ha seguido un criterio distinto: considera que todos los tratados internacionales, incluso los de derechos humanos, tienen rango supra-legal, pero infra-constitucional.⁶⁷ El problema con esta solución es que expone al estado a incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de una obligación internacional contenida en un tratado. En el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, esto se ve agravado por el control de convencionalidad que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH, establece el Pacto de San José de Costa Rica para dicho tribunal internacional y para todos los órganos de los estados parte de este tratado.

¿Qué hacer con la jerarquía de los tratados en la nueva Constitución? En términos generales, convendría mantener la solución actual. Esto es, que el rango supra-legal e infra constitucional de los tratados se infiera de ciertas disposiciones, como de los actuales artículos 54 N° 1, inciso quinto, y 93 N°s 1 y 3 de la CPR. En la implementación de esta solución, debiera siempre tenerse presente lo señalado en los artículos 26 y 27 de la CVDT, que establecen los principios de *pacta sunt servanda*, del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales y de la imposibilidad de justificar mediante el derecho interno la violación de estas. En el derecho comparado, son varias las Constituciones políticas dictadas con posterioridad a 1990, en las que tal jerarquía se deduce de algunas de las normas que definen el rol de tribunales constitucionales o superiores de justicia.⁶⁸ No pocas de estas Constituciones incluso le confieren explícitamente a los tratados un rango supra legal; una alternativa que bien valdría considerar

66 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., pp. 138-139; y Núñez Poblete (2009), ob. cit., pp. 491-496. Cf. Henríquez (2008), ob. cit., pp. 100-113.

Corresponde señalar que carecen de rango constitucional, por tanto, las disposiciones de instrumentos que no son tratados: por ejemplo, una resolución de la Asamblea General de la ONU, como la que establece la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

67 Ver e.g. Tribunal Constitucional, Rol N° 346, *Requerimiento de inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998*, sentencia, 8 de abril de 2002, considerandos 59-75; y Tribunal Constitucional, Rol N° 2387, *Requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 1°, numerales 20, 3, letra c) y 48 del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura*, sentencia, 23 de enero de 2012, considerandos 11-12, que confirma dicha postura. Ver también Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional* (Editorial Jurídica de Chile), 1997, Tomo IV, pp. 124-125. Cf. Tribunal Constitucional, Rol N° 1288-2009, *Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del TC*, considerandos 43-58. En esta última sentencia el TC declaró expresamente que los tratados tienen rango legal en el derecho chileno. Sin embargo, al insistir que los tratados solo pueden ser terminados o suspendidos de acuerdo a las normas generales del derecho internacional, según lo dispone el artículo 54 N° 1, inciso quinto, de la CPR, en la práctica el TC les confirió un carácter supra-legal, pero infra-constitucional.

68 Ver Bartolini, ob. cit., pp. 1296-1300.

para una nueva Constitución chilena.⁶⁹ Una cláusula que reitere en la carta fundamental el deber de los órganos estatales de cumplir las obligaciones internacionales, sin duda iría en el sentido correcto, pues permitiría evitar que Chile incurra en responsabilidad internacional. Un precepto así constituiría una importante innovación para nuestra tradición constitucional.⁷⁰

5. Qué hacer con los derechos humanos

Nos queda una pregunta por responder: ¿qué jerarquía debieran tener los tratados de derechos humanos en Chile? Siendo parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), nos es aplicable el control de convencionalidad, el cual puede darse en dos ámbitos: internacional y nacional. Mientras el primero es concentrado, el segundo es difuso. El control de convencionalidad internacional lo lleva a cabo la propia Corte IDH en cada caso que conoce, a través de la comparación entre el ordenamiento jurídico interno de los estados partes, por una parte, y la CADH y los otros tratados del sistema interamericano que le confieren jurisdicción, tal como han sido interpretados por este tribunal internacional, por otra. El control de convencionalidad interno, en cambio, lo realizan los agentes del estado al crear, modificar, interpretar y aplicar las normas internas, a fin de asegurar su conformidad o compatibilidad con la interpretación que la Corte IDH ha hecho del Pacto de San José de Costa Rica y de los otros tratados mencionados, de tal manera que estos acuerdos internacionales tengan un efecto útil. Como tal, el control de convencionalidad fue mencionado por primera vez en el voto razonado del juez Sergio García Ramírez, del caso *Mack c. Guatemala* de 2003.⁷¹ Más tarde, la propia Corte IDH utilizó esta denominación en *Almonacid c. Chile* de 2006.⁷²

Desde sus inicios, el control de convencionalidad ha entusiasmado a la

69 Ver *ibid.*, pp. 1300-3. Ver también Peters, *ob. cit.*, pp. 262-263; y Verdier y Versteeg (2017), *ob. cit.*, pp. 160-161.

70 Unas cuantas Constituciones de otros países contemplan normas orientadas al cumplimiento de las obligaciones internacionales. Esto ocurre principalmente en cartas fundamentales que son recientes, como las de Eslovaquia, Georgia y Hungría.

71 Ver Corte IDH, Serie C N° 101, *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

72 Ver Corte IDH, Serie C N° 154, *Luis Almonacid Arellano c. Chile*, sentencia, 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

En este caso, la Corte IDH habló de una “especie de” control de convencionalidad. Este solo pasó a ser simplemente “control de convencionalidad” tres años más tarde en *Radilla c. México*.

Ver Corte IDH, Serie C N° 209, *Rosendo Radilla Pacheco c. México*, sentencia, 23 de noviembre de 2009, párrafo 339.

doctrina latinoamericana. Y no solo a esta, pues uno de los más dedicados impulsores del control de convencionalidad es el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, su principal teórico en la Corte IDH.⁷³ A tal punto llegó este entusiasmo, que en la inauguración del 48° Periodo Extraordinario de Sesiones de la Corte IDH, que tuvo lugar el 2013 en la Ciudad de México, el entonces presidente de este tribunal, Diego García Sayán, hizo “un llamado público a la cautela porque este es un tema de enorme complejidad a través de cual la propia jurisprudencia de la Corte ha sido tremendamente cuidadosa en su fraseo y en su redacción”.⁷⁴ En dicha oportunidad, el juez García Sayán destacó que el control de convencionalidad no permite a cualquier autoridad estatal decidir dejar de aplicar una determinada norma “porque así le parece”.⁷⁵ Esto, en razón de que la Corte IDH ha señalado en repetidas ocasiones que este control está “esencialmente dirigido a la función judicial” y que debe hacerse “dentro del marco de las respectivas competencias de cada cual”.⁷⁶ El juez Sergio García Ramírez, en tanto, ha insistido en que el control de convencionalidad se refiere a las normas domésticas y a los jueces nacionales, y no a “cualquier acto violatorio” de “cualquier autoridad interna”, pues ahí el control adquiriría una extensión ilimitada.⁷⁷ Además de estas prevenciones de jueces de la Corte IDH, con el tiempo han ido apareciendo cada vez más voces disonantes a este otrora coro doctrinal favorable al control de convencionalidad, que critican esta creación jurisprudencial o pretoriana.

Laurence Burgogue-Larsen ha agrupado competentemente a los autores que están a favor y en contra del control de convencionalidad. Ella ha distinguido entre los entusiastas y los circunspectos, en el primer grupo, y entre las aproximaciones sociológicas, propiamente jurídicas y liberal-positivistas al tema, en el segundo.⁷⁸ De las críticas que se le han hecho al control de

73 El juez Ferrer Mac-Gregor ha escrito mucho sobre el tema. Una inmejorable introducción a su visión al respecto puede encontrarse en su voto razonado en *Cabrera y Montiel c. México*. Ver en general Corte IDH, Serie C N° 220, *Teodoro Cabrera García y Rodrigo Montiel Flores c. México*, voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 26 de noviembre de 2010.

74 García Ramírez, Sergio, “Sobre el control de convencionalidad”, en *Pensamiento Constitucional*, 21/21, (Pontificia Universidad Católica del Perú), 2016, nota 24 en p. 179.

75 *Ibid.*

76 *Ibid.*

77 *Ibid.*, pp. 179-180. Ver García Ramírez, Sergio, y Morales Sánchez, Julieta, “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales*, 29, (Universidad Nacional Autónoma de México), 2013, pp. 209-211.

78 Ver Burgogue-Larsen, Laurence, “Conventionality Control: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press), 2018, párrafos 43-65.

convencionalidad, las más incisivas son las que provienen de la falta de un claro apoyo en el texto de la CADH, o en sus trabajos preparatorios, y del hecho que este transforma a los tribunales nacionales en subordinados de la Corte IDH.⁷⁹ La recepción del control de convencionalidad en los estados que son parte del Pacto de San José de Costa Rica también oscila entre aquellas jurisdicciones que lo han aceptado y las que lo han rechazado.⁸⁰ En el caso de Chile, mientras la Corte Suprema ha sido generalmente más favorable a este control, el Tribunal Constitucional lo sigue mirando con distancia. En ambos casos, los fallos que hacen referencia a este son recientes. Los de la Corte Suprema han señalado en que consiste el control de convencionalidad, incluso con cierto detalle al respecto, pero no lo han aplicado en la práctica. Los del TC, en cambio, básicamente han dicho que el parámetro de constitucionalidad es la propia CPR, que prevalece sobre los tratados de derechos humanos, y de que no hay certeza sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH en el sistema jurídico nacional.⁸¹

No habiendo diferenciación posible entre lo internacional y lo nacional para efectos de la responsabilidad estatal, una nueva Constitución nos ofrece una inmejorable oportunidad para responder al desafío que el control de convencionalidad significa para la jerarquía normativa de los tratados de derechos humanos en Chile. ¿Qué hacer con estos en una nueva carta fundamental? Establecer expresamente su rango constitucional, es algo que definitivamente debiera ser considerado. Así lo hacen algunas de las cartas fundamentales promulgadas después de 1990, que constitucionalizan dichos tratados o les confieren esta jerarquía.⁸² Este rango también se le podría otorgar a aquellos

79 Ver *ibid.*, párrafo 60.

Entre los autores que plantean esto se destacan Ariel Dulitzky y Jorge Contesse. Ver en general Dulitzky, Ariel, "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", en *Texas International Law Journal*, 50/1, (Universidad de Texas) 2015; y Contesse, Jorge, "The international Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine", en *International Journal of Human Rights*, 22/9, (Taylor & Francis), 2018.

80 Ver Burgogue-Larsen, *ob. cit.*, párrafos 30-42.

81 Ver Henríquez, Miriam, y Núñez Leiva, José Ignacio, "Control de convencionalidad en Chile", en Henríquez, Miriam, y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, (DER Ediciones), 2017, pp. 388-401. Ver también Zúñiga, Francisco, "Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Dilemas y perspectivas", en Henríquez, Miriam, y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, (DER Ediciones), 2017, pp. 549-553. Cf. Nash (2017), *ob. cit.*, pp. 412-442.

82 Ver Bartolini, *ob. cit.*, pp. 1303-1305. Ver también *ibid.*, pp. 1305-1307.

Para una evolución del estatus de los tratados en el derecho comparado ver Verdier y Versteeg (2015), *ob. cit.*, pp. 525-527.

tratados que le confieren jurisdicción a un tribunal internacional. Corresponde destacar la importancia que han adquirido este último tipo de tratados, los cuales no solo le dan competencia a tribunales permanentes como la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la Corte IDH, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y la Corte Penal Internacional, sino también a tribunales arbitrales, como da cuenta una multiplicidad de tratados bilaterales de inversión (TBI) y acuerdos de integración económica con un capítulo de promoción y protección de esta (AIE).⁸³ Los mecanismos de solución pacífica de controversias contenidos en algunos de estos tratados han permitido que Chile sea demandado ante distintos tribunales internacionales.⁸⁴ Esto plantea el problema del adecuado cumplimiento de una decisión judicial adversa en esta clase de procesos, que evite al estado incurrir nuevamente en responsabilidad internacional. No obstante, esto último ya es algo que debiera regularse por ley, no necesariamente en la Constitución.

Asimismo, sería recomendable mantener el control de constitucionalidad preventivo para todos los tratados y establecer el deber del TC de pronunciarse sobre la necesidad de dictar legislación complementaria para la implementación de los tratados que controle *ex ante*, en cuyo caso estos deberían volver a pasar por la aprobación parlamentaria y dicho control ante el TC, como ocurrió en su momento con el Estatuto de Roma que le otorgó competencia a la Corte

83 Ver e.g. el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948, o Pacto de Bogotá; la CADH; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982; y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.
Chile tiene aproximadamente 40 TBIs vigentes, así como alrededor de 25 AIEs en vigor con disposiciones referentes a la inversión extranjera.

84 Los casos en que Chile ha sido demandado ante la CIJ, la Corte IDH y los tribunales arbitrales establecidos en virtud del mecanismo de solución de controversias internacionales de los TBIs, y que han sido fallados en contra de nuestro estado, son varios. En un mundo globalizado, como el actual, esto no tiene nada de extraño; menos en América Latina.
Ver Corte IDH, Serie C N° 73, *La Última Tentación de Cristo (Juan Pablo Olmedo Bustos y otros) c. Chile*, 5 de febrero de 2001; Caso CIADI N° ARB/01/7, *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile*, Laudo, 25 de mayo de 2004; Corte IDH, Serie C N° 135, *Humberto Palamara Iribarne c. Chile*, sentencia, 22 de noviembre de 2005; Corte IDH, Serie C N° 151, *Marcel Claude Reyes y otros c. Chile*, sentencia, 19 de septiembre de 2006; Corte IDH, Serie C N° 154, *Almonacid Arellano c. Chile*, sentencia, 26 de septiembre de 2006; Corte IDH, Serie C N° 239, *Karen Atala Riffo y niñas c. Chile*, sentencia, 24 de febrero de 2012; Corte IDH, Serie C N° 267, *Leopoldo García Lucero y otros c. Chile*, sentencia, 28 de agosto de 2013; Corte Internacional de Justicia, *Disputa marítima (Perú c. Chile)*, sentencia de fondo, 27 de enero de 2014; Corte IDH, Serie C N° 279, *Segundo Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) c. Chile*, sentencia, 29 de mayo de 2014; Corte IDH, Serie C N° 300, *Omar Maldonado Vargas y otros c. Chile*, sentencia, 2 de septiembre de 2015; Caso CIADI N° ARB/08/2, *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile*, Laudo, 13 de septiembre de 2016; Corte IDH, Serie C N° 349, *Vinicio Poblete Vilches y otros c. Chile*, sentencia, 8 de marzo de 2018; Corte IDH, Serie C N° 372, *María Laura Órdenes Guerra y otros c. Chile*, sentencia, 29 de noviembre de 2018; y Corte IDH, Serie C N° 409, *Daniel Urrutia Laubreaux c. Chile*, sentencia, 27 de agosto de 2020.

Penal Internacional, más por razones políticas que propiamente jurídicas.⁸⁵ En este mismo orden de cosas, sería un acierto eliminar explícitamente la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad represivo de los tratados, para evitar que la declaración de inaplicabilidad respectiva constituya un incumplimiento del derecho internacional, que eventualmente exponga al estado a un reclamo de responsabilidad internacional. Finalmente, en lo que dice relación con la integración de nuestro sistema jurídico nacional con el sistema interamericano de derechos humanos, sería oportuno incluir una cláusula de interpretación conforme, como las que pueden encontrarse en el artículo 16 N° 2 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 y en el artículo 10 N° 2 de la Constitución Española de 1978, y que encuentran su contraparte en América Latina en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y en la disposición final cuarta de la Constitución Política del Perú de 1993, entre otras Constituciones.⁸⁶ En su esencia, estas cláusulas disponen que las normas constitucionales deben ser interpretadas de manera armónica con los tratados de derechos humanos de que es parte el estado en cuestión.⁸⁷ Esta apertura interpretativa puede estar restringida a un instrumento en particular, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el caso de la Constitución de Portugal, o a todos los tratados de derechos humanos ratificados por el estado, como en el caso de la Constitución de España, cuyo artículo 10 N° 2

85 Ver López Escarcena, Sebastián, “La complementariedad de la Corte Penal Internacional según el Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista de Derecho*, 19/1, (Universidad Católica del Norte), 2012.

86 Ver Santolaya, Pablo, “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Herrera, Alfonso (eds.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpio, generador incansable de diálogos* (Editorial Tirant Lo Blanch), 2013, pp. 448-452 & 453. Ver también Carpio, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en *Derecho PUCP*, 56, (Pontificia Universidad Católica del Perú), 2003, pp. 520-524 & 526-528; Peters, ob. cit. 300-303; Bartolini, ob. cit., p. 1305; Acosta, Paola, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano* (Universidad Externado de Colombia), 2015, pp. 67-99 & 81-85; y Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 72, 79, 126, 130 & 148.

87 Corresponde señalar que el artículo 4, inciso segundo, del proyecto de nueva CPR del 2018 incluía una cláusula de interpretación conforme en su última frase, del siguiente tenor:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos humanos. Es deber de los órganos del Estado y de todas las personas respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como aquellos establecidos en los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Los órganos del Estado deberán conciliar estos derechos con los establecidos en esta Constitución.

También conocida como interpretación consistente, esta solución se puede encontrar en otros países, pero referida a todo el derecho interno y al derecho internacional en general. Así ocurre, por ejemplo, en la Constitución de Sudáfrica de 1996.

Ver Bartolini, ob. cit., p. 1303; Verdier y Versteeg (2015), ob. cit., pp. 527-528; Sloss, David, y Van Alstine, Michael, ‘International Law in Domestic Courts’, en Sandholtz, Wayne, y Whytock, Christopher (eds.), *Research Handbook on the Politics of International Law* (Edward Elgar Publishing), 2017, pp. 105-110; y Verdier y Versteeg (2017), ob. cit., pp. 161-162.

ha evidentemente inspirado las disposiciones correspondientes de Colombia y Perú, y que señala: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Con una cláusula de interpretación conforme no se haría otra cosa que reafirmar la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile, otorgándole al TC la posibilidad de integrar el control de convencionalidad a su labor judicial y al estado chileno en general un instrumento útil para el cumplimiento de las obligaciones internacionales que se establecen en dichos tratados. De esta manera, aun cuando se mantenga un control de constitucionalidad concentrado en el TC, los tribunales inferiores igual tendrían que velar por el cumplimiento de los tratados de acuerdo a los artículos 26 y 27 de la CVDT. Una cláusula de interpretación conforme les ofrecería también a estos jueces una herramienta hermenéutica que les permita cumplir con la disposición constitucional que les confiera a los tratados de derechos humanos un rango equivalente al de la CPR, pudiendo asimismo tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH al aplicar el Pacto de San José de Costa Rica. Todo esto, a fin de evitar que el estado de Chile incurra en responsabilidad internacional por obligaciones que contrajo soberanamente. Desde un punto de vista práctico, esta es la solución más adecuada. Particularmente, si se tiene en consideración que la única alternativa efectiva de oposición actual al control de convencionalidad consiste en denunciar la CADH y los tratados que le otorgan jurisdicción a la Corte IDH, cuyo costo político es un precio que difícilmente estaría dispuesto a pagar un gobierno democrático chileno.⁸⁸

6. Conclusión

La regulación del derecho internacional en la actual CPR es insuficiente para los desafíos que ofrece el mundo globalizado de hoy. Chile está obligado internacionalmente por un sinnúmero de normas consuetudinarias y convencionales, y su incumplimiento no puede justificarse en el derecho interno. Esto exige que el estado actúe siempre como un todo, sin hacer distinciones artificiales entre lo internacional y lo nacional. Es el momento, por tanto, de

⁸⁸ Respecto a la denuncia del Pacto de San José de Costa Rica ver Corte IDH, Serie C N° 54, *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú*, Decisión sobre competencia, 24 de septiembre de 1999, párrafo 40. Ver también Corte IDH, Serie C N° 55, *Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano (“Tribunal Constitucional”) c. Perú*, Decisión sobre competencia, 24 de septiembre de 1999, párrafo 39.

incluir y, en la medida de lo posible, sistematizar el desarrollo jurisprudencial y doctrinal relativo a la incorporación y jerarquía, tanto de la costumbre internacional como de los tratados. En este sentido, una norma que exija una aprobación parlamentaria previa a la terminación de los tratados, para aquellos que tuvieron que cumplir con esta formalidad habilitante antes de su ratificación, fortificaría la legitimidad interna de los acuerdos internacionales. En cuanto a la jerarquía de estos en el derecho chileno, sería conveniente mantener el rango supra-legal e infra-constitucional de los tratados, de manera que se apliquen los principios de *lex posterior* y de *lex specialis* en caso de conflicto normativo, así como el de *lex superior* cuando este se relacione con la CPR. Para los tratados de derechos humanos, y los tratados que le otorgan jurisdicción a un tribunal internacional, aunque no sean de derechos humanos, el derecho chileno debiera reconocerles un rango equivalente al de la CPR, de manera que se apliquen los principios de *lex posterior* y de *lex specialis*, pero no el de *lex superior*. En este esquema, el control de constitucionalidad preventivo seguiría jugando un papel central, pues le permitiría al estado chileno cumplir con el deber de adecuación del derecho interno con sus obligaciones internacionales, antes de que el acuerdo internacional respectivo entre en vigencia. Desde esta perspectiva, pareciera razonable extender el carácter obligatorio del control preventivo a todo tratado que celebre Chile, cualquiera sea la materia sobre la que verse este. El control represivo, en cambio, es claramente inconveniente para los intereses nacionales, por cuanto la declaración de inaplicabilidad de un tratado podría eventualmente constituir un incumplimiento del derecho internacional, que expone al estado a un reclamo de responsabilidad internacional.

En lo que dice relación a la integración de nuestro sistema jurídico nacional con el sistema interamericano de derechos humanos, sería oportuno incluir una cláusula de interpretación conforme, como la que contemplan las Constituciones de otros países. En su esencia, esta dispone que las normas constitucionales deben ser interpretadas de manera armónica con los tratados de derechos humanos de que es parte el estado en cuestión. Con una cláusula de interpretación conforme no se haría otra cosa que reafirmar la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile. Finalmente, una disposición que establezca el deber de los órganos estatales de comportarse de acuerdo a las obligaciones internacionales que Chile ha contraído reforzaría nuestro estado de derecho, incentivando la capacitación regular de los funcionarios estatales, disminuyendo así las posibilidades de que dichos órganos incurran en responsabilidad internacional.

LA PARIDAD CONSTITUCIONAL: RAÍCES Y PROYECCIONES

Yanira Zúñiga Añazco¹

Resumen

En el contexto de la histórica incapacidad que han demostrado las democracias constitucionales para asegurar una ciudadanía femenina equivalente a la masculina, este artículo constituye un esfuerzo por avanzar en un análisis feminista del derecho constitucional, en particular de la interpretación constitucional de la paridad. Se destaca la importancia que tiene para una adecuada comprensión de sus implicancias, problemas y desafíos, su conexión con los movimientos de mujeres y las teorías feministas.

Introducción

El abordaje de las relaciones entre ciudadanía y mujeres ha evolucionado rápidamente en las últimas tres décadas, desencadenando numerosas discusiones constitucionales. Algunas de ellas se refieren a la forma en que la situación política de las mujeres se inserta o, en cambio, disloca y tensiona las interpretaciones tradicionales sobre igualdad, representación, democracia y ciudadanía, mientras que otras se enfocan concretamente en la determinación del mejor elenco y diseño de las herramientas destinadas a fomentar la participación de mujeres en espacios representativos. Todas estas discusiones han tenido abundantes componentes idiosincráticos que muestran la relevancia de las especificidades culturales, institucionales y políticas de cada sistema constitucional en el abordaje de estas temáticas. Sin embargo, tras las respuestas que cada sistema jurídico ha elaborado para reducir la brecha de género en las esferas de toma de decisiones, subyace un problema universal

¹ Profesora Titular del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Doctora en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, España. Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile.

y estructural: las democracias constitucionales han sido incapaces de asegurar una ciudadanía femenina equivalente a la masculina. No sorprende, entonces, que el déficit de representación femenina en las esferas del poder se haya transformado en un terreno clave de la acción política feminista en las últimas décadas.

Desde la década del 90, un renovado activismo feminista de carácter transnacional, con un acervo teórico, un vocabulario y un repertorio de estrategias común, ha logrado instalar en la discusión constitucional que la escasa presencia de mujeres en la toma de decisiones es, en realidad, una grave anomalía democrática y una cuestión de relevancia constitucional. A lo largo de estas décadas, las interacciones cruzadas entre los desarrollos locales y globales han permitido a los movimientos de mujeres documentar y recoger experiencias, tomar nota de los obstáculos y resistencias e idear acciones destinadas a establecer arreglos institucionales más justos y estables para las mujeres. El tránsito desde los discursos enfocados en las cuotas hacia los que reclaman la paridad es un ejemplo concreto de esta búsqueda. A diferencia de las cuotas, la paridad es presentada por el feminismo contemporáneo como un horizonte más ambicioso que aspira a redefinir el corazón de la representación democrática mediante la redistribución del poder sociopolítico entre hombres y mujeres.

Es cierto que la empresa feminista de localizar la discusión sobre la ciudadanía femenina en el centro de las preocupaciones democráticas se ha visto favorecida por la presencia de estructuras de oportunidad. Así, por ejemplo, el descrédito general del modelo representativo convencional ha actuado como un poderoso caldo de cultivo para abrir un amplio debate sobre la representación de grupos marginados. Pero los nuevos enfoques feministas sobre la representación han superado con creces el mero aprovechamiento oportunista de estas crisis. Han sido capaces de ir más allá, combinando la larga tradición feminista sobre la igualdad con enfoques novedosos que orbitan alrededor de la representación, configurando una ecuación original cuyos rendimientos políticos y jurídicos son inéditos, si bien no están libres de problemas y resistencias. El camino hacia la consolidación de la paridad como una de las categorías más exitosas del repertorio feminista, ha estado lleno de obstáculos, algunos de los cuales han sido visibles una vez que la paridad ha logrado popularizarse como una lógica político-normativa.

Este artículo quiere ser una contribución al esfuerzo de construir un análisis feminista del derecho constitucional, es decir, un tipo de enfoque en el

que el género opere como un punto focal en lugar de un dato anecdótico y/o de contexto. Desafortunadamente, el análisis feminista es considerado todavía un punto de vista sesgado, vivencial e ideológico en lugar de un tipo de hermenéutica jurídica que sirve para colmar puntos ciegos y enriquecer la interpretación de los fenómenos normativos. A contrapelo de este enfoque dominante, este trabajo postula que la redefinición contemporánea de los enmarques de la discusión e interpretación constitucional en torno a la paridad, sus implicancias, problemas y desafíos, no puede comprenderse adecuadamente sin explorar sus conexiones con las estrategias de acción de los movimientos de mujeres y con las teorías feministas. Sin importar las distintas parcelas o espacios normativos a los que se aplique la paridad, o las formas particulares que esta idea adopte, ella está enraizada fuertemente en esta tradición de pensamiento y acción política.

Sobre esta base metodológica quiero reconstruir la reciente discusión sobre la paridad en Chile y vincularla con la experiencia comparada, a fin de identificar sus continuidades y quiebres con los desarrollos previos.

1. Las críticas feministas a la democracia

Desde diferentes posiciones, epistemológicas y políticas, desde hace varias décadas se viene resaltando las flaquezas de la democracia para responder a su propio ideario. Más que un autogobierno o una deliberación colectiva, la democracia representativa tradicional ha producido la atrofia de la participación ciudadana y la rendición de cuentas. Los ciudadanos se han limitado históricamente a elegir unos pocos representantes, sin participar en la gestión de los asuntos públicos ni acceder a información relevante sobre las razones que determinan las decisiones públicas. La participación individual en la deliberación colectiva ha sido sustituida por la negociación entre grupos de interés, que actúan estratégicamente para alcanzar y mantener el poder. La democracia ha tenido problemas entonces para asegurar legitimidad, gobernabilidad y justicia.

Las críticas feministas han explorado parte de este crisol de objeciones, pero se han enfocado particularmente en subrayar el desfase entre democracia e igualdad. Así han acusado la abierta connivencia entre democracia y desigualdades de género, sugiriendo que este vínculo es tan funcional que, de no corregirse, solo asegura la reproducción de privilegios. Según este pensamiento, la democracia, en lugar de transformar el egoísmo en solidaridad y la particularidad en universalidad, ha sido un caldo de cultivo del

sexismo (un sistema de valores basados en el predominio de lo masculino sobre lo femenino) y del androcentrismo (la suplantación de lo universal por la experiencia de los varones).

El panorama de barreras que desnudó la expansión de los derechos de las mujeres en la segunda mitad del siglo XX ayudó a hacer palpable este vínculo. La dificultad sistemática de ellas para acceder, en igualdad de condiciones con los hombres, al poder político, el prestigio social o a la retribución económica, se volvieron innegables tras la irrupción femenina en las escuelas, las universidades y las diversas actividades profesionales, mostrando el rol central del género en la ordenación de la vida social. Las populares metáforas arquitectónicas surgidas en la década del 80 para referirse a estas barreras (“glass ceiling” y “sticky floors”) terminarían por darle un nombre a una realidad cotidiana de las mujeres en todo el orbe. Así, la democracia será mostrada bajo una luz distinta: un disfraz de los privilegios del poder masculino.

Al subrayar los vínculos entre las desigualdades económicas, de estatus y las barreras de acceso a la representación política, las feministas pusieron en cuestión que la igualdad entre hombres y mujeres pudiera alcanzarse en el marco de la democracia tal cual esta venía siendo pensada y ejecutada. De hecho, la propuesta feminista no solo critica la estrechez de la democracia representativa tradicional, sino también de las propuestas socialdemócratas, concentradas únicamente en la satisfacción de necesidades económicas. La propuesta feminista de la democracia se erige como una alternativa; consiste en hacer emerger la voz y el punto de vista de las mujeres y promueve una interpretación, material y simbólica, de sus necesidades. Mirada bien, dicha propuesta no busca eliminar ni superar a la democracia sino radicalizar sus presupuestos históricos. En otras palabras, aspira a democratizarla.

Si la democracia consiste en el compromiso colectivo y en la participación de los ciudadanos en la resolución de los asuntos de su comunidad, entonces, la política democrática feminista impulsa, por un lado, una apertura hacia una variada gama de asuntos que abarcan múltiples espacios sociales. Lo político no se agota, entonces, en lo público-estatal ni concierne solo a las relaciones entre el Estado y los individuos. Tampoco abarca un listado predeterminado y rígido de temas. Comprende el barrio, la ciudad y el hogar; el cuidado, el sexo y la violencia, tanto como la política formal, la función jurisdiccional o la propiedad. Así, la propuesta feminista subvierte la clásica distinción entre lo público y lo privado, la cual ya no es presentada como una frontera espacial sin vasos comunicantes, sino como un conjunto dinámico

de interfaces. Por otro lado, democracia en clave feminista promueve una diversificación de los actores y una revitalización de los movimientos sociales y las organizaciones de base, en desmedro del protagonismo de los partidos políticos y los grupos de presión.

De hecho, es a propósito de la dimensión participativa de propuesta feminista de la democracia— seguida por otros tantos movimientos sociales, en especial en América Latina— que se va a moldear el camino hacia la paridad. Esta última emerge como una suerte de tercera vía, que no se inscribe de lleno ni el modelo clásico de la representación ni tampoco en la *praxis* participativa en su versión convencional. Es del caso recordar que antes de la paridad las prácticas participativas de los movimientos de mujeres, aun cuando incidieron con diversas intensidades y éxitos en bullados procesos políticos, operaban como acciones no institucionalizadas, desvinculadas de las lógicas de negociación electoral propias de la democracia tradicional, al margen, por tanto, de las formas y canales institucionales, de las que habitualmente renegaban.

Sin embargo, como destaca Ruth Rubio el despertar participativo de las mujeres en las últimas décadas terminó por converger, temporal y sinérgicamente, con la eclosión de un constitucionalismo participativo². Lo anterior hizo que se asentara un tipo de práctica democrática—la paridad—cuya vocación no es solo traducirse en arreglos institucionales marginales, sino cambiar diametralmente las reglas del juego político, entretejiéndose con la norma fundamental. En efecto, el desarrollo de un elenco variado de mecanismos de participación popular en los procesos de reforma u otorgamiento de constituciones—entre otras, la elección de integrantes de asambleas constituyentes, los mecanismos de participación en la redacción del texto constitucional o los referéndums constituyentes de apertura o ratificación—han servido para canalizar la movilización política de las mujeres en las últimas décadas, tanto bajo la forma de representación femenina formal en las asambleas constituyentes como por la vía de estrategias informales, pero institucionalizadas, de incidencia en el debate constitucional. Así, a lo largo de estas tres últimas décadas el porcentaje promedio de participación femenina en las asambleas constituyentes logró empinarse a la cifra inédita del 20%, mientras que las organizaciones feministas levantaron estrategias de incidencia ahí donde visualizaron posibilidades de reforma, incluso si ellas no aparecían siempre

2 Rubio, Ruth, “Mujeres y procesos constituyentes contemporáneos: retos y estrategias de participación” en *Revista de Estudios Políticos*, 187, 2020, pp. 43-69

confiables, no gozaban de una completa legitimidad social o eran apuestas arriesgadas³, ampliando con ello su repertorio de acción estratégica. De más en más, las demandas feministas apuntaron al establecimiento de normas electorales que garantizaran umbrales adecuados de presencia femenina en los órganos constituyentes y/o procedimientos de deliberación constitucional y que fueran aptos para capturar los intereses y visiones de las mujeres en su diversidad, trasladando la discusión de integración y funcionamiento de los parlamentos a la composición y funcionamiento de las asambleas constituyentes. En el terreno latinoamericano, los casos de Ecuador y Bolivia son un ejemplo de lo anterior.

Los resultados de esta diversificación de estrategias están a la vista. Todas las constituciones adoptadas desde el año 2000 incluyen disposiciones sobre igualdad y no discriminación de género; cada vez más textos constitucionales protegen los derechos sociales, económicos y culturales, los cuales son vitales para las mujeres y las niñas, reconocen el derecho a vivir una vida libre de violencia y contienen obligaciones específicas para su desarrollo normativo y salvaguardia. En muchos países se han ido aprobado leyes de paridad que han complementado y reemplazado a las leyes de cuotas, aun cuando su implementación sigue siendo todavía dispar. Pese a ello o quizás precisamente debido a esto, la lucha por la paridad se transformó en una agenda prioritaria. Esta no se ha contentado con el establecimiento de reglas—legales o constitucionales— que declaren que la presencia equilibrada de mujeres y hombres es requisito *sino qua non* del poder democrático legítimo, sino que viene apuntando, sobre todo en los últimos años, a la transmutación de la paridad desde un modelo electoral cuyo objetivo final era garantizar la presencia femenina en listas de candidaturas, a un modelo más ambicioso que aspira a asegurar y estabilizar la presencia femenina en el ejercicio del poder democrático en todas sus manifestaciones como mecanismo para redistribuir poder social entre hombres y mujeres. Dicho en términos más simples, la paridad ha tendido a evolucionar desde un modelo de entrada o en listas, a un modelo de salida o en los resultados.

3 Goyes Quelal, Solanda “De las cuotas a la paridad: el caso de Ecuador”, en Llanos, Beatriz (ed.), *La apuesta por la paridad: democratizando el sistema político en América Latina. Los casos de Ecuador, Bolivia y Costa Rica* IDEA Internacional – Comisión Interamericana de Mujeres, Lima, 2013, pp. 47-120.

2. La contribución chilena a la paridad o hacia la paridad en los resultados

Como es bien sabido, la idea de democracia paritaria irrumpió en el escenario jurídico-político en la década del 90, recogiendo buena parte de las críticas feministas a la democracia. Si bien la preocupación por la discriminación femenina había estado presente en el panorama normativo nacional e internacional desde la década del 70, el renovado interés feminista por la democracia va a permitir que la paridad, sin dejar de asentarse en la tradición previa de la igualdad, logre trascenderla.

Así, la paridad vino a la vez, a empalmarse con las estrategias típicamente antidiscriminatorias, como las cuotas, sustituyéndolas progresivamente sin solución de continuidad. Por mucho tiempo, las cuotas y la paridad aparecieron confundidas en el panorama de las preocupaciones y de las acciones para impulsar la participación política femenina, al punto que no es posible hacer un corte nítido, entre unas y otra, especialmente en América Latina. A diferencia del caso francés, en el que la “parité” se presentó, desde sus orígenes, como una alternativa a las cuotas, en el tránsito al primer decenio del siglo XXI, las cuotas empezaron a ser caracterizadas como un camino, un medio o una antesala para llegar a la democracia paritaria; y, a partir de ahí, empezaron a diferenciarse. Esto explica que en los últimos años hayan proliferado los trabajos y discursos que ponen de relieve las diferencias conceptuales entre cuotas y paridad, en relación con sus discursos de justificación, su vigencia en el plano temporal, y sus objetivos u horizonte transformador⁴. Mientras las cuotas pertenecen al espectro de las medidas de antidiscriminación, son herramientas temporales y correctivas, cuyo objeto es contrarrestar barreras de entrada, la paridad es especular, arquitectónica y permanente, pues refleja la composición sexuada de la humanidad, aspira a distribuir equilibradamente el poder entre hombres y mujeres como un horizonte democrático estable.

Un aspecto especialmente interesante de los debates legales y constitucionales sobre la paridad es que marcan un antes y un después en la tensa relación entre el orden jurídico y los movimientos de mujeres. El derecho ha deja de ser visto por las feministas (al menos, en parte) como un instrumento que sirve siempre a un Estado patriarcal para empezar a ser concebido como una herramienta que puede desafiar y transformar el orden tradicional de género, reconociendo el valor simbólico y estructurante del sistema jurídico. De

4 Por todos, Mestre i Mestre, Ruth. y Zúñiga, Yanira (Coords.) *Democracia y participación política de las mujeres: Visiones desde Europa y América Latina* (Valencia, Tirant lo Blanch), 2012.

hecho, en los debates sobre paridad el valor performativo del derecho constituye una piedra angular de la justificación de estas medidas.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el cambio de acercamiento de los tribunales constitucionales respecto de la constitucionalidad de las leyes de incentivo de la participación femenina, desde el rechazo a la convalidación, ha marcado también un giro notable. Desde las primeras sentencias que, en los años 80 y hasta la primera mitad de los 90, rechazaban de tajantemente la constitucionalidad de reglas de aseguramiento de presencia femenina por considerarlas incompatibles con la concepción clásica de la representación (un pueblo abstracto, uniforme y susceptible de ser representado por cualquiera, hombre o mujer) hasta a que la paridad se abre camino a partir de los años 2000, ha corrido mucha agua bajo el puente.

Los cambios jurisprudenciales han sido, desde luego, coetáneos con los cambios legales. Antes de 1995 solo Argentina y Nepal aplicaban leyes de cuota. Hoy las leyes que fomentan o exigen imperativamente la presencia femenina en parlamentos son la regla general. En 81 países existe alguna modalidad de medidas que fomentan la presencia femenina en la toma de decisiones. Numerosos países han migrado explícitamente desde legislaciones de cuotas a dispositivos de paridad y/o regulado esta última en sede constitucional. Así, por ejemplo, Francia —cuna del movimiento *paritariste*— ha expandido progresivamente su dispositivo de paridad, con sede constitucional, a diversos tipos de elecciones (municipales, nacionales, europeas y regionales) y espacios regulativos. En América Latina, un número significativo de países latinoamericanos han sustituido diversas modalidades de cuotas legales por mecanismos asociados a la paridad. Por ejemplo, Bolivia (2008), Ecuador y Costa Rica (2009) y México (2014) han realizado modificaciones en sus normas legislativas o constitucionales, en este sentido. En el continente africano, Senegal (2010) y Túnez (2012), adscriben también a la paridad normativa. En Chile, como sabemos, se acaba de aprobar una modificación que introduce la paridad en la agenda constituyente y que coexiste con la cuota de carácter electoral prevista en la ley 18.700 *de votaciones populares y escrutinios*, introducida por la ley N° 20840, de 2015.

Con todo, la proliferación de los dispositivos paritarios o su regulación en sede constitucional no conlleva necesariamente su eficacia. Esta última depende de una interacción virtuosa entre diseño normativo y contextos culturales e institucionales. Por eso, los países nórdicos, cuyo sistema de cuotas voluntarias prácticamente no ha variado en décadas, ocupan habitualmente

los primeros diez puestos en el mundo, bordeando el 40% de representación femenina. Y, en contraste, Francia, que cuenta con una norma constitucional y leyes paritarias desde la década del 2000, sin obligatoriedad en el caso de las elecciones parlamentarias, alcanzó recién en la elección de junio de 2017 un récord histórico de 38,8% de mujeres en la Asamblea Nacional.

En contextos especialmente resistentes a las transformaciones sociales de género, como ocurre en Latinoamérica, las medidas que han logrado la mayor efectividad consisten en leyes electorales, cuyos umbrales de presencia femenina son altos (superiores al 30 %), incorporan, además, reglas de mandato de posición (sistema de alternancia o de distribución por tramos) y prevén sanciones importantes en caso de incumplimiento (como la pérdida de la posibilidad de presentar la lista electoral en lugar de multas o pérdidas de financiamiento electoral estatal). Así, América Latina ha podido alcanzar el umbral de 30% en todas las cámaras legislativas combinadas, habiéndose registrado en la región el mayor aumento global de presencia femenina, entre 1995 y 2019 (18,6 puntos)⁵.

Sin embargo, la expansión de estos dispositivos en América Latina es engañosa. Antes que reflejar un cambio cultural da cuenta de las múltiples resistencias masculinas y de la gran capacidad de los movimientos feministas para innovar y ser resilientes. En efecto, la experiencia latinoamericana es fértil en hipótesis de incumplimiento de esta clase de normas; la mayor parte de ellas consistentes en prácticas de elusión, es decir, casos de apego formal a la norma e incumplimiento en su espíritu. Entre otros ejemplos, puede mencionarse la práctica de los partidos políticos de encabezar las listas electorales con varones, como ocurrió en los procesos de elección de las asambleas constituyentes en Bolivia y en Ecuador, lo que propició que las reglas de paridad electoral, previstas para la elección asambleístas, no arrojaran más que el 35% de mujeres electas. También destaca el fenómeno conocido en México como “Las Juanitas”. Este consiste en una práctica de los partidos políticos en orden a conformar las listas electorales con mujeres propietarias y hombres suplentes, para acomodarse así a las exigencias de paridad en las candidaturas. Una vez electas es frecuente que las mujeres renuncien debido a presiones, ocupando los varones suplentes sus puestos, alterándose con esto la composición definitiva de los órganos de elección popular los que, de esta manera, permanecen masculinizados. Hay también evidencia de que las resistencias

5 Fuente: Unión Interparlamentaria Internacional.

masculinas se han desplazado en la región americana desde la disputa del acceso al poder a la disputa por el ejercicio de este, adquiriendo en muchos casos un carácter abiertamente violento. A resultados de lo anterior, en Bolivia y en México, han debido aprobarse recientemente estatutos contra la violencia política de género, impulsados por la acción de los colectivos feministas locales.

En suma, puede decirse que el tránsito de las cuotas a la paridad en América Latina ha sido especialmente accidentado y está todavía lejos de reestructurar las asimetrías de género ínsitas en el poder político. A este respecto, es importante tomar nota de la pervivencia de estos obstáculos y resistencias; y observar al mismo tiempo que, aunque el acceso de las mujeres a la esfera de toma de decisiones es una condición necesaria para mejorar la democracia no produce ni asegura por sí solo una redistribución justa del poder social entre hombres y mujeres. Lo anterior ha puesto de relieve la necesidad de combinar la estrategia de presencia femenina en los espacios representativos con otras estrategias de carácter participativo, para así estabilizar la presencia femenina, amplificar las voces de las mujeres electas y corregir el déficit de capital o trayectoria política que, a menudo, las afecta, precisamente, debido a la marginación de la que han sido objeto. La experiencia comparada acumulada ha demostrado que los modelos de órganos constituyentes y de dinámicas de trabajo político que, en general, han ofrecido las mejores perspectivas para retroalimentar las lógicas de la política de la presencia son aquellos que han considerado formas de interacción ciudadana y facilitado la fluidez en articulación entre mujeres electas y organizaciones feministas.

Como hemos visto, las dificultades para traducir las exigencias normativas de la paridad en obligaciones concretas de resultado, aptas para producir la transformación social de género es parte de la evolución de los dispositivos de paridad. Estas resistencias no solo pueden observarse una vez que estas cláusulas están instaladas sino, como es obvio, aparecen también en los debates previos. Estos debates revelan que para una clase política masculinizada siempre es más fácil adherir al discurso de la representación equilibrada que comprometerse con sus implicancias prácticas; reconocer la injusticia de la subrepresentación femenina que impulsar reformas estructurales que permitan superarla de manera estable. De hecho, la mayoría de los intervinientes en estas discusiones, incluidos los expertos jurídicos, tienden a disminuir su respaldo a la paridad a medida que las exigencias de garantía de sus resultados aumentan. Por consiguiente, es común que dichos políticos o expertos defiendan interpretaciones que enfatizan la dimensión simbólica de

la paridad—como si esta fuera una especie de cláusula de buenas intenciones— o que, en el mejor de los casos, reconocen su dimensión material, pero limitándola al mejoramiento de las oportunidades femeninas para acceder al poder. Es decir, como una obligación de medios y no de resultado.

Hasta ahora, las resistencias a concebir la paridad como una obligación jurídica de resultado habían dominado el panorama constitucional mundial, prácticamente sin excepción. Por eso, las normas de paridad recientemente aprobadas en Chile han concitado la atención a nivel mundial. El caso chileno cambió de manera abrupta las coordenadas de la discusión sobre los presupuestos e implicancias de la paridad, abriendo la puerta a una comprensión más radical de sus efectos y afianzando una interpretación político-jurídica que postula que dicho principio envuelve una garantía de resultados y no solo consiste en el aseguramiento de posiciones en listas electorales.

Hasta marzo de 2020, el sistema jurídico chileno solo consideraba un dispositivo de cuotas electorales de género (de un 40% para sexo infrarrepresentado), aplicable únicamente a las elecciones parlamentarias. Este, como es sabido, se aprobó en el año 2015, mediante la ley N° 20840, que sustituyó el sistema electoral binominal por un sistema de carácter proporcional. Sin embargo, dicha ley estableció, entre sus disposiciones transitorias, una limitación temporal que afecta al referido mecanismo y a sus incentivos económicos los cuales solo tendrán vigencia durante cuatro elecciones (2017, 2021, 2025 y 2029). Cabe considerar que, desde el punto de vista de la experiencia comparada latinoamericana, la transitoriedad de la cuota chilena (convertida en un plazo de caducidad en lugar de una regla provisional sujeta a la evaluación del impacto de dicho dispositivo) constituye una verdadera anomalía. Previsiblemente, la citada limitación temporal fue producto de una negociación que debió aceptar el costo de desnaturalizar la cuota de género para lograr su aprobación legislativa.

Así las cosas ¿qué puede explicar la aprobación de un robusto modelo de paridad, inédito a nivel comparado, en un país que apenas había logrado surbirse, a regañadientes, al carro de las cuotas? No cabe duda de que la revuelta social de octubre de 2019 ha tenido mucho que ver en esta paradoja. El llamado “estallido social” es el desenlace de un encadenamiento de movilizaciones sociales, con destellos progresivamente violentos, que vienen sucediéndose en Chile durante las dos últimas décadas con cierta regularidad. Desde 2006, diversas oleadas de manifestaciones callejeras dieron rostro a una disconformidad social que escaló en intensidad y se expandió abarcando diversos

aspectos del modelo sociopolítico chileno de la postdictadura (la educación, la salud, las pensiones, la violencia de género). Progresivamente la protesta social fue apuntando a la constitución como uno de sus símbolos, lo que catalizó el acuerdo político de noviembre de 2019, que da origen a un itinerario de cambio constitucional no previsto en el texto de la Constitución del 80.

Dicho itinerario ha debido construirse a través de sucesivas reformas. Esta ventana de oportunidad fue aprovechada por el activismo feminista chileno que logró impulsar y dar forma a una movilización por la paridad constituyente. Desde el retorno a la democracia, el movimiento feminista chileno había tenido una presencia intermitente en el debate sociopolítico, en torno a demandas específicas (como el divorcio, la violencia o los derechos reproductivos), con mayor o menor grado de movilización y visibilidad mediática. Antes y durante la revuelta social de octubre de 2019 se produjo una intensificación del activismo feminista, encarnada en episodios más concentrados en el tiempo, desplegados a través de un diversificado repertorio político, que incluye el lobby, la marcha y la performance de protesta. Este activismo generó las condiciones para que la demanda por la paridad de género en el proceso constituyente se plasmara en una reforma constitucional (ley N° 21.216, D.O. 24.03.2020), transformando a Chile en el primer país en el mundo que ha garantizado un diseño de asamblea constituyente (la convención constitucional) que resguarda un estricto equilibrio entre hombres y mujeres. Uno de los rasgos sobresalientes de esta reforma político-jurídica fue la alianza entre parlamentarias de diferentes sectores políticos, algunas de las cuales fueron electas gracias a la primera aplicación de la ley de cuotas, con un grupo de expertas politólogas para diseñar el mecanismo electoral de paridad. A esto se sumaron acciones coordinadas de organizaciones feministas, amplificadas por medios de comunicación y redes sociales. Es decir, se materializó un conjunto de estrategias, que van desde lo político a lo social, las cuales se retroalimentaron entre sí.

El resultado de estas acciones conjuntas fue la introducción en la reforma constitucional establecida por ley N° 21.216 (de 24 de marzo de 2020), de una fórmula electoral consistente en un grupo de reglas destinadas a asegurar la presencia paritaria de mujeres y hombres, tanto en la presentación de las candidaturas a la Convención Constitucional como en la asignación de escaños para las y los convencionales electos. En concreto, las reglas de presentación de candidatura contempladas en la reforma constitucional antes referida requirieron que las listas para convencionales constituyentes fueran

encabezadas por mujeres y conformadas bajo la modalidad “cebra”⁶. Y, en el evento de que la aplicación de estas reglas no produjera, en la práctica, un resultado paritario en la asignación de escaños, previeron que debían aplicarse otro grupo de reglas complementarias, cuyo objetivo era garantizar el resultado paritario, mediante el descarte de candidaturas, en principio electas, del sexo sobrerrepresentado.⁷

Este mecanismo ha sido bautizado por sus promotoras— un grupo de politólogas feministas⁸,—como asignación paritaria de escaños. Fórmulas parecidas se habían implementado ya en el derecho mexicano para la integración de otra clase de órganos representativos. De manera que la originalidad de esta modalidad radica, en rigor, en su uso para la elección de un órgano constituyente. Además de las implicancias prácticas de su incorporación al escenario electoral chileno, el uso de un modelo de paridad que garantiza una representación equilibrada de mujeres y hombres en el órgano constituyente tiene también importantes componentes simbólicos: traslada esta exigencia al arreglo social de la mayor relevancia en una comunidad política y refrenda, además, la conexión estructural entre resultados paritarios y legitimidad del órgano constituyente. En su versión chilena, la paridad no es, entonces, solo un discurso normativo que testimonia la importancia de la presencia de mujeres como condición *sine qua non* de la legitimación del poder representativo, sino un mandato que solo puede entenderse cumplido al elegir medios idóneos para garantizar materialmente una distribución equilibrada de las distintas dimensiones de ese poder, y, extensivamente, del poder social.

La inclusión de reglas de corrección electoral fundadas en el principio de paridad, como las reseñadas, tiene variadas y prometedoras implicancias para el derecho constitucional. Permite avanzar en una comprensión de la paridad que trasciende la lógica de la composición equilibrada de género en listas electorales (o paridad de entrada) hacia un modelo de paridad de salida. De esta manera, la paridad aparece ahora como un principio de redistribución del poder más comprometido con la garantía de resultados. Cabe mencionar

6 Esta consiste en que la nómina debe ser alternada por sexo: una mujer, un hombre, una mujer, un hombre, y así sucesivamente. En todo caso, siempre el primer nombre debía ser el de una mujer.

7 En términos resumidos, el sistema opera de la siguiente manera: Determinado el sexo cuyos candidatos resultaron preliminarmente más elegidos (sobrerrepresentado) y, por tanto, correlativamente el sexo cuyos candidatos resultaron menos elegidos (subrepresentado) deben ordenarse las candidaturas asignadas preliminarmente del sexo sobrerrepresentado, según su votación individual de menor a mayor, y proceder a su descarte hasta que se produzca el equilibrio.

8 Un grupo de politóloga, diputadas y senadoras de distintas orientaciones políticas.

que este modelo, así delineado, es más robusto, incluso, que el mecanismo de reserva de escaños, el que habitualmente tiene un carácter acotado en términos de las exigencias de umbrales de presencia femenina. Previsiblemente, la incorporación de las correcciones fundadas en la paridad, como parte de la estructura de los mecanismos paritarios electorales servirá, de aquí en adelante, para evitar la pérdida de efectividad del mandato de presencia equilibrada en el proceso de conversión de votos, desde las listas a los escaños. En este sentido, será útil para impedir que aquel sea despojado de su contenido crítico y transformado en una norma exclusivamente testimonial.

Uno de los avances más tangibles que derivan de la reforma constitucional chilena sobre la paridad se refiere a las correcciones electorales. Estas usualmente buscan distribuir los escaños en función del apoyo que la votación popular exprese respecto de los diversos proyectos o fuerzas políticas rivales, posibilitando particularmente la representación de las fuerzas minoritarias. Estas modulaciones han sido universalmente aceptadas y materializadas a través de los sistemas electorales proporcionales, los cuales han sido considerados, en general, compatibles con la política democrática. Como ya adelantamos, no ha sido el caso de las correcciones electorales para garantizar la presencia de ciertos grupos en el resultado final, las cuales han sido, en general, controvertidas. En la experiencia comparada, cuando se ha querido representar diferencias étnicas o lingüísticas, se ha optado regularmente por el mecanismo de los escaños reservados, usado en unos pocos países. En consecuencia, una de las dificultades que debió sortear la reforma chilena por la paridad fue, precisamente, la aceptación de las controvertidas correcciones electorales por razones de género. Varios políticos de la coalición de gobierno discutieron la constitucionalidad de esta propuesta argumentando que su uso equivalía a “meter la mano en la urna” confirmando (más allá de las probables resistencias machistas) el distinto tratamiento que, en la práctica electoral mundial, se les da a unas en relación con las otras. Sin embargo, la articulación y amplitud de la demanda feminista por la paridad de resultados en el órgano constituyente terminó finalmente por imponerse, logrando instalar una fórmula de compromiso: las correcciones de género debían respetar los apoyos expresados por los votantes respecto de cada una de las distintas listas electorales. Así, se sorteó una segunda dificultad derivada de la tradición electoral chilena. Esta última operaría mediante listas cerradas, las que, a diferencia de las listas abiertas, se prestan menos para incorporar lógicas paritarias.

En síntesis, las reglas chilenas de paridad son altamente innovadoras; agregan a la ecuación de garantías de los modelos paritarios (reserva de puestos y mandato de posición) correcciones en el proceso de conversión de los votos a escaños. Puede sostenerse, entonces, que la experiencia chilena ha adicionado un nuevo e importante eslabón a la discusión sobre los contornos e implicancias del principio de paridad, afianzando la idea de que los propósitos normativos de la paridad están claramente al servicio de objetivos concretos, que tienen implicancias simbólicas y materiales, y que no pueden comprenderse ni ejecutarse como fórmulas meramente testimoniales.

Esta deriva reafirma la idea de que la dimensión antidiscriminatoria no es ajena a la paridad; antes bien es uno de sus pilares, pero reinventado. Por consiguiente, la paridad no es simplemente una variante nominativa de la igualdad (al menos, no en los términos en los que, habitualmente, el principio de igualdad ha sido concebido en los sistemas jurídicos) en la medida de que problematiza derechamente el déficit de representación femenina y su vínculo con las injusticias de género. Tampoco consiste en una mera política cuantitativa, una cuestión de números. El objetivo de la paridad no es la presencia femenina *per se* sino la redistribución de poder social. Su *locus* estratégico es el espacio político porque este repercute directamente, como si se tratara de un efecto dominó, en el resto de las esferas de la vida social. Dada su vocación transversal y transformadora, la paridad no se agota, entonces, en lo constitucional, en lo político ni mucho menos en lo electoral. Como observa Nancy Fraser, la paridad es “una condición cualitativa, la condición de ser un *par*, de estar *a la par* con otros, de interactuar con ellos en condiciones de igualdad”⁹.

En conclusión, puede sostenerse que la consigna “no sin nosotras”, que hemos visto desplegarse en las calles chilenas y en múltiples espacios virtuales, en especial durante la discusión de la reforma constitucional sobre paridad, es el reflejo de un giro conceptual y político que viene fraguándose, en el escenario transnacional de las teorías y prácticas feministas desde unas cuatro décadas. Aunque demográficamente nada ha cambiado— antes como ahora las mujeres son la mitad de la humanidad — la noción de un pueblo sexuado, constituido a partes iguales por mujeres y hombres, ha sido elevada en la cultura política reciente a la categoría de un principio fundamental, digno de insertarse en el ADN constitucional. Por tanto, no debiera sorprendernos

9 Fraser, Nancy, *Fortunas del Feminismo* (Madrid, Traficantes de sueños), 2015, p. 197.

que la norma que está llamada a orquestar los grandes arreglos institucionales empiece a ser juzgada, de ahora en adelante, a partir de su capacidad de reflejar esta concepción. Habrá que acostumbrarse, de más en más, a que la constitución sea vista y definida como la fuente, la expresión y la garantía de un poder generizado.

ESTADO SOCIAL Y PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO HACIA UN ESTADO EN PERSPECTIVA SOCIAL

Tomás Jordán Díaz¹

Resumen

El trabajo analiza el modelo de Estado social de cara al proceso constituyente en curso. Para ello examina el modelo de Estado subsidiario establecido en la Constitución de 1980 y cómo se debe caminar a uno que el autor denomina «Estado en perspectiva social», modelo caracterizado las lógicas redistributivas y solidarias en la provisión de los derechos sociales pero, de igual manera, reconoce la provisión privada siempre y cuando se rija por tales criterios rectores de orden constitucional y el establecimiento de derechos sociales garantizados en la nueva Constitución.

1. Introducción

Las Constituciones establecen un modelo político de Estado. Esto se consagra expresa o tácitamente, pero en ambos, casos el constituyente está disponiendo una forma de ordenar la relación entre los derechos fundamentales de las personas y el rol del Estado. La Constitución instituye, por un lado, el sistema de derechos fundamentales (cuáles derechos), y por otro, al Estado con mayor o menor capacidad de actuación (rol activo, pasivo o mixto). Es así, por ejemplo, que una Constitución puede disponer de un modelo libertario (preeminencia de los derechos y libertades individuales) o instituirse como una constitución social (con lógicas de mayor redistribución y solidaridad y rol activo del Estado como Alemania, Italia, España), existiendo una diversidad de intensidades entre éstos. En un extremo tenemos modelos de Estado mínimo (o neoliberales como Chile) y en el otro, modelos estatalistas socialistas clásicos (Cuba).

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Alberto Hurtado, Coordinador Académico Observatorio Nueva Constitución. Correo: tjordand@gmail.com.

La comparación anterior sólo busca ilustrar el punto desde donde se partió en 1980 y la inmensidad de matices existentes, y cómo podemos entender la discusión constitucional chilena en este ámbito².

Esto se liga también al modelo de desarrollo en materia constitucional, vinculado se al diseño institucional que determina las relaciones económicas dentro de un Estado. En este sentido, la relación entre persona, mercado y Estado está definido, básica y estructuralmente, en una Constitución Política. Las constituciones reconocen un rol a la autonomía privada en materia económica, por medio del establecimiento de derechos económicos (en general la libertad de realizar actividades económicas y el derecho de propiedad), y un rol al Estado en materia económica y social. Este último punto (social) no es menor, por cuanto una mayor intervención del Estado en materias sociales (salud, educación, pensiones) significa la exclusión de tales bienes del mercado total o parcialmente. En esta línea, por un lado encontramos los modelos clásicos liberales (USA), y por otro, el Estado de bienestar europeo. Chile se encuentra en un punto de mayor preeminencia de las libertades económicas y Estado mínimo que el modelo liberal clásico con base al principio de subsidiariedad.

2. Elementos de la discusión sobre el modelo político de Estado³

El estallido social, el plebiscito de 2020 y los resultados de las elecciones de convencionales de mayo de 2021 muestran una cuestión clara: la necesidad de abandonar el modelo subsidiario y avanzar a un Estado social, ello, con las particularidades propias de los distintos estados sociales y del sistema político chileno. No hay un modelo único ni rígido de Estado social, aunque podemos afirmar que su asiento está en la existencia de una cláusula social en los textos constitucionales (expresa o tácitamente) y una interpretación de la Constitución con base a la redistribución y el principio de solidaridad.

Alemania, España y Colombia se definen como estados sociales y democráticos de derecho. La Constitución alemana afirma en su artículo 20.1 que “*La República Federal de Alemania es un Estado Federal democrático y social*”; la Constitución española en su artículo 1.1 consagra que “*España se constituye en*

2 Este apartado inicial se basa en el texto: García, José Francisco y Jordán, Tomás, “El mapa y el territorio: geografía temática de la discusión constituyente”, en “*¿Cómo funciona nuestra democracia? Una guía para ciudadanas y ciudadanos*”, (Editorial Universidad de Santiago), 2021. Libro en edición.

3 Este apartado se basa en el texto: Jordán D., Tomás, “Del Estado subsidiario a un modelo en perspectiva social”, en el libro “*7 propuestas para la nueva Constitución de Chile*”, (Editorial Universidad de Santiago), 2020, pp. 19-49.

un Estado social y democrático de Derecho”; y el texto colombiano, también en su primer artículo, fija que *“Colombia es un Estado social de derecho”*.

La definición del modelo de Estado es clave en un texto constitucional. Toda Constitución define un modelo de Estado. Como indicábamos, esto puede ser explícito, como en los países señalados o derivarse de su texto, como el caso italiano en la cual el Estado social se ha edificado a partir del enunciado *“Italia es una República democrática fundada en el trabajo”*⁴ o en Chile, donde el Estado subsidiario, es decir, que el Estado interviene mínimamente y los privados tienen un rol relevante en todas las áreas de la vida asociada, se expresa como idea fundante de la Constitución, en especial, en el rol de los grupos intermedios, en la libertad económica y la propiedad privada.

Esto requiere una breve explicación de cara a la nueva Constitución. El poder constituyente (me refiero a la Convención Constitucional) que nos propondrá un nuevo texto fundamental deberá acordar (políticamente) cómo va a equilibrar a las personas, sus derechos fundamentales y un rol, más o menos activo, del Estado en la sociedad y en la política. Es decir, la definición del modelo de Estado se sitúa en la relación persona-Estado y cómo las Constituciones equilibran o ecualizan ambas cuestiones. Los derechos que las constituciones establecen, junto con el rol activo o pasivo del Estado en la sociedad, configuran el tipo de modelo constitucional que adoptará el país.

La Convención deberá decidir si el Estado tendrá un rol «social», entendido este como una lógica constitucional de mayor redistribución y solidaridad entre las personas, o si será más «liberal», optando por privilegiar la autonomía individual, y por tanto, que cada persona se desenvuelva lo más libremente en la vida asociada, teniendo el Estado un rol de abstención o de no injerencia (dejar hacer). Entre un punto y otro hay matices y grados, que seguramente aparecerán en la constituyente.

3. El modelo de Estado en la Constitución de 1980

Para adentrarnos en el debate hay que observar que la Constitución chilena de 1980 hizo una opción en esta relación persona-Estado. Se puso del lado de las constitucionales liberales, pero moviendo el eje hacia el extremo. Consagró un modelo de Estado fundado en la idea de subsidiariedad. Esta cuestión se

4 La Constitución italiana no tiene cláusula social, pero la jurisprudencia ha interpretado el art. 3.2 con tal sentido. Expresa este artículo: *“Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”*.

extiende a tres puntos. El primero, que la subsidiariedad es un principio rector del orden social donde el motor de la sociedad son los privados, que interactúan individualmente o en asociaciones (grupos intermedios) como puede ser una empresa, una junta de vecinos o un centro de padres. El segundo, al Estado le corresponde un rol residual o mínimo, debiendo sólo intervenir en aquellas actividades en que los privados no quieran participar (por ejemplo, hacerse cargo de ferrocarriles) o no puedan realizar (la defensa de la nación y sus fronteras que es una atribución exclusiva del Estado). El tercero, tal idea se liga a ciertos derechos constitucionales, en particular el derecho de asociación, el derecho a desarrollar actividades económicas y el derecho de propiedad, de modo que la empresa es el grupo intermedio relevante para que la sociedad se desarrolle. A modo ejemplar, tal cuestión tiene expresiones en la ligazón entre empresa y colegios privados, empresa y salud privada, empresa y administradoras de seguridad social privadas, o libertad de trabajo, empresa y libertad económica.

El proyecto constitucional original de Chile (Constitución de 1980) buscó la instauración de un modelo democrático-autoritario neoliberal, en el sentido de un Estado mínimo o de intervención reducida y cuyo centro fuera la autonomía individual, en especial, la económica. La Constitución le otorgó vital relevancia al derecho de propiedad como fundamento de todas las libertades políticas, al orden público económico y el amparo de los derechos de libertad clásicos⁵.

Se consagran derechos de libertad; la tutela de los derechos se dispone en favor de éstos, pero al mismo tiempo se dispusieron derechos sociales como la salud, educación, la seguridad social, pero, desde una dimensión liberal-económica. Estos últimos, más que bienes sociales propiamente tales, se ordenaron como bienes de orden económico, dispuestos en el mercado bajo las reglas de éste (salud privada que funciona como entidades aseguradoras, los colegios privados que se les reconoce una autonomía constitucional, la libertad de trabajo ligada a la libertad de empresa o las entidades de fondos de pensiones que se rigen bajo las mismas lógicas dichas).

El principio de subsidiariedad es un principio propiamente económico que se extendió al ordenamiento constitucional⁶. Se cimienta en el inciso 3° del

5 Ver: Huneeus, Carlos, *El régimen de Pinochet*, (Editorial Sudamericana, 3° edición), 2005, capítulo V; Ortuzar, Enrique, "La Constitución de 1980. Razón de ser del régimen fundacional que ella instaura", en *Revista Política*, Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Chile, edición especial noviembre, 1983, p. 68 y Barros, Robert, *La junta militar. Pinochet y la Constitución de 1980*, (Editorial Sudamericana), 2005, p. 382.

6 Bassa, Jaime, *El Estado constitucional de derecho, efecto sobre la constitución vigente y derechos sociales*,

art. 1 CPR estableciendo que “El Estado reconoce y ampara los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. Este principio implica una definición del rol del Estado. Se ha entendido como un principio organizador de la iniciativa y la labor pública disponiéndose como correlativo al principio de prioridad del no Estado, debiendo el Estado protegerlos, colaborar con ellos, ayudarlos y fomentar su existencia y desenvolvimiento⁷.

El principio tiene una dimensión positiva y otra negativa. Desde la perspectiva positiva, la subsidiariedad consiste en que los cuerpos intermedios que se ubican entre el hombre y el Estado realicen plenamente las funciones que por su naturaleza están llamados a cumplir. En el aspecto negativo, la subsidiariedad se refiere a que ningún órgano superior realice las tareas que el inferior sea capaz de cumplir, a menos que esta entidad inferior no las realice o las ejecute imperfectamente. Para que intervenga el Estado se deben dar dos requisitos: que existan necesidades que los individuos aisladamente no puedan solucionar y que exista capacidad del Estado para satisfacerlas, delegando las personas en él parte de su libertad o autonomía, el cual actúa en *pro* del bien común⁸.

En breve, el rol del Estado a la luz de este principio radica en aquellas funciones naturales (las que representan a la comunidad toda y las que se refieren a la regulación normativa de las sociedades intermedias y de las sociedades entre sí) y en funciones subsidiarias (el desarrollar actividades estratégicas, o frente a la negligencia o imposibilidad de los particulares para ejecutar las tareas que les corresponde siempre que sean importantes para la comunidad y mientras dure la imposibilidad o negligencia).

En la misma línea, el Tribunal Constitucional (TC), en su sentencia Rol N° 352/2002 c.j. 4°-7°, ha definido este principio como uno de los principios rectores del orden social, donde el Estado no puede absorber aquellas actividades que efectúan adecuadamente los particulares, ello, sin perjuicio de aquellas funciones que le corresponden al Estado por su propio carácter. El TC ha entendido que el Estado no puede perpetrar aquellas acciones que los

(Editorial Lexis Nexis), 2007, pp. 145-147.

- 7 Covarrubias, Ignacio, “El principio de subsidiariedad”, en Navarro, Enrique (editor), *20 años de la Constitución chilena 1981-2001*, (Editorial Conosur), 2001, p. 70; Cea, José Luis, *Derecho Constitucional chileno, tomo I*, (Ediciones Universidad Católica, 2da edición), 2008, p. 177.
- 8 Vivanco, Ángela, *Curso de derecho constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, tomo II*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2006, p.60. Para el origen religioso del principio de subsidiariedad, ver: Astorga, Cristóbal, “Las raíces escolásticas del principio de subsidiariedad”, en *Democracia y derechos fundamentales desde la filosofía política* (Santiago, Editorial Jurídica), 2009, pp. 269-285.

particulares están en condiciones de hacer y el Estado lleva a cabo aquellas actividades que los aquellos no estén en posibilidad de realizar.

Bajo el principio de subsidiariedad el Estado tiene un rol prefijado y rígido que es anterior a su aplicabilidad (es un principio ideológico anterior al propio texto constitucional). La ideología original de un Estado mínimo buscó constituir la sociedad en donde el Estado participará no sólo en la economía mínimamente, sino que también mínimamente en ámbitos sensibles y básicos para la realización material e igualitaria de las personas, como la salud, la educación, la seguridad social, etc.

En tales áreas, y en aplicación de la subsidiariedad, los grupos intermedios tienen un rol preponderante, y en especial la empresa. El otorgamiento de las prestaciones sociales se radicó preeminentemente en estos grupos. Las leyes sociales fueron dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, de modo que la arquitectura constitucional permitió el despliegue legislativo para la ejecución de la idea de la subsidiariedad en este ámbito. Desde la década de los ochenta se fue disponiendo la existencia de un sistema de salud privado, un sistema de educación privada (cuyo eje se radicó en el derecho a la libertad de enseñanza y su ligazón con la libertad económica para abrir, organizar y administrar establecimientos educacionales) y un sistema de previsión social (pensiones) de capitalización individual; donde la intervención de la entidad estatal debía ser enfocada sólo a las personas más pobres. Una situación paradigmática se dio en la campaña presidencial de 1989 donde el candidato oficialista y continuista, Hernán Büchi, presentó un programa de salud cuyo título era *“Isapres para todos”*, es decir, sistema privado de salud preeminente y universal.

4. Del modelo social de Estado⁹

El modelo social es muy distinto al anterior. La idea del Estado social se refiere específicamente a cómo resolver los problemas sociales (salud, pensiones, educación, trabajo, vivienda, etc.), no una idea de la sociedad; de modo que no es incompatible con una sociedad democrática y de libertades (civiles, políticas y económicas), sino que concilia esos tres elementos. No es un modelo

9 El convencional Christian Viera es un férreo partidario de esta fórmula de Estado pero con ciertas reconfiguraciones. Sostiene que su profundización se debe ligar no sólo a la veta prestacional, sino a su dimensión política, asociado al Estado de derecho y democrático. Afirma que es necesario que el Estado social abra a espacios de participación como mecanismo de legitimación social, ya sea a través de democracia directa o espacios institucionales de diálogo y acceso a los medios de comunicación social. Ver: Viera, Christian, “Estado social como fórmula en la Constitución chilena”, en Revista de Derecho de la Universidad de Coquimbo, Volumen 21 N° 2, 2014.

donde la sociedad se conciba como “estatal”, pues no es un modelo para ordenar la sociedad como sí lo es la subsidiariedad.

El modelo social aparece como consecuencia de la crisis del Estado liberal en Europa. La mera autonomía individual y un rol inactivo del Estado fue incapaz de dar respuestas efectivas a las exigencias sociales (necesidades individuales y colectivas), siendo responsable de las situaciones de pobreza y desigualdad existentes. Tal crisis venía desarrollándose desde fines del siglo XIX (por ejemplo, Inglaterra y sus problemas sociales derivados de la revolución industrial), y ya en el origen del Siglo XX se generó una discusión en torno a la necesidad de que el Estado dejara su posición pasiva y asumiera un rol activo en la corrección de las necesidades sociales básicas, tales como, salud, trabajo, vivienda o educación. Curiosamente, y es interesante constatar, que esto tuvo un símil en Chile en la generación de la Constitución de 1925, y la incidencia en ella de la llamada «cuestión social»; asunto que aparece en la esfera pública en los años 20 del siglo pasado, como consecuencia de la urbanización e industrialización del país y los problemas asociados a ello en materia de trabajo, salarios, salud, vivienda, entre otros.

El Estado social se instituyó como el modelo europeo luego de las dos guerras mundiales y en un acuerdo político entre socialdemócratas, liberales y democristianos que lideraban los países europeos en esos años. Esto es relevante para la discusión constitucional chilena, pues lo que hizo Europa después del álgido siglo XX fue pactar un modelo de Estado que permitiera conciliar el modelo capitalista o de mercado con políticas sociales redistributivas con miras a corregir las desigualdades; todo en un escenario de precariedad política, económica y social. En ello podemos situar una equivalencia al Chile actual, cuando nos encontramos ante una crisis y deslegitimación de la política desde hace años, en particular desde los casos de financiamiento de la política del año 2015, una crisis social que se hizo palpable en el estallido social de octubre de 2019 y una crisis económica derivada de lo anterior y de la pandemia del Covid-19. Es decir, estamos ante un escenario donde debemos adoptar un acuerdo sobre cómo queremos conciliar el modelo de mercado, el rol de la persona y sus derechos y el tipo de Estado (un rol activo, pasivo o mixto).

En el viejo continente las circunstancias sociales obligaron a las autoridades políticas a enfrentar el problema social, sobrellevando una conciliación entre los intereses de trabajadores y la autoridad, lo cual derivó en la consagración de una profusa legislación laboral desde comienzos del siglo XX. El origen del nuevo modelo de Estado estuvo determinado por variables

económicas, sociales y políticas, buscándose el compromiso entre el progreso económico y el social.

Desde la perspectiva política, el Estado social se vislumbró como una fórmula que buscó el logro de la paz social (estabilidad política), la cual, únicamente se podía fundar en la justicia social. Se forjó como una crítica directa al Estado liberal y orientó un cambio en la forma de concebir el Estado, adquiriendo la estatalidad un papel preponderante en la protección de los sujetos y de sus derechos fundamentales. Se produjo una rotación posicional del Estado, en términos de Habermas: *“Este cambio social del derecho o giro social del derecho fue percibido y entendido de entrada como un proceso en cuyo curso una comprensión instrumental del derecho, asentada sobre una idea de justicia articulada en términos de Estado social, recubrió, desplazó y finalmente relevó al modelo liberal de derecho”*¹⁰.

Esta fórmula constitucional busca asegurar el sustento de las personas a través del otorgamiento de prestaciones y políticas redistributivas. Pretende conjugar la autonomía individual de las personas frente al Estado (ante el poder) y entre los propios particulares, interviniendo el Estado con miras al bienestar general de la sociedad y en particular de los más desvalidos, ello, en el contexto de la forma de gobierno democrática. Se ha considerado al Estado social “consecuencia del proceso de democratización del Estado”, debiendo velar por dar respuestas a los requerimientos de todo el grupo social, no únicamente de sectores privilegiados. Es un diseño institucional que concilia las libertades individuales propias del Estado liberal, la democracia política como sistema de gobierno y un rol activo del Estado.

Ahora bien, entre el eje autonomía personal e intervención del Estado se produce una tensión evidente y que el modelo busca conciliar. Entre mayor es la intervención del Estado en la vida de las personas, habrá un retroceso en ciertos aspectos de las libertades personales (por ejemplo, si se dispone el deber de asistir a la escuela pública o al consultorio del barrio, retrocederá la libertad para elegir el establecimiento educacional o al médico). El autor italiano Norberto Bobbio resume la situación explicando que se dio un paso desde la libertad negativa (dejar hacer) como es la libertad de religión o de opinión; a derechos que requieren intervención del Estado debiendo organizar una serie de servicios públicos dando nacimiento al Estado social¹¹.

Lo propio del Estado social es su carácter abierto y flexible con miras a

10 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, (Editorial Trotta, 4° edición), 2005, p. 471.

11 Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, (Editorial Sistema), 1991, pp. 115-118.

lograr un ajuste entre los valores de la libertad e igualdad, donde los ciudadanos por medio de las elecciones definen donde quieren que esté puesto el acento de las políticas. Se caracteriza por constituir un pacto de conciliación entre liberalismo y el “capitalismo intervencionista o estado neocapitalista”; la generación de seguridad y certeza económica otorgando un mínimo de bienestar; una mayor intromisión estatal en materias económico-sociales; existencia de un pacto global de estabilidad económica (políticas redistributivas y crecimiento del gasto fiscal); extensión de derechos sociales; la institución de bases de dialogo, negociación y concertación de fuerzas sociales y, la garantía de un salario mínimo vital con el objeto de erradicar la extrema pobreza.

No hay contradicción entre el valor de la libertad propia del Estado liberal y el rol activo del Estado, definitorio del Estado social. Se ha entendido que la aparición de los derechos políticos (principalmente el derecho a sufragio y el derecho de asociación) para el funcionamiento de la democracia, operó como un puente para la transición de un modelo al otro. La participación de los ciudadanos, por los mecanismos democrático-representativos, constituyen el medio por el cual las demandas ciudadanas se dirigen hacia el Estado.

En resumen, la fórmula del Estado social se desarrolla sobre la base de ciertos elementos básicos estructurales: a) mantención de la autonomía individual de los sujetos, aunque en constante tensión con la estatalidad; b) papel preponderante del Estado (económico-social), en particular del poder ejecutivo (administración); c) políticas redistributivas con el objeto de generar mayores cotas de igualdad; d) garantías mínimas de subsistencia; e) consagración de derechos sociales para el logro de tales fines y, f) marco democrático para su existencia, conservación y desarrollo.

De esta manera, la nueva estatalidad tiene una doble faz, una política y otra jurídica. En su configuración concurre una decisión por parte del poder político de otorgar mayor relevancia y potestades al Estado con miras a la generación de políticas de mejora sustancial de las personas. Sobre esta base (política) se produce su expresión jurídica. El poder político junto con fijar el sustrato político, establece la ordenación jurídica de tales fundamentos, expresándose en la consagración de normas que instituyen conjunta o indistintamente cláusulas sociales del Estado social (Alemania y España), normas directrices que permitan su protección expresa o por vía interpretativa (Italia) o catálogos de derechos sociales de mayor o menor intensidad en su eficacia material (España, Italia, Portugal entre otros), marcando de tal manera el derrotero legislativo y jurisprudencial.

Parte nuclear del modelo lo constituyen los derechos sociales. El marco social del Estado se instaura como el sustrato político-jurídico indispensable para la consagración y protección de los derechos sociales, produciéndose una utilización del aparato estatal para tales fines. Los derechos sociales se incorporan como una pieza esencial a este tipo de estatalidad, permitiendo su desarrollo y eficacia garantizando su auto-subsistencia. Como indica Häberle -refiriéndose la cláusula de Estado social alemán-, ésta “sirve para la creación de prerequisites materiales básicos”, fijando mínimas prestaciones para asegurar la existencia vital y espiritual, y las competencias requeridas para proceder a la ejecución de las tareas sociales constitucionales¹². La preeminencia estatal obliga al propio Estado a adquirir responsabilidades dirigidas a la generación de condiciones que permitan el pleno goce de tales derechos constitucionalmente consagrados, adoptando diversas modalidades para tales fines, como lo representan la intervención directa (prestaciones) o funciones de fiscalización, prevención y sanción.

La relación Estado social/derechos-sociales se estructura de manera bidireccional, en cuanto el modelo social de Estado representa el medio para el desarrollo de los derechos sociales, y la configuración normativa de éstos permite a este modelo de Estado lograr las finalidades que le son consustanciales. En síntesis: no hay derechos sociales sin Estado social, y no hay Estado social sin derechos sociales.

La aparición de los derechos sociales como elemento componente del constitucionalismo encuentra su origen en los conflictos socio-económicos acaecidos en el siglo XIX y nuevas necesidades vislumbradas en el siglo XX. Progresivamente se forjaron nuevos requerimientos y demandas sociales, derivados de los avances materiales e inmateriales generados en el siglo XX, con miras a corregir y mejorar el nivel de vida de la población. Tales necesidades fueron incorporadas en el imaginario social, reflejando las aspiraciones de sociedades disconformes con sus situaciones particulares.

La pugna jurídica y política por la libertad (fin de las autocracias y de la arbitrariedad) ya había sido dada y ganada en gran parte, produciéndose un desplazamiento del eje conductor y del sujeto activo de los derechos, pasando desde la centralidad y protagonismo del individuo a la del grupo, llegándose a la convicción de que era la propia sociedad la obligada al otorgamiento de las prestaciones deseadas y consideradas como debidas.

12 Häberle, Peter, *Pluralismo y constitución*, (Editorial Tecnos), 2002, p. 204.

La relación entre derechos sociales y modelo social de Estado se generó con base a la convicción de que el Estado no era el «enemigo natural» de la autonomía individual, frente al cual había que protegerse, sino un “auxiliar decisivo y el principal organizador de la liberación social”; abandonándose la idea de una posición de neutralidad estadual hacia un enfoque de intervención positiva, con miras a lograr nuevos niveles de bienestar general y un goce “general e igualitario de los derechos fundamentales”.

Ahora bien, los derechos sociales son un tipo de derechos distintos a los derechos civiles clásicos, que, como dijimos, establecen una facultad de las personas para desenvolverse libremente en la vida asociada (por ejemplo, decir lo que uno quiera o creer o no creer en algo), y un rol del estado de dejar hacer o no entorpecer estas actuaciones individuales. Los derechos sociales tienen otra configuración. Se fundan en que hay bienes jurídicos, tales como la salud, la educación, la vivienda, el trabajo, respecto de los cuáles no todas las personas se ubican en la misma posición, pues, de acuerdo a nuestra condición económica, algunos podrán proveerse de esos bienes por si mismos o será necesario un rol activo del Estado a través de prestaciones estatales.

Por un lado se respeta a las personas que pueden acceder a esos bienes sociales por si solos, y por otro, el Estado debe otorgar ciertas prestaciones sociales básicas a aquellas personas que no se los pueden proveer por ellos mismos. Lo clave es que el eje en el modelo social está puesto en la lógica redistributiva y solidaria, de modo que las decisiones de los poderes públicos deben considerar la corrección de las desigualdades sociales como un objetivo público permanente. Es por ello que en los Estados sociales clásicos se instaura salud pública como eje rector, universal y obligatoria para toda la población, por cuanto la lógica del sistema es que las personas que tiene más dinero solidaricen con las que tiene menos de modo que todos cotizan en el sistema público, pero igualmente, conservan la libertad para acceder a la salud privada como salud complementaria.

Los derechos sociales abarcan dos esferas, una de libertad y otra de prestación. Cuando hablamos de Estado social y derechos sociales, nos referimos a los dos ámbitos, no sólo ni exclusivamente al otorgamiento de prestaciones como la salud o la educación pública, sino que el rol del estado se extiende por un lado al establecimiento de imperativos u obligaciones estatales con relación a las personas que no pueden otorgarse los bienes sociales básicos por si mismos; pero también el ejercicio de la libertad para que las personas puedan conseguir, exigir y conservar sus condiciones materiales; todo con base

en un fundamento igualitario con miras a reducir los grados de desigualdad material entre las personas.

En síntesis, podemos fijar como elementos de los derechos sociales en el Estado social, los siguientes: a) su origen en los conflictos socio-económicos del siglo XIX; b) el surgimiento de nuevas necesidades como consecuencia de los nuevos avances materiales e inmateriales; c) la crisis del modelo de Estado de derecho liberal; d) la nueva percepción e interpretación del Estado, no visto como un ente antagónico, sino como complemento indispensable en la solución de los problemas sociales y, e) el paso del individuo al grupo como actor jurídico relevante del nuevo modelo de Estado, al considerar a ciertos colectivos emergentes, en particular el grupo trabajador, como sujetos dignos de titularidad de una nueva categoría de derechos en este nuevo contexto estatal.

5. La perspectiva social como modelo de Estado¹³

Desde hace más de una década propongo avanzar hacia un modelo Estado que denomino en «perspectiva social». Lo entiendo como una fórmula respetuosa de las libertades personales y la democracia, pero con el eje rector asentado en criterios redistributivos y solidarios. El mercado puede seguir operando en aquellas materias no sociales, tales como el comercio en general, reconociendo la autonomía privada (individual y grupal), donde el Estado cumple un rol básicamente regulador de las reglas del juego y fiscalizador de los privados. Pero, en materia de derechos sociales, el eje rector debe estar puesto en lo público. Por público me refiero a que la provisión de bienes sociales las puede otorgar el Estado o el privado, pero estos últimos sujetos a los criterios antes dichos (redistribución y solidaridad).

Esta fórmula se distancia de la subsidiariedad. No fija como pivote el mercado para la solución de los problemas sociales (se aleja de la idea de la educación o la salud como bienes de consumo), sino que ellos deben resolverse desde la corrección de las desigualdades sociales por medio de la generación de políticas (planes, programas y leyes) que tenga a la vista el problema social, y con esta base, se tomen decisiones públicas, las que requerirán una mayor o menor intervención del Estado. Para ello, la mejor forma para la corrección de las desigualdades es a través de la deliberación democrática legislativa, de

¹³ Esta propuesta tiene su origen en mi trabajo: “El principio de contribución constitucional y la abrogación del principio de subsidiariedad en materia de derechos sociales”, en Estudios de Derecho Público. XL Jornadas de Derecho Público 2010. Editorial Legalpublishing y Thomson Reuters, 2011.

modo que las mayorías en el Congreso, según quien tenga la mayoría, decidan cuál será el grado o intensidad de la corrección y los mecanismos adecuados.

La Constitución es un marco normativo general y opera como una garantía para las personas. De esta manera, junto con el establecimiento de una cláusula o fórmula social en el texto constitucional, es necesario establecer también los derechos sociales respectivos (salud, educación y libertad de enseñanza, seguridad social, trabajo, vivienda digna o adecuada) y mecanismos para su cumplimiento con responsabilidad fiscal. Cuando los poderes públicos tomen decisiones, deberán considerar la perspectiva social (criterio solidario y redistributivo). La perspectiva operará como un parámetro dispuesto en la Constitución bajo el cual deben efectuar su labor los poderes públicos, y en particular el legislador democrático. La fórmula es clara pero no rígida, confiriendo la flexibilidad necesaria para que se puedan adoptar distintas opciones legislativas en favor de las personas que se encuentran en una posición desmejorada.

Un ejemplo de la propuesta. Hasta ahora no se ha podido crear legislativamente fondos de compensación solidarios entre Fonasa e Isapres en materia de salud, ello, por cuanto se ha entendido por muchos años que la cotización de salud en Isapre es de propiedad individual del afiliado, por lo que la creación de cualquier fondo sería inconstitucional al constituir una expropiación (destinar parte de la cotización a un fondo). Esta ha sido la lectura predominante en el diseño de las leyes. Una lógica en perspectiva social permitiría que el legislador pudiese adoptar una decisión con miras a la creación de un fondo de compensación entre el seguro público y el privado, de modo que las personas sanas, y que aporten más cotizaciones, cooperen con las personas que requieren mayor gasto en salud. Lo mismo en materia de pensiones. La dimensión social del modelo habilitaría al legislador a establecer porcentajes de la cotización que sean solidarias entre jóvenes y personas en edad de jubilación. Todo esto debería poder ser constitucional. Hoy no lo es. Un ejemplo interesante que estimo representativo de esta propuesta lo constituyen las mutualidades, de muy poco interés político y jurídico hasta ahora, pero donde la cotización en salud es administrada por entidades privadas sin fines de lucro y sostenidas en los criterios de igualdad de acceso y en el otorgamiento de las prestaciones, solidaridad y redistribución.

El modelo social debe establecerse en la Constitución. Puede adoptar las fórmulas clásicas y definir a Chile como un Estado social y/o puede recoger el concepto del «bien común» de la actual Constitución, pero confiriéndole un

valor más profundo o sustancial, pues ha sido una fórmula desperfilada en su real dimensión social. Esta tesis fue plasmada en el proyecto de nueva Constitución enviado al Congreso por la ex Presidenta M. Bachelet en el cual me tocó participar en su co-redacción¹⁴. En el artículo 2 definió a Chile como un “Estado de Derecho democrático y social”; y el artículo 3 le confirió un nuevo rol conferido al bien común. Afirma en el inciso 1° del artículo 3: “El Estado está al servicio de las personas y su finalidad es el bien común, para lo cual debe crear las condiciones necesarias para el desarrollo integral y sostenible de la comunidad y de sus integrantes, respetando plenamente, y con responsabilidad fiscal, los derechos y garantías que esta Constitución consagra”.

Esta norma es mucho más densa que el inciso 3° del artículo 1 de la Constitución vigente que señala que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

A nivel general, porque no es el objeto de este artículo, las principales diferencias se encuentran en que la finalidad del bien común es un deber del Estado en el proyecto de la ex Pdta., en cambio en el texto vigente el deber estatal es de promoverlo, obligación de menor intensidad, pues el Estado puede promover algo pero no lograrlo o promover en baja intensidad. Luego, la interpretación de la Constitución no le ha conferido al bien común objetivos de interés general, y la realización espiritual es un criterio religioso que nunca ha tenido una expresión constitucional concreta. El proyecto le otorgó un contenido sustancial ligado a buscar el desarrollo integral y sostenible de la comunidad y de sus integrantes, es decir, el bienestar material de todas las personas, ello, con pleno respeto a los derechos fundamentales. A esto se agrega un mandato al Estado que debe hacerlo con responsabilidad fiscal para evitar el sobre endeudamiento estatal.

La perspectiva social radica la lógica del sistema en la búsqueda del bien común o interés general generando una sociedad de garantía básicas. Esto significa que las decisiones públicas que se tomen (legislativas o de gobierno) deben tener por finalidad la corrección de las desigualdades sociales, ya sea que las prestaciones las otorgue el Estado o un privado. Cuanto y cómo es una decisión propia de los poderes públicos, en particular del Congreso, por medio

¹⁴ Esta fórmula fue trabajada por quien escribe este Capítulo, la politóloga Pamela Figueroa R., y los ex ministros Nicolás Eyzaguirre y Mario Fernández durante el año 2017.

de la deliberación democrática. En este sentido, la perspectiva social fija el centro operativo en la contribución, cooperación y colaboración democrática entre los agentes públicos y privados con miras a la realización antes dicha.

En concreto, el modelo requiere como elementos iniciales: i) se defina en la Constitución una fórmula social, ii) se establezcan en la Constitución derechos sociales y su garantía, iii) se habilite a la política y en especial al legislador la decisión de la intensidad o grado de corrección de las desigualdades.

Para explicar esta perspectiva hay que partir de la base que la actual Constitución se ha prescrito bajo ciertos ejes rectores inamovibles o aparentemente inamovibles como lo es la subsidiariedad. El problema de este principio es que no puede ser aplicado en materia de derechos sociales, pues aquí el bien que se protege (salud, pensiones o educación) no es un bien meramente económico (puede tener una mirada económica), sino que es un bien eminentemente social, respecto de los cuáles las personas, muchas veces, no pueden acceder a ellos por razones económicas. Es así que casi 14 millones de personas son beneficiarios del sistema público de salud por no poder acceder al sistema privado, o en el caso de la educación donde el 92% de la educación es estatal o subvencionada.

En Chile, el acceso a los bienes sociales depende de dos cosas: a) que el privado quiera o pueda otorgar ese bien y b) que el destinatario de los bienes pueda acceder a ellos. Las premisas de la subsidiariedad las encontramos en la letra a), pero, con relación a aquellas personas de posición social desmejorada no son suficientes pues no se cumple letra b). El privado puede querer y poder comerciar ese bien, pero para el destinatario es imposible acceder por razones económicas. Solo en este último caso interviene el Estado residualmente¹⁵.

La perspectiva social se sostiene en la contribución o colaboración entre Estado, comunidad y personas. Hace un tiempo propuse un cambio desde el «principio de subsidiariedad» al «principio de contribución constitucional», y con ello sostener la nueva relación entre persona y Estado. Este principio parte considerando la persona como núcleo del orden constitucional, donde la relación entre persona y Estado se configure de una manera flexible, democrática y pluralista. La política deliberativa determinará cuanto y de qué

15 Sobre este argumento ver: “El principio de contribución y la abrogación del principio de subsidiariedad en materia de derechos fundamentales sociales”, Op. Cit. Pp. 562 y 563. En un sentido equivalente sobre el fundamento de los derechos sociales en Chile como una falla del mercado, pero desde la lógica que los derechos sociales participan en la esfera de lo público sostenidos en que el bienestar de las personas es responsabilidad de todos al cual todos los ciudadanos tienen el mismo derecho. Por todos Atria, Fernando, Larraín, “*El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*”, (Editorial Debate), 2013, pp. 179-190.

manera debe concurrir el rol del Estado en la sociedad para el pleno respeto y promoción de los DDFF.

Las personas y el Estado concurren con miras al logro de los fines de bien común, pero son los poderes democráticos por vía mayoritaria los que definirán la manera concreta de la concurrencia y colaboración. La relación entre persona y Estado significa una tensión entre la libertad de los sujetos y el rol estatal, pero estimamos que es la democracia la llamada a resolver o a fijar como se resuelve esta tirantez, examinando la necesidad de intervención del Estado, lo cual, por defecto, determina el rol de la persona y la comunidad.

Desde la perspectiva constitucional, el «principio de contribución» como sostén de la perspectiva social, lo podemos definir como el imperativo constitucional que establece el deber a los órganos públicos y a las personas de cooperar y colaborar conjuntamente hacia la realización de aquellos fines que la CPR les impone. Tiene diversos destinatarios: el Estado, la comunidad, las personas individual o colectivamente consideradas y el legislador democrático.

Para fijar el contenido del principio debemos considerar que contribuir es “ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin” (Rae). Es la acción que uno o varios sujetos llevan a cabo junto con otro u otros al logro de un objetivo. La idea principal es que hay actores que pueden estar en la situación de tener que cooperar y colaborar con otros, pudiendo ser incluso una obligación para algunos (por ejemplo para el Estado). El contenido de la colaboración (lo que cada sujeto debe realizar) puede o no estar reglado *a priori*, como también la intensidad y responsabilidad de ésta. Lo anterior significa que el contenido de la contribución puede ser un mandato amplio de contenido indeterminado (por ejemplo, tener como finalidad el Bien común) o un mandato colaborativo concreto de un contenido más definido (por ejemplo cuando se utiliza los vocablos promover, otorgar, desarrollar o perfeccionar); donde el grado de la colaboración (intensidad) y la responsabilidad de los colaboradores puede estar pre-definido (por partes iguales o desiguales) o no estar pre-fijado, siendo necesario un proceso de determinación (darle contenido al mandato de colaborar).

Para la determinación del contenido concreto de la contribución y de la participación del Estado recurrimos al principio de deliberación democrática. Es la democracia, bajo regla de mayoría, la que decidirá de que manera y en qué grado el Estado debe concurrir al cumplimiento de sus deberes constitucionales en materia social. Este criterio nos permite carecer de una posición prefijada del Estado, permitiendo abandonar las tesis del Estado residual o mínimo por antonomasia o las posiciones de Estado máximo como antítesis

de lo anterior o en consideración a posiciones ideológicas vinculadas a la estatalidad como bien en sí mismo.

El criterio aquí esbozado no es neutral ni aséptico. Reconoce la posición central de la persona, su libertad, al Estado como instrumento al servicio de la persona, la finalidad de éste con miras al bien común, pero de igual manera afirma que para la realización material de las personas bajo un fundamento igualitario, es decir, la construcción de una perspectiva social de sociedad exige que la persona, la comunidad y la entidad estatal concurren colaborativa y cooperativamente a la efectividad de los derechos sociales.

Deliberación democrática es nuclear para la definición de la corrección de las desigualdades. En ejecución de los mandatos constitucionales procede la determinación, por parte de los poderes públicos, de la intensidad de la concurrencia del Estado. Son los actores políticos elegidos democráticamente los llamados a dar efectividad concreta a los derechos fundamentales. Es la sede de congresales y el Ejecutivo los que precisarán el contenido constitucional de los derechos sociales. Son estos actores los que determinarán cuanto Estado es necesario para dar plena efectividad a los derechos sociales. La determinación de la intensidad estatal está sujeta, en consecuencia, a la perspectiva social, que busca la realización material de los sujetos bajo un fundamento igualitario. Esto quiere decir, que la política debe decidir cuanta realización material quiere y cuál es su parámetro de igualdad buscado. Al revés y en concreto, se debe definir el grado de corrección de desigualdad que se desea y los mecanismos para ello.

Lo anterior nos sitúa en otra arista de la perspectiva social y el principio de contribución, es decir, el cumplimiento del fin del Estado del bien común. El bien común es sostenedor de la perspectiva social. El bien común, y siguiendo a Peces-Barba, como la *“serie de bienes que los Estados deben proporcionar a sus miembros para facilitar su subsistencia, su bienestar o el desarrollo de su condición”*¹⁶. La realización material es una labor colaborativa entre la persona y el Estado, el cual debe generar las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno el acceso y preservación de bienes y servicios sociales, constituyéndose como el elemento distintivo de lo social. Esto se justifica en contextos de sociedades desiguales y con necesidades sociales, debido a que las personas no pueden acceder ni mantener una situación mínima suficiente (estándar de vida digno) o, accediendo a ellas, pueden sufrir menoscabos en

16 Peces-Barba, Gregorio, *Curso de teoría del derecho*, (Editorial Marcial Pons), 2000, p. 84.

la ejecución práctica del derecho (por ejemplo, sufrir discriminaciones por razón de sexo o edad en la atención de salud o educación de baja calidad).

Finalmente, la igualdad se sitúa como el fundamento de la propuesta. La interpretación de cuál debe ser el grado o intensidad de la corrección de las desigualdades debe responder a una política inclusiva y respetuosa de la diversidad (criterio democrático). Mientras existan desigualdades materiales y la urgencia de su corrección, se deben disponer los criterios con miras a corregir dicha situación de irregularidad. Para proceder a la corrección de la desigualdad es necesario que los poderes de representación política definan el grado o nivel de igualdad que desea lograr. Teniendo en consideración la mayor o menor intensidad de la igualdad buscada, se puede proceder a ponderar los argumentos que justifican las medidas adoptadas.

6. Conclusiones

El trabajo analiza el modelo de Estado social de cara al proceso constituyente en curso. Para ello examina el modelo de Estado subsidiario establecido en la Constitución de 1980 y cómo se debe caminar a uno que denomino «Estado en perspectiva social».

El modelo de Estado subsidiario, vigente en la actual Constitución, se extiende a tres puntos: i) que la subsidiariedad es un principio rector del orden social donde el motor de la sociedad son los privados, que interactúan individualmente o en asociaciones (grupos intermedios) como puede ser una empresa, una junta de vecinos o un centro de padres; ii) al Estado le corresponde un rol residual o mínimo, debiendo sólo intervenir en aquellas actividades en que los privados no quieran participar o no puedan realizar y iii) tal idea se liga a ciertos derechos constitucionales, en particular el derecho de asociación, el derecho a desarrollar actividades económicas y el derecho de propiedad, de modo que la empresa es el grupo intermedio relevante para que la sociedad se desarrolle.

Como modelo antagónico concurre el Estado social. Se sitúa con base a ciertos elementos básicos estructurales: i) mantención de la autonomía individual de los sujetos, aunque en constante tensión con la estatalidad; ii) papel preponderante del Estado (económico-social), en particular del poder ejecutivo (administración); iii) políticas redistributivas con el objeto de generar mayores cotas de igualdad; iv) garantías mínimas de subsistencia; v) consagración de derechos sociales para el logro de tales fines y, vi) marco democrático para su existencia, conservación y desarrollo.

Por su parte, el modelo en «perspectiva social» propuesto en el texto se sintetiza en los siguientes elementos: i) el establecimiento en la Constitución de la fórmula social; ii) la consagración de derechos sociales y su garantía en el texto constitucional; iii) el principio de contribución entre Estado, comunidad y personas como sostén del modelo, lo que importa colaboración y cooperación entre actores públicos y privados, iv) que para definir las desigualdades que se deben corregir es necesario habilitar al legislador democrático, con base a criterios redistributivos y solidarios de orden constitucional, para que determine el contenido e intensidad de la perspectiva social; iv) que, por último, se debe considerar la finalidad del bien común como un medio para la realización material de las personas, sostenido en un fundamento igualitario para la corrección de las desigualdades sociales.

EL DERECHO HUMANO AL AGUA FRENTE A LOS DESAFÍOS DE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Christian Rojas Calderón¹

Resumen

En Chile existe una creciente y actual discusión en torno al agua en Chile. Ello se debe probablemente a dos factores: por los problemas permanentes y crecientes en el tiempo en torno a la propiedad del agua y su gestión; y a una evidente tendencia progresiva a una disminución significativa de los recursos hídricos, unido a la evidencia cada vez más abrumadora del cambio climático que afecta severamente este recurso, multidimensionalmente. En particular, un sector especialmente afectado es el mundo rural, que además de ser el más desprotegido y pobre en el país, se encuentra alejado de las cadenas o redes de abastecimiento, operando acá prácticamente un autoabastecimiento combinado con políticas asistenciales que se ha expresado desde 1964 hasta ahora en el “Programa de Agua Potable Rural” del Ministerio de Obras Públicas. Lo anterior, ha sido insuficiente, y ha generado un conjunto de respuestas y demandas de la sociedad en torno a la necesidad de la consagración del “derecho al agua” o “derecho humano al agua” potable, en cantidad y calidad suficientes para resguardar, a lo menos, la vida y la salubridad de la población, incluyendo el saneamiento.

Para enfrentar esta temática, será necesario analizar críticamente la forma en que se estructura el Derecho de aguas chileno, su régimen jurídico general y el especial (particularmente el de abastecimiento de agua potable

¹ Profesor Asistente de Derecho Administrativo, Universidad Adolfo Ibáñez. Licenciado en Ciencias Jurídicas (1998), U. de Valparaíso; Abogado (2000); Magíster en Ciencia Jurídica (2008) y Doctor en Derecho (2011), P. U. Católica de Chile. Investigador Asociado del Grupo de Regulación de Riesgos y Sectores Estratégicos (GRRISE) de la U. de Barcelona. Correo electrónico: christian.rojas@uai.cl.
Este artículo se realizó con apoyo de la Ayudante de Investigación doña Francisca Pizarro Cortés. Trabajo realizado con apoyo del Fondecyt Regular N° 1201783.

y saneamiento), el modo en que se inserta -sobre todo a partir de un origen desde el Derecho internacional- este derecho al agua o derecho humano al agua en ese contexto, para finalmente ver el modo en que podría incluirse este derecho en lo que se espera sea la Nueva Constitución Política.

1. La estructura del Derecho de aguas

1. Una continuidad histórica

Lo que en primer lugar se debe destacar consiste en que el régimen jurídico de aguas chileno, encuentra sus singularidades en su propia historia y en último término es continuador en sus características generales de la antigua regulación española.

La actual regulación de 1981 (pero con intensas modificaciones los años 2005 y 2018) es continuadora, esencialmente, del Código de Aguas de 1951. Dicho código encuentra su origen en el Proyecto de Código de Aguas de Rafael Moreno de 1927 y modificado en 1930 y 1936, el que a su turno se basó principalmente en la Ley de Aguas de España de 1879 y regulaciones chilenas vigentes a esa época que trataban tangencialmente el agua (Código Civil de 1855, Código de Procedimiento Civil de 1904, el Código de Minería de 1932, y la Ley 2.139 de Asociaciones de Canalistas de 1909).

Luego, es posible afirmar con cierta certeza que la matriz disciplinar² del Derecho de Aguas chileno se asienta, como por lo demás ya se ha señalado antes³, sobre lo siguiente: a) la calificación jurídica de las aguas como bienes públicos (artículo 5 y 6 CAg); b) un procedimiento concesional (artículo 130 a 147 ter CAg); c) creación de derechos de aprovechamiento de aguas, que es una especie del género derecho real administrativo (artículo 148 a 150 CAg); y d) una administración dual de las aguas (artículo 186 a 293 CAg), reconociendo a las organizaciones de usuarios como actores principales, y por supuesto también a la Dirección General de Aguas (del Ministerio de Obras Públicas), que complementa esa gestión y en algunos casos extraordinaria gestión/intervención administrativa (artículo 294 a 307 CAg).

2 En general, *matriz disciplinar* es el punto primordial en que se concentran al menos potencialmente todas las teorías, conceptos y leyes con que opera una comunidad científica determinada. González Navarro, F. (1989) "La teoría general de sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico". *Persona y Derecho* N° 21, p. 64.

3 Vergara Blanco, A. (1998) *Derecho de Aguas*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 23-26.

2. Un régimen jurídico complejo

A partir de lo antedicho, resulta ineludible referirse al marco normativo del Derecho de Aguas, a fin de establecer sus conexiones, y con ello proponer una explicación sistémica de su estatuto jurídico el que, debidamente relacionado con las normas correspondientes a partir de su legislación específica, pueda darnos cuenta plenamente de todas las conexiones que permitan construir un ordenamiento jurídico de las aguas coherente, que posibilite la construcción de su sistema jurídico, que por cierto va más allá de su mero Código particular.

Este se compone de los órdenes y disposiciones normativas que se pasan a señalar.

2.1. Constitución Política de la República

En primer término, el artículo 19 N° 23 inciso 1° CPR asegura a todas las personas “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así”.

Como bien se sabe, las aguas son bienes nacionales de uso público, o bienes públicos, que son aquellos referidos en la disposición como bienes que pertenecen a la Nación; por lo cual existe un tratamiento jurídico distinto de ellas en tanto bien público.

En segundo lugar, el artículo 19 N° 24 inciso 1° CPR que asegura a todas las personas “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales”⁴. Pues bien, entre esas cosas incorporeales se encuentra incluido, desde luego, el derecho de aprovechamiento de aguas. De esta forma, la CPR afirma por la vía señalada, el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas.

No obstante, quiso ser mucho más explícita al respecto y dispuso sobre el particular, en el inciso final del N° 24 de su artículo 19, lo siguiente: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

Con ello, se protege tanto las titularidades existentes y formalizadas, así como los usos consuetudinarios de las aguas. Pero, además, *implícitamente* confirma que sobre el agua no hay derecho de propiedad sino sólo sobre el derecho de aprovechamiento de aguas que es un título concesional de naturaleza administrativa.

⁴ Debe traerse a colación a este respecto el artículo 565 inciso 3° Código Civil conforme el cual “son cosas incorporeales las que consisten en meros derechos”.

2.2. Decreto Ley N° 2.603 de 1979

En segundo lugar y conectado con lo anterior, el D.L. 2.603 de 1979, en su artículo 7° contiene una presunción legal respecto de la titularidad del derecho de aprovechamiento de aguas a favor del dueño del inmueble en donde se estén utilizando las mismas.

Esto se conecta, evidentemente, con el reconocimiento de usos consuetudinarios respecto de las aguas; así como fundamento para regularizar el derecho mismo en cuanto título formal conforme el artículo 2° transitorio CAg.

2.3. Código de Aguas

Que constituye la tercera y principal fuente normativa pues en este cuerpo se encuentra la regulación más completa y general sobre las aguas continentales.

En efecto, el CAg (D.F.L. N° 1.122 de 1981) y que el año 2005 fue objeto de variadas e importantes modificaciones⁵ las que se profundizaron ahora este 2018⁶, sin perjuicio de otras de menos entidad, contiene el estatuto general de las aguas terrestres, sean éstas superficiales o subterráneas.

En relación a este pueden destacarse como características generales de dicho estatuto las siguientes: a) contiene una declaración expresa de publicación de las aguas terrestres que escurren por cauces naturales, sean superficiales o subterráneos; b) contiene un procedimiento administrativo relativo a la constitución del derecho de aprovechamiento de aguas como a algunas cuestiones relativas a su ejercicio (como por ejemplo el cambio de fuente de abastecimiento o el traslado del ejercicio del derecho), así como a toda una serie de otras autorizaciones administrativas; y c) contiene un estatuto relativo a entes relacionados con el agua con poderes jurídico-administrativos (DGA y juntas de vigilancia de los ríos), y un estatuto relativo a entes relacionados con el agua con poderes fundamentalmente privados (asociaciones de canalistas y comunidades de agua).

A lo anterior, cabe agregar una amplia regulación acerca de aspectos vinculados al comercio jurídico privado de los derechos de aprovechamiento de aguas, como transferencias, sistema de garantías o gravámenes como hipotecas y servidumbres; formas de registro de los derechos; determinación del “caudal ecológico mínimo”; y pago de patentes por no uso. En fin, un conjunto de acciones de tipo jurisdiccional con respecto de las aguas a que tiene derecho.

5 Por medio de Ley N° 20.017, publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 2005.

6 Por medio de Ley 21.064, publicada en el Diario Oficial el 27 de enero de 2018.

2.4. D.S. 203 de 2014, Reglamento sobre exploración y explotación de aguas subterráneas

Otro cuerpo normativo pertinente, en materia de aguas subterráneas específicamente, es D.S. 203 de 2014, que contiene el Reglamento sobre Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas. Dicho texto es de capital importancia en esta materia, y fue dictado por la DGA en virtud de mandato emanado del legislador, en los artículos 58 y 59 del CAg⁷.

En este, principalmente, se reglamentan los procedimientos administrativos relativos a los requisitos de obtención de permisos de exploración de aguas subterráneas (distinguiendo las exploraciones efectuadas en inmueble de dominio privado y aquellos realizados en bienes nacionales o públicos, como el lecho de una quebrada); la constitución misma de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas; los medios de limitación a dichos derechos específicos; y se dispone una regulación y condicionamiento de la discrecionalidad técnica de la DGA en materia de aguas subterráneas.

Adicionalmente contiene normas específicas sobre comunidades de aguas subterráneas, que desde su dictación ha servido para la constitución de esta clase de comunidades; y también una regulación incipiente acerca de la recarga artificial de acuíferos incipiente⁸.

2.5. Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos

De capital importancia, pues los procedimientos administrativos en materia de aguas, son uno de los aspectos cruciales de esta regulación.

Esto se fundamenta en que la LBPA establece con carácter *básico* las condiciones mínimas, principios fundamentales y elementos esenciales que debe cumplir todo procedimiento administrativo⁹, entre ellos, el constitutivo de estos específicos derechos reales administrativos, como es el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas (DAA). Y adicionalmente, dado su carácter *general*, completa supletoriamente los vacíos de la regulación sea en general o en particular, para el caso que, existiendo una regulación sobre un procedimiento administrativo particular, algún

7 Sin embargo, es preciso señalar acá lo inadecuado técnicamente que resulta el hecho que, por medio de un acto administrativo de esta Dirección, se establezcan normas de tipo reglamentario de carácter general.

8 Críticamente se la analiza en Rojas Calderón, C. (2018) "Aspectos jurídicos sobre la Recarga Artificial de Acuíferos (RAA). Revisión desde el Derecho de aguas chileno, con referencia a España y Australia". *Ius et Praxis* Año 25 N° 2, pp. 151-188.

9 Cordero Vega, L. (2003) *El Procedimiento Administrativo*. Santiago: Lexis Nexis, p. 55

aspecto de este no haya sido normado; en otras palabras, en virtud de este carácter se integran los procedimientos en los cuales falta algún aspecto de la regulación básica¹⁰.

En el caso particular del CAg existe un procedimiento administrativo –así se denomina incluso el título I del libro II-, destinado a regular todos los procedimientos en materia de aguas en especial su párrafo 1° de *Normas comunes*, pero que en realidad no lo regulan completamente, como por ejemplo en materia de contabilización de plazos o en la amplia materia del sistema de recursos administrativos, en cuyo caso cobra protagonismo la aplicación de la LBPA y sus principales instituciones, aplicables en este ámbito¹¹.

De este modo la LBPA constituye una verdadera garantía para los administrados/particulares ante la administración pública sectorial que, entre otras pretensiones, solicitan la constitución de derechos de aprovechamiento de manera originaria en el procedimiento de esta clase que se sigue ante la DGA.

2.6. *Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA)*

En especial en lo que dice relación con la calidad y seguridad de las aguas, a través del desarrollo realizado en instrumentos jurídicos secundarios -nivel reglamentario-, incluidos los relativos a calidad y emisión ambientales con efecto fundamentalmente en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos superficiales. Aquellos inciden sobre todo en lo que dice relación con la gestión o parte operativa del Derecho de Aguas.

2.7. *Otras normas relacionadas específicamente*

Acá quieren destacarse aquellas con las cuales existe un vínculo jurídico formal, por reenvío las más de las veces, o material, dada la cuestión tratada en la regulación de aguas.

Entre ellas se pueden nombrar como las más importantes, las que siguen:

a. *El Código de Procedimiento Civil*

En materia de “recurso de reclamación” (artículo 137 inciso 2° CAg), y como cuerpo supletorio en todos los juicios de aguas (artículo 177 CAg).

b. *El Código Civil*

¹⁰ Cordero Vega (2003) 59.

¹¹ Morales Espinoza, B. (2005) “Aplicación de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas”. *Actualidad Jurídica* (U. del Desarrollo) N° 11, pp. 233-234.

En relación a los modos de adquisición derivada de derechos de aprovechamiento de aguas, o la constitución de algunos gravámenes sobre los mismos como servidumbres o hipotecas, por disposición expresa del artículo 21 CAg y del artículo 69 CAg respectivamente.

Es oportuna para destacar también su artículo 595, que dispone de manera rotunda que “Todas las aguas son bienes nacionales de uso público”.

c. Régimen especial de abastecimiento de agua potable, recogida de vertidos y saneamiento

Que tiene un régimen legal compuesto por un conjunto de normas de carácter legal y reglamentario hiperespecializadas, a saber: la Ley general de servicios sanitarios (DFL MOP 382/1988), la Ley de tarifas (DFL MOP 70/1988), la LO de Superintendencia de servicios sanitarios (Ley 18.902), la Ley de subsidios de agua potable y alcantarillado (Ley N° 18.778), y la Ley de empresas sanitarias estatales (Ley N° 18.885).

A ello se debe sumar un régimen reglamentario complejo compuesto por el Reglamento de la LGSS (D. MOP N° 1199/04), Reglamento de la Ley de tarifas (D. MINECON N° 453/89), Reglamento de la Comisión de expertos tarifarios (D. MINECON N° 385/00), Reglamento sobre adquisición de bienes y servicios en licitación pública (D. MOP N° 214/05), RIDAA de instalaciones domiciliarias de agua potable y alcantarillado (D. MOP N° 50/02), y Reglamento sobre subsidios (D. HACIENDA N° 195/98).

3. La atomización y la insuficiencia

En una evaluación preliminar cabe señalar que esta atomización indicada se expresa en que la anterior revisión -cabe aclarar- no contiene todas las normas referidas a las aguas, pero es suficientemente indiciario, expone un panorama regulatorio marcado por la atomización normativa e institucional. Ello genera una tematización, sectorialización y una verdadera lucha competencial marcadamente ineficiente, ineficaz, en donde campea la descoordinación, todo lo cual muchas veces termina conociéndose por los tribunales ordinarios sin conocimientos ni herramientas adecuadas para atender las complejidades del “mundo jurídico hídrico”.

Y, pese a lo anterior, esta insuficiencia se funda que al año 2021 se arrastra una crítica permanente y persistente en torno al cuerpo jurídico matriz del sector -el Código de Aguas-, vigente desde 1981, pese a haber sido reformado significativamente.

La primera oportunidad el año 2005 (por Ley N° 20.017) en la que cabe destacar la inclusión de los títulos sobre protección de aguas y cauces, el caudal ecológico y el pago de patente por no uso de aguas.

En la segunda oportunidad, el año 2018 (por Ley N° 21.064), se reforzó y complementó el carácter público de las aguas, se otorgaron en ese orden más atribuciones a la Dirección General de Aguas, y sobre todo se estableció un sistema de fiscalización más complejo, así como un sistema de incentivo al cumplimiento y sanciones a cargo de la misma Dirección.

Veremos que esto se conecta con nuestro tema central.

2. El consenso en torno a la inserción del derecho al agua o derecho humano al agua

Esa atomización e insuficiencia indicados se expresa en muchos ámbitos, pero claramente donde ha tenido su máxima expresión ha sido en torno al derecho al agua o derecho humano al agua.

1. El desarrollo de la idea y concreción del derecho al agua o derecho humano al agua

A partir del 28 de julio de 2010, por medio de la Resolución N° 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) se reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La Resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todas y todos¹².

A su turno, la Observación General N° 15 del año 2003 al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) aborda el agua como un derecho humano. Allí se define como: “El derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”.

Entonces se trata de *un derecho social, prestacional, expresado en la materialidad del acceso al agua y saneamiento, que debe ser satisfecho -o garantizada su*

¹² ONU (2010) “Asamblea general. A/res/64/292”. Disponible en https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S [10 de abril de 2021]

satisfacción- por los Estados, en condiciones de cantidad y calidad adecuadas, y su imprescindible saneamiento, con el objeto de mantener las condiciones ecosistémicas del agua de manera tal que no se afecte al medioambiente en el cual, por lo demás, viven los destinatarios.

Luego, estas características o exigencias se completan y explican del siguiente modo¹³:

a) Sea suficiente: El abastecimiento de agua por persona debe ser suficiente y continuo para el uso personal y doméstico. Estos usos incluyen de forma general el agua de beber, el saneamiento personal, el agua para la preparación de alimentos, la limpieza del hogar y la higiene personal. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), son necesarios entre 50 y 100 litros de agua por persona/día, para garantizar que se cubren las necesidades más básicas y surjan pocas preocupaciones en materia de salud.

b) Sea saludable: El agua necesaria, tanto para el uso personal como doméstico, debe ser saludable; es decir, libre de microorganismos, sustancias químicas y peligros radiológicos que constituyan una amenaza para la salud humana. Las medidas de seguridad del agua potable vienen normalmente definidas por estándares nacionales y/o locales de calidad del agua de boca. Al efecto, las guías para la calidad del agua potable de la Organización Mundial de la Salud (OMS) proporcionan las bases para el desarrollo de estándares nacionales que, implementadas adecuadamente, garantizarán la salubridad del agua potable; y en el caso de Chile, esto se encuentra regulado a través de un conjunto de normas técnicas oficializadas (es decir, convertidas en jurídicas) que se analizan más adelante.

c) Sea aceptable: El agua ha de presentar un color, olor y sabor aceptables para ambos usos, personal y doméstico. Asimismo, todas las instalaciones y servicios de agua deben ser culturalmente apropiados y sensibles al género, al ciclo de la vida y a las exigencias de privacidad.

d) Sea físicamente accesible: Todo el mundo tiene derecho a unos servicios de agua y saneamiento accesibles físicamente dentro o situados en la inmediata cercanía del hogar, de las instituciones académicas, en el lugar de trabajo o las instituciones de salud. De acuerdo con la OMS, la fuente de agua debe encontrarse a menos de 1.000 metros del hogar y el tiempo de desplazamiento para la recogida no debería superar los 30 minutos.

¹³ ONU (en línea) “Decenio internacional para la acción ‘El agua fuente de vida’ 2005-2015”. Disponible en https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml [10 de abril de 2021]

e) Sea asequible: El agua y los servicios e instalaciones de acceso al agua deben ser asequibles para todos. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sugiere que el coste del agua no debería superar el 3% de los ingresos del hogar

Siguiendo a Bertazzo -en una expresión notable-, el derecho humano al agua implica “en anclar la tutela del acceso al agua potable a la teoría y a la práctica de los derechos humanos”¹⁴. En este sentido, ya sea a través del derecho internacional o del derecho humanitario, es una tendencia jurídica.

Y es precisamente esta perspectiva la que debiera nutrir la acción estatal. Como señalan Álvez y Castillo, “El hecho de desarrollar el argumento desde la perspectiva de los derechos humanos otorga mayor prioridad política a la temática de recursos hídricos y propone exigibilidad de estándares mínimos por parte de los ciudadanos al Estado”¹⁵.

A mayor abundamiento son numerosas las constituciones alrededor del mundo que usan esta expresión o alguna similar.

Si miramos los textos fundamentales existentes en el mundo -conforme un estudio del Centro de Derecho y Gestión de Aguas de la UC que abarcó 190 constituciones políticas-, en la mayor parte se menciona al agua; no obstante, sólo una menor proporción se refieren al derecho de acceso a agua potable. Particularmente en las constituciones de América, sólo Bolivia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Honduras, México, Perú y Uruguay hay un reconocimiento explícito al derecho humano al agua y/o saneamiento¹⁶.

Pues bien, en este punto cabe indicar la distancia que puede haber entre la mera declaración y la efectiva satisfacción de este derecho, cuestión que siempre debe estar en el foco de los poderes estatales (cada uno en su rol), en especial de la Administración Pública.

2. Los informes que ponen su centro de atención en el DHA

Lo anteriormente explicado no constituye una novedad, y podría afirmarse que existe un consenso total acerca de este tópico.

14 Bertazzo, S. (2015) “La tutela del acceso al agua potable en el Derecho Internacional”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte (RDUCN)* Año 22 N° 2, p. 57.

15 Álvez, A. y Castillo, R. (2020) “El derecho humano al agua”. Serie comunicacional CRHIAM. Disponible en <https://www.crhiam.cl/series-comunicacionales/#prettyPhoto> [20 de junio de 2021]

16 Centro de Derecho y Gestión de Aguas UC (2021) “El agua en las Constituciones de América”. *Huella Hídrica* N° 22, pp. 5-6. Disponible en <http://derechoygestionaguas.uc.cl/es/documentos/new/285-hh22vff/file> [20 de junio de 2021]

2.1. Informes del Banco Mundial

Valga al efecto recordar lo que se expresó en sendos informes del Banco Mundial respecto de los recursos hídricos en Chile en el año 2011 y 2013¹⁷.

En ambos, se recomendó -entre muchas medidas de corrección-, actualizar el marco legal vigente para adoptar e implementar el derecho humano al agua y saneamiento, incrementando la seguridad hídrica. Esto incluye revisar la legislación relacionada con la temporalidad y causales de extinción de los derechos de aprovechamiento de agua, con el fin de enfrentar una realidad hídrica y climática cambiante.

2.2. El informe de la “Mesa Nacional del Agua”¹⁸

En medio de la mayor sequía que ha vivido el país desde que se tenga registro, con enormes impactos en las regiones ubicadas entre Atacama y Maule -del norte al centro sur del país-, en octubre de 2019 el Presidente de la República convocó a la “Mesa Nacional del Agua”, como una instancia de carácter público-privado cuya misión es la búsqueda de soluciones de mediano y largo plazo para enfrentar esta crisis hídrica.

El primer informe fue entregado en el mes de enero de 2020, y contiene los resultados del trabajo realizado, señalando los principales desafíos en materia de aguas.

Después del trabajo realizado, la Mesa Nacional del Agua consensuó que el país se enfrenta a tres principales desafíos en materia de aguas, los que se descomponen en 12 ejes temáticos. Dichos ejes son consistentes con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada en 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), que presenta un camino hacia el desarrollo sostenible de los Estados, el cual se plasma en 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS). El ODS N°6 en particular, busca “garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos”.

Los tres desafíos principales que identificó la Mesa son los siguientes: Seguridad hídrica; Calidad de las aguas y ecosistemas relacionados; y Marco legal (y sus reformas).

17 Banco Mundial (2011) “CHILE. Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos”. Disponible en <https://documents1.worldbank.org/curated/en/452181468216298391/pdf/633920ESW0SPANoleoGRHofinaloDRoREV-odoc.pdf> [20 de junio de 2021]
Y también Banco Mundial (2013) “Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua en Chile”. Disponible en <https://documents1.worldbank.org/curated/en/728921592935741966/pdf/Chile-Institutional-Framework-of-Water-Sector.pdf> [20 de junio de 2021]

18 El texto completo del primer informe de la Mesa Nacional del Agua puede verse en https://www.mop.cl/Prensa/Documents/Mesa_Nacional_del_Agua_2020_Primer_Informe_Enero.pdf [30 de enero de 2021]

En particular, y directamente relacionada con nuestra temática, la Seguridad Hídrica -entendida como la provisión confiable y oportuna de agua en cantidad y calidad, primero para el consumo humano y luego para la conservación de los ecosistemas hídricos y la producción de bienes y servicios-, comprende los siguientes ejes temáticos:

a. Acceso universal al agua y al saneamiento.

Un elemento esencial para lograr la seguridad hídrica es el impulso de un plan con metas, plazos y recursos presupuestarios que permita alcanzar el 100% de cobertura en agua potable y saneamiento en las zonas rurales concentradas y semi concentradas -incluyendo lo que hoy se conoce como sistemas de Agua Potable Rural-, de la forma más efectiva posible dadas las limitaciones hídricas.

Asimismo, se hace necesario asegurar que los nuevos desarrollos inmobiliarios urbanos y rurales se hagan responsables de las demandas de agua proyectadas y que cuenten con fuentes de agua suficiente para su abastecimiento, tanto dentro como fuera de los territorios operacionales concesionados.

La seguridad del agua para el consumo humano requiere además una modernización de la regulación para las empresas de servicios sanitarios, acorde al nuevo escenario hídrico que enfrentamos en el país. Se requiere asegurar la inversión en obras e incorporación de nuevas fuentes para dar mayor resiliencia a los sistemas frente al cambio climático, y generar mecanismos para reducir las ineficiencias en las redes.

b. Plan de infraestructura hídrica e incorporación de nuevas fuentes de agua.

Una política hídrica para el Chile de hoy debe dar lineamientos que estimulen la inversión pública y privada para el desarrollo equilibrado y sustentable de nuevas fuentes de aguas, tales como la desalinización, reúso de aguas servidas tratadas, recolección de aguas lluvias e infiltración artificial de acuíferos. Para ello se requiere abordar aspectos regulatorios que permitan diseñar normas que generen un sano equilibrio entre el cuidado ambiental, la prioridad del agua para las personas y los incentivos para la inversión privada de última tecnología, como también la adopción de medidas de gestión pública que vayan en la dirección correcta.

c) Planificación Estratégica de Cuencas.

Existe amplio consenso en que la unidad que se debe gestionar es la cuenca

y que, por lo tanto, los balances hídricos y las condiciones de calidad de las aguas deben levantarse a nivel de esas unidades. Para esto se sugiere impulsar como un eje temático de la política la elaboración de planes de cuenca que, respetando la diversidad geográfica e hidrológica de las mismas, permitan simular y pronosticar sus capacidades para distintos escenarios de cambio climático. Estos planes se debieran reconocer como un instrumento de mitigación y adaptación al cambio climático y, también, como el punto de partida para una gestión integrada del recurso hídrico.

Sin embargo, estos planes no alcanzan a ser lo que se conoce como el mejor modelo -probablemente-, de gestión de recursos hídricos, que es la Planificación Hidrológica (PH) la que al mismo tiempo es normativa y técnica, hacia la cual debiera avanzarse decididamente.

3. El sistema de abastecimiento de agua potable, recogida de vertidos y su tratamiento¹⁹

1. Sus antecedentes, hasta su actual configuración

Si bien hay antecedentes durante el siglo XIX pero a nivel de empresas y gobiernos locales –lo que hoy casi no existe²⁰–, el control del servicio sanitario se inicia en forma en Chile, del modo como se encuentra configurado hoy, a partir de la estructuración propia que le da un Estado unitario y predominantemente centralizado.

Desde luego, es posible señalar que sus características esenciales se encuentran definidas a partir de su carácter de *servicio público*, y por la provisión de bienes y servicios imprescindibles para la calidad de vida de las personas, como son el abastecimiento de agua potable y recogida de vertidos, configurado fundamentalmente como un sistema integrado de sistemas sanitarios de producción y distribución de agua potable, y de recolección y disposición de aguas servidas²¹.

19 Una versión previa de esta parte se puede ver en Rojas Calderón, C. (2020) “El sistema de abastecimiento de agua potable y saneamiento en Chile. Estado actual e innovaciones a partir de la Ley 21.075 de 2018 sobre Recolección, reutilización y disposición de aguas grises”. Setuáin Mendía, B. Directora. *Retos actuales del saneamiento de aguas residuales*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 460-467.

20 Una excepción es la empresa SMAPA (Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado), empresa sanitaria de la Municipalidad de Maipú, ubicada al surponiente de Santiago, siendo el segundo operador del sector sanitario en la Región Metropolitana, al abastecer a casi un millón de habitantes. www.smapa.cl

21 Vergara Blanco, A. (2018) *Derecho Administrativo Económico. Sectores regulados: servicios públicos, territo-*

En un intento de mostrar un desarrollo evolutivo, es posible sostener que antes de 1977 se tenía una estructura fragmentaria y precaria, esencialmente estatalizada. A partir de 1977 se unifica en el Servicio Nacional de Obras Sanitarias (SENDOS) creado como sociedad controladora de once sociedades subsidiarias regionales y dos empresas autónomas en Santiago y Valparaíso que fueron modernizadas, aumentando la cobertura de agua potable de un 78% al 98%, y la cobertura de saneamiento pasó del 52% al 82%²².

Posteriormente de 1988 a 1998, se produce un proceso de modernización y regulación pública, forzada por la externalización del servicio a empresas concesionarias de este servicio público. De especial relevancia es la Ley General de Servicios Sanitarios –D.F.L. N° 382 publicada en el Diario Oficial el 21 de junio de 1989-, que regula el funcionamiento del sector y permite la participación privada en las empresas de las -a esa fecha- trece regiones en que se encontraba dividido administrativamente del país.

Complementariamente, se dictó la Ley N° 18.778 de 1989, que estableció un subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado de aguas servidas, que favorece a usuarios residenciales de escasos recursos. En 1990, y mediante la Ley N° 18.902, se creó el ente regulador denominado Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS)²³.

En 1998 se modifica el marco regulatorio del sector sanitario con la Ley N° 19.549, permitiendo el ingreso de capitales privados a las sanitarias, corrigiendo fallas regulatorias y aumentando las potestades reguladoras y fiscalizadoras de la SISS, lo que obligó a una reestructuración y a un incremento del personal. El motivo declarado fue el de aumentar la eficiencia de las empresas, mejorar la calidad del servicio y crear una fuente de ingresos para poder financiar el tratamiento de aguas servidas²⁴.

En adelante se ha mantenido la estructura básica institucional del sector que se basa en el abastecimiento privado, subsidio a la demanda y regulación por una agencia pública y autónoma.

rio y recursos naturales. Santiago: Thomson Reuters, pp. 95-104.

22 Caldés Contreras, G. (2015) *La industria sanitaria en Chile de cara al siglo XXI*. Santiago: RIL Editores, pp. 34-48.

23 Desde los sectores de electricidad y telecomunicación, se adoptó un modelo innovador de regulación tarifaria, en el cual se estima el nivel eficiente del costo a través de una compañía modelo. Este costo estimado se usa como punto de referencia para la fijación de tarifas de las empresas sanitarias.

24 Caldés (2015) 61-74.

2. El servicio público de abastecimiento de agua potable y recogida de vertidos, después de la privatización o liberalización

A partir de la década de los años '80 del siglo XX se inicia un proceso de *privatización* o *liberalización* de los servicios públicos, antes monopolizadas por el Estado con publicación de la actividad incluida; los que ahora comienzan a considerarse actividades libres pero reguladas, ampliándose de este modo la esfera de actuación económica de los particulares²⁵. Y especialmente en el caso chileno, puede decirse que se realizó una privatización “a la inglesa”, aprovechando al máximo el capital e impulso privados, y reduciendo de paso el estatismo excesivo²⁶.

A mayor abundamiento, se reconoce normativamente la noción de *servicios de utilidad pública*, específicamente en el artículo 19 N° 16 inciso 6 de la CPR, para referirse a aquellas actividades donde se reserva una titularidad pública de la actividad o de sectores de ella en cuyo caso será necesario obtener la concesión respectiva, mientras que en los demás aspectos de la actividad se implementan técnicas de supervigilancia e informes regulares, lo que en términos estrictos es únicamente la vieja policía administrativa o en términos modernos la actividad de ordenación. En este caso –y otros-, la regulación de las actividades correspondientes a dichas áreas impone *obligaciones o cargas de servicio público*, con el objeto de garantizar que la actividad se preste bajo condiciones predeterminadas de calidad, precio o tarifa y en igualdad de acceso a los usuarios²⁷.

Dada la privatización o liberalización de los servicios públicos de régimen prestacional de titularidad originalmente estatalizada y, por consiguiente, perdida esa posición es que se da pie para que surja como alternativa un régimen de regulación de servicios económicos de interés general; cambiándose el eje central desde la titularidad a la del régimen jurídico, constituyéndose un verdadero Derecho de la regulación de actividades económicas, que desplaza al régimen de actividad administrativa de prestación, y que debe atender intereses generales de toda la población²⁸; este fenómeno, se ha generado a partir de

25 Rojas Calderón, C. (2014) “La categoría jurídica de los ‘servicios privados de interés público’. El caso de las juntas de vigilancia de ríos”. *Revista Chilena de Derecho (RChD)*, Vol. 41 N° 1, pp. 176-180.

26 De la Cuétara, J. M. (1997) “Tres postulados para el nuevo servicio público”. Ariño, G. / De la Cuétara, J. M. / Martínez López-Muñoz, J. L. *El nuevo servicio público*. Madrid, Marcial Pons, p. 119.

27 Rojas Calderón, C. (2016) *La distribución de las aguas en el Derecho. Ordenación y servicio público en la administración hídrica y en las juntas de vigilancia de ríos*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 279-284.

28 Esteve Pardo, J. (2018) *Lecciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, pp. 465-466

la recepción en Europa continental del modelo de regulación tras la pérdida de posiciones de dominio y titularidad estatalizado en toda una serie de sectores económicos con marcada presencia e interés públicos²⁹.

En este sentido, esta actividad es fundamento y explicación, ya no un Estado de Policía ni un Estado del Bienestar, sino de un *Estado garante* de intereses generales frente a la actividad de empresas privadas que funcionan en régimen de mercado y competencia, en aquellos sectores que tienen relevancia para la sociedad y sus habitantes, que habitualmente se corresponden con servicios esenciales, y garantizando que en ellos se realicen prestaciones básicas, conforme reglas jurídicas de operación³⁰.

3. La situación actual del abastecimiento de agua potable y saneamiento, y los problemas pendientes de solución o desarrollo

Entonces, en este marco general, pero con la vigencia ya por casi 15 años de una sequía persistente, ha dirigido las miradas a las “nuevas fuentes de agua” como una necesidad, para hacer sostenible o sustentable el actual sistema.

En Chile, la vía de las “nuevas fuentes de agua”, se ha ido transformando progresivamente en una solución técnica que permite garantizar un abastecimiento continuo y de calidad de recursos hídricos. Especialmente en zonas de escasez hídrica o sequía normal o estructural, donde las nuevas fuentes de agua coadyuvan a proveer soluciones innovadoras frente al desafío del cambio climático, en un contexto –además– de lucha por el territorio y el agua en especial. Esto es consistente, además, con lo informado por el Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) en esta materia, y en particular refiriéndose a los recursos hídricos señala que en muchas regiones, las cambiantes precipitaciones o el derretimiento de nieve y hielo están alterando los sistemas hidrológicos, lo que afecta a los recursos hídricos en términos de cantidad y calidad³¹. Más recientemente, el World Resources Institute (WRI) elaboró un ranking mundial del estrés hídrico de los países, en el que Chile

29 Esteve Pardo, J. (2010) “La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (*Regulierungsrecht*. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)”. *Revista de Administración Pública (RAP)* N° 183, pp. 298-299.

30 Esteve Pardo (2018) 466.

31 Intergovernmental Panel on Climate Change. IPCC (2014) “Cambio climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Resumen para responsables de políticas”. Disponible en http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg2/ar5_wgII_spm_es.pdf [15 de mayo de 2021]. El próximo informe será entregado el 2022.

aparece como líder de la categoría “alto riesgo”, que aparece justo después de 17 países que se encuentran en un peligro “extremadamente alto”, quedando Chile en el puesto 18 en el listado global³².

Los resultados apuntan a que la relación entre la demanda de agua y la cantidad disponible en el territorio es peligrosa en el mediano y corto plazo para los países bajo dicha categoría.

Adicionalmente, gracias a los numerosos avances en tecnología de membranas de dichas plantas, la desalación se ha vuelto mucho más eficiente obteniendo el 55% de su agua para uso doméstico de la desalación, pasando de ser uno de los países más secos del mundo en un impensable gigante del agua, con capacidad hasta para “exportar” agua.

Todo esto forma un panorama caracterizado por una condición normalmente deficitaria de recursos hídricos, que fundamenta la atención de las autoridades públicas, los privados y, por cierto, también del Derecho.

Esto resulta especialmente relevante en miras de la mantención de la garantía del “derecho humano al agua”, en cuanto concretización de un derecho subjetivo público con fuerte contenido sanitario en sus tres etapas: abastecimiento de agua potable, recogida de vertidos y saneamiento por un lado; y por otro con contenido social, respecto de lo cual Chile puede mostrar altos índices de cumplimiento (en sectores urbanos), el que a su vez es resultado de una política pública que se concretó en una regulación consistente en materia de servicios de abastecimiento de agua potable y recogida de vertidos, desarrollada directamente por la Administración Pública a través del programa gestionado por la Dirección de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas (MOP) y también como una verdadera carga administrativa impuesta a las empresas sanitarias (privadas), concesionarias del servicio público.

Ello ha permitido sostener con justa razón, las bondades del “modelo chileno” en este campo –de orden liberal, pero fuertemente regulada-, que sin embargo sólo resulta sostenible en la medida que se pueda seguir respondiendo a la demanda creciente. Y es especialmente problemático, pues el modelo chileno ha operado desde hace mucho tiempo en base a la oferta, por tanto, sin atender a las necesidades de la población o de sectores industriales, sino sólo en base a la existencia o disponibilidad; permitiendo

32 World Resources Institute. WRI (2019) “17 countries, home to one-quarter of the world’s population face extremely high water stress”. Disponible en <https://www.wri.org/blog/2019/08/17-countries-home-one-quarter-world-population-face-extremely-high-water-stress> [15 de mayo de 2021]

de este modo una visión individualista y no colectiva, por lo mismo no sustentable³³.

Esto es especialmente relevante en el desafío de una efectiva cobertura en el ámbito rural (a lo menos el concentrado), lo que está haciendo crisis.

Y otro pendiente, es lo *muy poco* que se ha avanzado en materia de proyectos normativos para reaccionar institucionalmente ante la sequía, especialmente para el desarrollo de las denominadas “nuevas fuentes de agua” aprovechando los avances que se han hecho en materia de desalación³⁴, o los que se están explorando en materia de aguas recuperadas de vertidos del sistema de agua potable -aguas grises-, particularmente cuando aparecen como soluciones o complementos necesarios a la utilizada hasta el extremo, agua continental superficial y subterránea³⁵.

4. Los grandes olvidados y excluidos

De acuerdo a las últimas estimaciones del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), al año 2019 un 88,4% de la población en Chile era urbana y un 11,6% de la población era población rural³⁶. Pues bien, en el marco analizado del sistema de abastecimiento de agua potable y saneamiento en Chile, el servicio de agua potable que se realiza a nivel rural es prestado o administrado por los propios beneficiarios del mismo, alcanzando una cobertura de poco más de un 50% pero con un bajísimo 10% de saneamiento.

Esto tradicionalmente se hacía con un régimen jurídico muy precario, lo que se ha visto modificado por Ley N° 20.998 de 2017 sobre Servicios Sanitarios Rurales que enseguida se analizará.

33 Lillo, M./ Godoy, A./ Rivera, D. (2021) “Agua 4.0: una forma de enfrentar el riesgo climático en Chile y avanzar hacia la seguridad hídrica”. *Ciper Académico/ Análisis*. Disponible en <https://www.ciperchile.cl/2021/02/27/agua-4-0-una-forma-de-enfrentar-el-riesgo-climatico-en-chile-y-avanzar-hacia-la-seguridad-hidrica/> (en línea)

34 Sobre ello, ordenados cronológicamente, *favorablemente* Rojas Calderón, C. y Delpiano Lira, C. (2016) “Algunas consideraciones jurídicas sobre la desalación de agua de mar. Caracterizaciones y problemas iniciales”. *Revista de Derecho Administrativo Económico (RDAE)* N° 23, pp. 107-128; y *desfavorablemente* Álvez, A. y otros (2020) “At the crossroads: can desalination be a suitable public policy solution to address water scarcity in Chile’s mining zones?”. *Journal of Environmental management* N° 258, pp. 1-12.

35 Embid Irujo, A. (2010) “Cambio climático y recursos hídricos. Aspectos jurídicos”. García, M.P./ Amaya, O. Comps. *Derecho y cambio climático*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, pp. 51-56.

36 Instituto Nacional de Estadísticas. INE (2019) “Estimaciones y proyecciones de la población de Chile 2002-2035”. Disponible en https://www.ine.cl/docs/default-source/proyecciones-de-poblacion/publicaciones-y-anuarios/base-2017/ine_estimaciones-y-proyecciones-2002-2035_base-2017_reg_C3%Airea_s%C3%ADntesis.pdf?sfvrsn=aueb88e7_5 [20 de junio de 2021]

4.1. Provisión tradicional del sistema de agua potable rural (APR)³⁷

Esta situación se encuentra concretada en organizaciones de particulares que forman un sistema de agua potable rural (conocidos por su acrónimo APR) conformados en su mayoría a partir de *comités* formados al alero de la Ley de Juntas de Vecinos, y también por medio de *cooperativas* al alero esta vez de la Ley General de Cooperativas, a través de las cuales se posibilita la prestación de estos servicios en áreas calificadas como rurales conforme con los respectivos instrumentos de planificación territorial.

A través de este sistema se han construidos los sistemas de agua potable y saneamiento rural –por casi 50 años en Chile-, en cuya virtud se ha implementado una infraestructura considerable, realizada por el Programa estatal. En este orden de cosas, conforme estudio de la Fundación Amulén se aportan numerosos datos³⁸:

Desde sus inicios en 1964 hasta 2018, el Programa de Agua Potable Rural ha brindado infraestructura de APR a 1.875 poblados concentrados y semiconcentrados, atendiendo a 1.787.916 beneficiarios y aumentando la cobertura de agua rural desde 6% en 1960 a 52,3% en el año 2018.

El porcentaje de cobertura de abastecimiento de agua potable en zonas rurales es heterogéneo en todo el territorio nacional, variando desde un mínimo de 28,8% en la Región de La Araucanía a un máximo de 86,2% en la Región de O’Higgins. La macrorregión central presenta la cobertura promedio más alta, con 69,5%, seguida por la macrorregión norte, con 53,8%. En fin, la macrorregión sur presenta la menor cobertura promedio, alcanzando un 39,4%.

Ello significa que el 47,2% de la población rural no cuenta con un abastecimiento formal de agua potable; esta se encuentra en localidades semiconcentradas y localidades dispersas, entre las regiones que poseen una mayor proporción de población con fuentes informales, se encuentran La Araucanía (71%), Biobío (68%), Los Lagos (64%) y Los Ríos (62%).

Esta población rural sin abastecimiento formal tiene acceso a agua a través de las siguientes fuentes informales: agua superficial (río, vertiente, estero o lago), subterránea (pozos) y camiones aljibes, en aquellos casos en los cuales no hay fuentes superficiales o subterráneas disponibles. La fuente informal

37 Sobre esto, puede revisarse a Rojas Calderón, C. (2014) “Particularidades del servicio de abastecimiento de agua potable. El servicio privado de interés público en los sistemas de agua potable rural (APR)”. Revista de Derecho Administrativo Económico (RDAE) N° 18, pp. 7-44.

38 Amulén. La fundación del agua (2019) “Pobres de agua. Radiografía del agua rural en Chile: Visualización e un problema oculto”, pp. 30-38. Disponible en <https://cambioglobal.uc.cl/proyectos/289-pobres-de-agua-radiografia-del-agua-rural-en-chile> [25 de julio de 2021]

más importante a nivel nacional es agua subterránea (58,8%), seguida de fuentes superficiales (25,8%) y, por último, camiones aljibes (15,4%).

Ahora, si bien la construcción de los sistemas la ha realizado el MOP a través del Programa de Agua Potable Rural, su operación ha sido efectuada por privados organizados bajo las formas de comité y cooperativas, los primeros representando un 90% de las organizaciones comunitarias, mientras que el 10% restante corresponde a la segunda forma de organización reguladas por normativas jurídicas distintas, presentado resultados bastante heterogéneos.

Claro, el sistema ha funcionado especialmente a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Servicios Sanitarios, sin embargo ello ha ocurrido hasta ahora más bien por un ejercicio de “gasfitería jurídica”, más bien por la buena “voluntad” de las concesionarias, que por la regularidad. De todas maneras, es justo destacar que en este tiempo se ha actuado con generosidad con el fin de solucionar el problema de acceso al vital elemento, que es la finalidad en cualquier caso.

En especial, esto se fundamentó en la carga impuesta a las empresas concesionarias de servicios sanitarios de conformidad con lo establecido en el artículo 2° Transitorio de la Ley N° 19.549 de 1998 –modificatoria del D.F.L. 382 de 1989, Ley General de Servicios Sanitarios-, de prestar asesoría técnica y administrativa a los sistemas de APR, en los términos y condiciones que dicho cuerpo legal dispone.

A su turno, el artículo 52 bis de la Ley General de Servicios Sanitarios (LGSS) establece prestaciones en el ámbito rural, disponiendo que, en forma excepcional, se permite a las concesionarias de servicios públicos sanitarios suministrar prestaciones en el ámbito rural, bajo la condición de no afectar o comprometer la calidad y continuidad de los servicios públicos sanitarios que son de su responsabilidad. En este caso, tales prestaciones se enmarcaron en el ámbito de prestaciones relacionadas no obligatorias y regidas por las normas del Derecho privado, no están sujetas a tarifas fijadas por la autoridad, y a los derechos y obligaciones de los usuarios y a las concesionarias no les son aplicables las normas que rigen la prestación de los servicios públicos sanitarios.

Como fue explicado, a través del Programa de Agua Potable Rural se ha contribuido al fortalecimiento de la organización comunitaria, desde el momento en que son los propios comités o cooperativas de agua potable rural quienes administran, operan y mantienen su servicio.

En general, puede señalarse que los Sistemas de APR no contaban con una regulación jurídico-institucional propia o integral, contenida en un solo cuerpo normativo, y no están sujetos al cumplimiento del régimen de concesiones sanitarias. Se forman y constituyen como un servicio particular, bajo la forma de un comité o cooperativa u otra figura jurídica que acuerden los interesados, obteniendo los permisos de funcionamiento del Ministerio de Salud, a través de los respectivos Servicios de Salud del Ambiente.

No obstante, estos sistemas rurales deben cumplir con las normas sobre calidad de los servicios y las normas técnicas respectivas. Asimismo, su régimen tarifario se regula por las disposiciones estatutarias de cada comité o cooperativa. Y, finalmente, la fiscalización de la calidad de los servicios corresponde a los Servicios de Salud del Ambiente del Ministerio de Salud.

Pues bien, ocurre que en el caso de los Sistemas de APR –en virtud de las competencias asignadas-, estamos ante la clara presencia de una actividad concretada en prestaciones de tipo específico. Esta actividad era prestada de manera libre, sin habilitación administrativa más que en lo relativo al registro de las formas organizativas –comité o cooperativa-, que se haya elegido en esta específica organización privada. De todas maneras, se encuentran sujetos a supervigilancia aunque con algunas particularidades, de la Dirección de Obras Hidráulicas, del Ministerio de Salud o de la Superintendencia de Servicios Sanitarios o la Dirección General de Aguas, dependiendo del área o sector.

En dicha virtud, a lo menos en este sentido y respecto de las actividades que realiza, desarrollan estas acciones con claros caracteres de un *servicio privado de interés público* (SPIP), pues existen en la actividad desarrollada por los APR claros caracteres y aplicación de las reglas de funcionamiento de los servicios públicos por lo que las actividades que realizan debe sujetarse a las reglas de funcionamiento de todo servicio público -como son la continuidad, regularidad, igualdad y universalidad-, los que en cada caso adquirirán sus especificidades propias.

En particular, la titularidad de los sistemas de APR por comités o cooperativas concreta en los propios operadores -que al mismo tiempo son los usuarios organizados y constituidos al efecto-, unas claras obligaciones o cargas de servicio público general de carácter legal como las vistas.

4.2. Provisión por nuevos Servicios Sanitarios Rurales (SRR)³⁹

La Ley N° 20.998, que regula los Servicios Sanitarios Rurales, publicada el 20 de noviembre del año 2017, propone sustituir el actual sistema desregulado o regulado tangencialmente como se expuso, reemplazando lo existente por un verdadero servicio público. No obstante, queda a medio camino esa pretensión.

Con la vigencia de esta Ley, se ha indicado que se avanza en forma significativa para garantizar el abastecimiento de agua potable y saneamiento para los habitantes del sector rural de Chile, se reconoce a las organizaciones sociales como los operadores y administradores de los servicios sanitarios en su territorio y establece el rol del Estado como proveedor de la infraestructura, ejecutando obras para servicios existentes y nuevos.

El Ministerio de Obras Públicas entregará una Licencia a los comités y cooperativas de agua potable rural existentes, que los autoriza para proveer los servicios de agua potable y saneamiento en un área geográfica delimitada y que establece sus derechos y obligaciones.

Además, al MOP le corresponde mantener un registro público de los operadores de servicios sanitarios rurales, con las licencias y la información relevante de cada servicio, y todos los comités y cooperativas existentes deberán inscribirse en el plazo de 2 años.

En la Dirección de Obras Hidráulicas del MOP, se crea la Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales con nuevas funciones entre las cuales se destaca la ejecución de la política de asistencia y promoción de las organizaciones sociales, capacitando, apoyando, asistiendo y asesorando a los servicios sanitarios rurales, en el proceso de implementación de la Ley y en el pleno funcionamiento de los Servicios Sanitarios Rurales del país.

La ley sin embargo tuvo un período de vacancia, hasta que se dictó el 19 de octubre de 2020, se publicó en el Diario Oficial el Decreto N° 50 del Ministerio de Obras Públicas, el cual contiene el Reglamento de la Ley N° 20.998 que regula los Servicios Sanitarios Rurales.

La publicación de este reglamento, permite la entrada en vigencia de la Ley N° 20.998, a partir del 20 de noviembre de 2020, la cual regula la prestación del servicio sanitario rural en todas sus etapas, siendo éstas la producción y

39 Existe un muy buen trabajo que aborda la temática antes de la dictación del Reglamento, en especial el elemento participativo, en Villagrán Tapia, A. (2019) *Consecuencias de la implementación del nuevo sistema de agua potable rural en la participación ciudadana. Luces y sombras de una normativa pública ejercida por privados*. Programa de Magíster en Derecho, Universidad Católica del Norte, 107 pp.

distribución de agua potable, recolección, tratamiento y disposición final de aguas servidas. Los encargados de estas operaciones serán las cooperativas o comités que obtengan su licencia de funcionamiento otorgada por el Ministerio de Obras Públicas.

Respecto a las materias reguladas en el Reglamento destacan las siguientes:

a) Regula el procedimiento para otorgar licencias y autorizaciones a los operadores de estos servicios. Se crea un registro de operadores, el que estará a cargo del Ministerio de Obras Públicas, y será administrado por la Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales de la Dirección de Obras Hidráulicas de este ministerio.

b) Dispone las distintas normas que regulan tanto los servicios sanitarios primarios, como secundarios.

c) Consagra derechos y obligaciones de los operadores y usuarios de estos servicios.

d) Establece la metodología para el cálculo de tarifas.

e) Determina el procedimiento para la formación de un Consejo Consultivo, su forma de sesionar y su funcionamiento.

f) Se consagra la obligación que tienen algunos operadores clasificados en ciertos segmentos de presentar un Plan de Inversiones.

g) Regula mecanismos de autorregulación de los operadores y transparencia de los mismos.

h) Por último, se establece que los organismos encargados de la fiscalización serán la Superintendencia de Servicios Sanitarios y la Autoridad Sanitaria.

Para tales efectos, estos organismos, dictarán los manuales o resoluciones de carácter interno que contendrán los procedimientos de fiscalización para el cumplimiento de su función, así como los criterios que guían a sus funcionarios y fiscalizadores en sus actos de inspección en la aplicación de multas y sanciones, teniendo en especial consideración los objetivos de la Ley y el Reglamento

5. Un balance de la institucionalidad en retirada y de la que está empezando en el mundo rural, y el llamado de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema

5.1. La condición deficitaria de uno y otro

Cabe recordar acá, que se ha definido el DHA como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico; y caracterizado como un derecho social, prestacional,

expresado en la materialidad del acceso al agua y saneamiento, que debe ser satisfecho -o garantizada su satisfacción- por los Estados, en condiciones de cantidad y calidad adecuadas, y su imprescindible saneamiento.

Es decir se trata de un servicio público, prestado a nivel urbano por empresas concesionarias con una muy exitosa cobertura y saneamiento; pero a nivel rural -hasta ahora-, por una especie de asistencia combinada con autogestión, y mañana por una especie de reconversión de aquello en servicios públicos licenciados por un acto de la autoridad -la licencia-, pero siendo los mismos que hasta ahora apenas abastecen, y tienen muy baja o ninguna capacidad de inversiones necesarias para garantizar la satisfacción este derecho esencial, civilizatorio se ha dicho, y con nula capacidad para el saneamiento.

A nivel rural, en ninguno de los estadios analizados (antes y después de la Ley N° 20.998) estamos en presencia de un servicio público en forma -un servicio que pueda satisfacer las necesidades públicas, del pueblo rural-, pues no hay Estado prestador directo, ni Estado garante, sino que son los propios titulares los que al mismo tiempo son los beneficiarios.

La consecuencia de ello se ve en las situaciones de crisis regulares o estructurales de agua, como la que llevamos viviendo ya casi 15 años, que no pueden cumplirse en las condiciones enunciadas en el concepto señalado de manera adecuada, ni cumplidas sus características o exigencias: cantidad, calidad, regularidad, universalidad.

Creo que ello está suficientemente probado, y muestra evidente de ellos ha sido el descontento de la población manifestado desde antes del inicio de la “Revolución Social” en octubre de 2019, acrecentado, visualizado con ella, y levantándose como una de las temáticas más claramente presentes y discutidas en el proceso constituyente que está desarrollándose.

5.2. Manifestación jurisprudencial del derecho humano al agua

La anterior tensión sistémica, material o prestadora del agua se enfrenta a la crisis del agua y su abastecimiento con serias dificultades para dar cumplimiento al DHA.

En este orden, no poca relevancia han tenido los tribunales superiores de justicia, en el pasado y ahora en esas épocas tan difíciles para todos.

Así, se hará referencia a dos sentencias relevantes en este campo.

a. *Sentencia ICA de Valparaíso, rol 16.770-2020, de 08 de octubre de 2020*⁴⁰.

Conforme la cual, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) regional Valparaíso, interpuso un recurso de protección de garantías fundamentales en favor de una serie de personas individualizadas en su presentación domiciliadas en la comuna de Petorca, en contra de Gobernación Provincial de Petorca y otras reparticiones públicas, por la omisión ilegal de adoptar las medidas necesarias para proveer agua potable en cantidad suficiente y adecuada, para abastecer a las comunidades de Petorca, Cabildo y La Ligua, a efectos de que la población pueda ejercer las medidas de higiene y saneamiento necesarias para la prevención y contención del contagio del COVID-19 en dichos municipios, situación que en su consideración vulneraba derechos constitucionales de las personas que habitan dichos territorios.

Se solicitaba la adopción de las siguientes medidas: 1) Se ordenara proveer a la Provincia de Petorca de agua potable en cantidad suficiente y adecuada para que la población pueda ejercer las medidas de higiene y saneamiento necesarias para la prevención y contención del contagio del COVID-19, en razón del estado de alerta sanitaria declarada por el Decreto N° 4, de 2020, del Ministerio de Salud; 2) Que en virtud de las facultades extraordinarias establecidas en el D.S. N° 4/2020 -que declaró la pandemia del COVID19 como emergencia sanitaria nacional- se adquiriera agua de manera directa que satisfaga el requerimiento de cantidad suficiente y adecuada por contexto de COVID-19; 3) Que se considerara como estándar de provisión de agua lo establecido en el D.S. N° 41/2016 que regula las condiciones sanitarias para la provisión de agua potable mediante el uso de camiones aljibes -en su artículo 13-; y 4) Se ordenara dejar sin efecto la resolución N° 458/2020 por arbitraria e ilegal, al carecer de una debida fundamentación, que había dejado sin efecto una resolución anterior al contradecir una posterior.

La acción constitucional de protección es rechazada -fundamentalmente porque con posterioridad a la presentación de la misma se dictó una resolución administrativa que disponía la provisión del recurso en la cantidad pedida-, pero hay un par de cosas interesantes que destacar:

La primera, que conforme el artículo 13 del D.S. N° 41/2016, “El volumen de agua distribuida, para el consumo diario por persona, no podrá ser inferior a 100 litros, salvo aquellos casos calificados por la Autoridad Sanitaria”. Ergo, sólo en situaciones calificadas, es decir fundadas debidamente podría

40 La sentencia se encuentra disponible a texto completo en la página web del Poder Judicial.

rebajarse dicha cantidad por la autoridad respectiva; como sería en este caso, que se había dispuesto por medio de una resolución administrativa que se entregaran sólo 50 litros por persona diarios a los habitantes de la localidad de Petorca.

La segunda, que aparentemente la Corte en este caso consideró que este caso era uno de esos “casos calificados”, sin entrar sin embargo a verificar si en las circunstancias actuales aquello era efectivo o no.

b. Sentencia de Corte Suprema, rol N° 131.140-2020 con fecha 23 de marzo de 2021. La sentencia anterior fue recurrida, y conociendo de ello, la Excma. Corte Suprema revocó el fallo dictado por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Y para acoger, indica las obligaciones del Estado chileno al ratificar diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos y otros instrumentos de Derecho internacional, los que al versar sobre derechos humanos están incorporados sustantivamente en la Constitución en razón del inciso 2° del artículo 5, sumando a ello, las directrices de la OMS en la materia (Cons. 11 a 15). De lo anterior concluye afirmando el “deber del Estado de garantizar el acceso de los recurrentes y de la población al agua, en una proporción no inferior a los 100 litros diarios por persona, de manera que se constata una actuación deficiente de las recurridas al no adoptar todas las medidas necesarias para asegurar no sólo a los actores, sino a la comunidad toda, especialmente a las categorías protegidas por el Derecho Internacional, el acceso al agua, omisión que deviene en ilegal y arbitraria y que vulnera la garantía de igualdad ante la ley (Cons. 16°)

Con ello, se produce un claro reconocimiento jurisprudencial del derecho humano al agua⁴¹.

4. Ideas al cierre sobre el DHA ante la Nueva Constitución

Las aguas son reguladas en Chile de manera excesivamente sectorizada, lo que hace muy difícil sino imposible una adecuada satisfacción de todos los usos que deben ser atendidos.

⁴¹ Existe otra sentencia, ICA de La Serena, rol 861-2020, de 09 de septiembre de 2020, donde el INDH interpuso una acción de protección de garantías constitucionales en favor de varios habitantes de un campamento denominado La Varilla 4 en la comuna de La Serena -es decir, viviendas construidas en situación irregular-, deducido esta vez en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la región de Coquimbo y de la Municipalidad de La Serena. El recurso fue rechazado, pues antes de la dictación del fallo ya se había empezado a abastecer de agua a la población, soluciona el problema. De nuevo, cumpliéndose efectivamente con el contenido material del derecho al agua. La sentencia se encuentra disponible a texto completo en la página web del Poder Judicial.

Entre ellos, el DHA tiene un contenido de carácter marcadamente prestacional, que es servido en el mundo urbano satisfactoriamente por empresas concesionarias de servicio público; y en el mundo rural conforme un sistema construido por la Administración Pública pero administrado por los mismos usuarios-beneficiarios.

Esto no puede seguir así, y para poder concretar el DHA debe enfocársele adecuadamente como un servicio público que debe ser satisfecho a cabalidad por la Administración Pública -encargada de tutelar y atender las necesidades públicas y de ejecutar la ley-, sea directamente sea indirectamente, garantizando el acceso al agua y al saneamiento.

Es de esperar que esta carga pueda tener un reconocimiento en la Nueva Constitución, que vaya de la mano de un Estado garante de prestaciones materiales, y comprometido con el respeto de los derechos humanos, en especial los de contenido básico o mínimo para la vida como es precisamente la satisfacción del derecho humano al agua.

LA PARIDAD CHILENA Y LA LUCHA POR UNA REPRESENTACIÓN EFECTIVA DE LAS MUJERES EN POLÍTICA

*Javiera Arce-Riffo*¹

*Julieta Suárez-Cao*²

Resumen

La incorporación de la fórmula de paridad de género en la Convención Constitucional situó a Chile como un país vanguardia a nivel mundial. Esto, pese a que habría sido uno de los últimos países de América Latina en implementar medidas de este tipo y de que estas no rindieron los efectos esperados en las elecciones parlamentarias de 2017. Sin embargo, gracias a la protesta social y al movimiento feminista, fue posible impactar en una reforma institucional trascendental para la política mundial, que podría marcar el rumbo de las teorías electorales, que incluya modelos de sistemas inclusivos que trasciendan las fronteras de la incorporación no sólo de las mujeres en los espacios de decisión política.

Las elecciones del 15 y 16 de mayo confirmaron que las mujeres, puestas en lugares elegibles y con un diseño electoral más amigable a la diversidad, resultaron más competitivas que los hombres, pero también se comprobó que los partidos políticos de las coaliciones más longevas son menos amigables con las mujeres a diferencia de los partidos políticos recientemente creados

1 Es Licenciada en Ciencias Políticas y Gubernamentales, por la Universidad de Chile. Magíster en Ciencia Política, mención instituciones y procesos políticos por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es Secretaria Ejecutiva de la Unidad de Igualdad y Diversidad de la Universidad de Valparaíso y académica del programa de Magíster en Gobierno de la misma universidad. Forma parte de la Red de Politólogas y es coautora de la fórmula electoral de paridad de género de la Convención Constitucional chilena. Sus áreas de investigación son partidos políticos, sistemas de representación e institucional feminismo.

2 Es licenciada en Ciencia Política, por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). PhD y Magíster en Ciencia Política por la Universidad de Northwestern (Estados Unidos). Académica del Instituto de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es coautora de la fórmula electoral de paridad de género de la Convención Constitucional chilena y Coordinadora de la Red de Politólogas. Sus áreas de investigación son política subnacional, partidos políticos y representación política de las mujeres.

(con excepción del Partido Comunista). También, los grupos de independientes se exhiben más amables hacia las mujeres. La paridad implicó no sólo un similar número de hombres y mujeres, sino que además empujó la construcción de un órgano constituyente más diverso, que introdujo a otros grupos excluidos del sistema político como pueblos originarios e independientes.

Introducción

El día 4 de marzo de 2020 fue aprobada por una amplia mayoría la reforma constitucional que aseguraba la paridad efectiva entre hombres y mujeres para ser electas en la próxima Convención Constitucional de Chile, órgano creado con fines particulares para redactar la nueva carta constitucional chilena. En el mes de octubre de ese mismo año, a pesar de la pandemia generada por el COVID-19 y de la postergación del calendario electoral, la opción del apruebo ganó con un apoyo considerable de la población (78%). Asimismo, se impuso la idea de cambiar la constitución a través de una Convención Constitucional paritaria. Además de la representación descriptiva de las mujeres, ya aprobada, otra reforma introdujo dos innovaciones más: los 17 escaños reservados para pueblos originarios contemplando el compromiso de la paridad de género en su asignación; y la posibilidad de que candidaturas extra partidarias e independientes pudieran competir en condiciones no tan desiguales con los partidos políticos.

El 15 y 16 de mayo del presente año se llevaron a cabo las elecciones para elegir a los y las convencionales constituyentes y sus resultados sorprendieron mucho, ya que la distribución de escaños fue muy diferente a la proyectada por los diversos estudios de opinión. La coalición de derecha Vamos por Chile (el pacto en el que la coalición gobernante otorgó espacios para candidaturas de la extrema derecha de José Antonio Kast, el Partido Republicano) sólo se agenció el 27% de los asientos, lejos del tercio que necesitaba para tener poder de veto en la Convención. La coalición de la izquierda, para el Apruebo Dignidad, obtuvo el 20%, un 18% para la Lista del Apruebo (coalición de centro-izquierda) y finalmente el 35% para las opciones independientes. El buen desempeño de las listas de independientes fue la sorpresa de la elección, dejando a las opciones de la derecha y centro izquierda perdiendo terreno en el escenario político. Junto a esto, la composición de la Convención reflejó cabalmente la fórmula paritaria obteniendo representación 77 mujeres y 78 hombres.

¿Cómo nace esto de la necesidad de diseñar un sistema electoral para la construcción de un órgano paritario para la Convención Constitucional? ¿Qué antecedentes primaron para la lucha para alcanzar este arreglo institucional?

¿Fue importante la movilización feminista para los resultados obtenidos sumado a la protesta social callejera y la movilización feminista de 2018? ¿Qué conglomerados aportaron más mujeres? ¿Influyó el diseño electoral en la electividad de las mujeres? ¿Qué desafíos se esperan para el futuro?

El trabajo que a continuación se desarrolla intentará poner en el papel los antecedentes y el proceso de tramitación de la normativa, los aspectos que influyeron en el éxito en el resultado de las votaciones en el Congreso en un ambiente político y social convulsionado. Por otro lado, intentará explicar los elementos teóricos y electorales que incluyeron el diseño de la paridad y su desempeño en las elecciones pasadas, para finalmente concluir y delinear una posible agenda de futuro que se genera a propósito de avanzar en representación descriptiva de las mujeres en una de las reformas político-institucionales más importantes de los últimos cuarenta años.

La Revuelta Social y el movimiento feminista: antecedentes de la paridad

La semana del 4 al 18 de octubre de 2018 estuvo marcada por incidentes que derivaron en una intensa jornada de protestas. Una serie de incendios comenzaron a desatarse a lo largo de la región metropolitana, sin que el gobierno fuera capaz de controlar las manifestaciones (Somma et.al. 2020). Luego de semanas en que se aplicaron medidas como el Estado de Excepción Constitucional y un mes de protestas sin precedentes, que incluyeron violaciones a los derechos humanos por parte de las fuerzas del orden (INDH, 2020), el 15 de noviembre se concreta la firma de un Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución. El Acuerdo fue un intento por parte del Poder Legislativo de buscar algún tipo de canalización institucional al conflicto. Así, la clase política se ató de manos y dejó en la ciudadanía la decisión del cambio constitucional que se materializó en un plebiscito de entrada, en el cual además de inquirir sobre si se aprobaba o no cambiar la Constitución, se preguntaba bajo qué organismo. Las opciones eran una Convención Constitucional Mixta, compuesta por el 50% de representantes del congreso y el otro 50% restante electos desde la ciudadanía, y una Convención compuesta por el 100% de sus miembros electos por la ciudadanía.

La Comisión Técnica³, compuesta por expertos y expertas representantes de los partidos políticos que suscribieron el acuerdo, no introdujo temas más

3 La Mesa Técnica Constituyente estuvo compuesta por 14 abogado/as, experto/as constitucionalistas y/o cientistas política/os, representantes de todos los partidos que suscribieron el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución (Biblioteca del Congreso Nacional, 2019).

allá de aterrizar las cláusulas del documento original. Así, los temas controversiales que implicaban ampliar el concepto de representación (paridad y representación de pueblos indígenas) quedaron a ser definidos por el Congreso de la República. Fue así como una vez concluido el trabajo de la Comisión Técnica, al son de la protesta social callejera y de “Un violador en tu camino”⁴, se instaló como prioridad la agenda de género en la discusión en el Congreso.

Sin embargo, la historia del movimiento feminista chileno no es reciente. Cada cierto tiempo las mujeres se articulan con fines claros como recuperar la democracia, abogar por mayores niveles de autonomía del cuerpo, o para reclamar por el fracaso de las políticas para prevenir y sancionar la violencia de género⁵. En la historia reciente de Chile, la articulación del movimiento de mujeres y feministas se constituyó como un agente fundamental para la recuperación de la democracia⁶, y a pesar de que el movimiento en apariencia se desarticuló durante algunos años, en el año 2008 comienza una rearticulación social feminista alrededor de la problemática para acceder a la píldora anticonceptiva de emergencia^{7, 8}. Desde allí en adelante comenzaron a activarse en pequeños grupos y en el año 2013 se realiza por primera vez la marcha por la despenalización del aborto⁹, la cual se irá repitiendo año tras año. No obstante, fue precisamente el año 2018 en que toda la demanda se cristaliza, antecedente relevante, para entender el fenómeno de LasTesis, y cómo se intercepta la demanda feminista en la del estallido social.

El 2018, la mayoría de los planteles se acogieron a la movilización denominada como “ola feminista”. Fue así como miles de mujeres estudiantes universitarias y secundarias se unieron para protestar en contra de la violencia de género que sufren sistemáticamente, la cual es reproducida al interior de

4 Bbc.com, 2019, Las Tesis sobre “Un violador en tu camino”. “Se nos escapó de las manos y lo hermoso es que fue apropiado para nosotras”, 6 de diciembre de 2019.

5 Reyes-Housholder, Catherine y Roque, Beatriz, “Chile 2018: desafíos al poder de género desde la calle hasta La Moneda”, en Revista de Ciencia Política, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2019, p. 191.

6 Baldez, Lisa, Why women protest: Women’s movements in Chile, (Cambridge University Press), 2002.

7 Comúnmente conocida como Píldora del Día Después.

8 Sepúlveda, Carmen, “Formal and informal institutional Challenges to Women’s Reproductive Rights: Emergency Contraception and the Constitutional Tribunal in Chile”, en Waylen, Georgina (ed.), Gender, Institutions and Change in Bachelet’s Chile (Palgrave Macmillan), 2016.

9 Eldesconcerto.cl, A 5 años de la toma de la catedral: La historia de la primera marcha por el aborto libre, seguro y gratuito en Chile, 27 de julio de 2018.

los centros educativos¹⁰. A pesar de haber tenido una amplia adherencia, la movilización produjo cambios significativos en los planteles educativos pero no en políticas públicas sustantivas¹¹. Sin embargo, toda esta articulación sirvió para convocar a las actrices a la calle, en pleno estallido social que hasta el momento no había incorporado la mirada feminista al conjunto de demandas no reconocidas por el Estado como principio de equivalencia democrática¹² en el contexto del estallido social.

Mujeres activistas y feministas, junto a un grupo de científicas políticas aprovecharon la posibilidad de incidir en la agenda de la tramitación¹³, y propusieron una fórmula electoral que incluía una asignación paritaria de escaños. Esta fórmula electoral consistió en la introducción de arreglos institucionales orientados a modificar la ley de cuotas aprobada el año 2015 por el Congreso Nacional, de tal manera que existiera una paridad de entrada en las candidaturas y una de salida en la asignación de asientos.

Las distintas evaluaciones realizadas a la aplicación de la Ley de Cuota de 2017 indicaron que ésta no habría sido efectiva. Si bien hubo un crecimiento en el número de mujeres en ambas cámaras, incrementando desde un 15,8% a 22,5%. Hubo varios problemas con el diseño de la cuota, el primero era que alcanzaba un 40% del total de las listas nacionales por partido, es decir, esta cuota se aplicaba a nivel de la oferta de candidaturas centralizada y no en cada uno de los distritos¹⁴. Este diseño afectó la nominación de las candidaturas de mujeres, problema acrecentado por las instituciones informales y los espacios de exclusión de mujeres al interior de los partidos políticos¹⁵. De hecho, Re-

10 Miranda, Lucía y Roque, Beatriz, “El mayo estudiantil feminista de 2018 en la Pontificia Universidad Católica de Chile: “La Revolución es Feminista””, en Larrondo, Marina y Lara, Camila, *Activismos Feministas Jóvenes: Emergencias, Actrices Y Luchas En América Latina*, (CLACSO), 2019.

11 Arce, Javiera, 2021, “Desde la autonomía del cuerpo hasta la paridad de género en la Convención Constitucional Chilena: análisis sobre el movimiento feminista chileno”, ponencia presentada para el XXV Congreso Internacional del Instituto Universitario de Estudios Feministas y de Género Purificación Escribano (IUEFGPE), 2021, *La agenda feminista: resistencias, retos y respuestas*. Castellón de la Plana.

12 Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, 1987, *Hegemonía y Estrategia Socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, (Siglo XXI), 1987.

13 Juntasenaccion.cl, ¿Cómo se logró la paridad?: Las organizaciones y mujeres que trabajaron por una Constituyente Paritaria. 5 de marzo de 2020.

14 Arce, Javiera, “Ley de cuotas chilena: notas para una autopsia”, en Miranda, Lucía y Suárez-Cao, Julieta (eds.), *La política siempre ha sido cosa de mujeres: elecciones y protagonistas en Chile y la región*, (Flacso-Chile), 2018; Le Foulon, Carmen y Suárez-Cao, Julieta, “Evaluando las cuotas de género en Chile: resultados de su primera aplicación”, en *Reformas Políticas en América Latina*, 2018, disponible en: <https://reformaspoliticas.org/>

15 Arce, Javiera, “Abriendo la caja negra de los partidos políticos chilenos: expresiones de la desigualdad de género en la militancia política”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, N°97, (Facultad de Derecho

novación Nacional y el Frente Amplio aportaron más mujeres al proceso que otros partidos, sin embargo, cabe señalar que la coalición menos institucionalizada y más nueva, fue la que proporcionalmente introdujo más mujeres. Esto es factible de estar asociado con el hecho de que la nueva coalición no habría institucionalizado las prácticas excluyentes contra las mujeres como si lo han hecho los partidos más tradicionales¹⁶.

Como resultado de lo anterior, las mujeres fueron destinadas a distritos poco competitivos y la capacidad de éxito de ellas fue bastante menor, a pesar de ser competitivas¹⁷. Por otro lado, a pesar de que existían incentivos económicos para los partidos, tales como las 500 UF que recibía cada partido por cada candidata electa y el pago adicional por voto (0,01 UF) que se agrega a la devolución por votación, en el caso de las mujeres candidatas al Poder Legislativo, los partidos no realizaron los esfuerzos para elegir a sus candidatas. Lo que se reflejó en los magros resultados.

Entonces, el mal diseño de la cuota de género en el Congreso terminó siendo un *blessing in disguise* y la condición de posibilidad de una nueva normativa que viniera a solucionar estos problemas: la asignación paritaria de escaños, la cual planteó un diseño muy diferente al anterior. A pesar de que el mecanismo de paridad de salida fue modificado en la Comisión Mixta, cuando se introdujo la opción de la corrección al final del resultado a nivel de distrito, la partida de entrada fue aprobada tal cual fue diseñada. La paridad de entrada, en las candidaturas, establece que las listas deben estar encabezadas por mujeres y luego los sexos deben alternarse sucesivamente en todas las listas presentadas en cada distrito. La paridad de salida aprobada implicaba que si los distritos naturalmente no asignaban escaños de manera paritaria, se debería intervenir el distrito para que su resultado fuese paritario, en caso de que el distrito cuya magnitud fuera par (4 y 6 escaños) y en el caso de los impares, que ninguno de los dos sexos superara en uno al otro. Con este fin, la candidatura menos votada de sexo sobrerrepresentado que recibía escaño dejaba el mismo a la candidatura más votada del sexo subrepresentado de su misma lista.

Universidad de Buenos Aires), 2018b, p. 217.

16 Arce, Javiera, “Ley de cuotas chilena: notas para una autopsia”, en Miranda, Lucía y Suárez-Cao, Julieta (eds.), *La política siempre ha sido cosa de mujeres: elecciones y protagonistas en Chile y la región*, (Flacso-Chile), 2018.

17 Le Foulon, Carmen y Suárez-Cao, Julieta, “Evaluando las cuotas de género en Chile: resultados de su primera aplicación”, en *Reformas Políticas en América Latina*, 2018, disponible en: <https://reformas-politicas.org/>

Ítem	Reforma Electoral 2015	Reforma Constitucional 2020
Tipo de acción afirmativa	Cuota 40%	Paridad
Alcance territorial y organizativo	Nacional y por partido	Distrital
Encabezamiento obligatorio de mujeres	No	Sí
Alternancia (cebra)	No	Sí
Enforcement	Sí	Sí
Corrección de salida	No	Sí
Incentivos Económicos	Sí	Sí

Tabla 1: Comparativa Ley de Cuotas (2015) y Paridad (2020). Fuente: Elaboración Propia

Sin lugar a duda, el conocimiento acumulado tanto en la evaluación de la ley de cuotas que se aplicó por primera vez en 2017 junto con la experiencia acumulada en la movilización feminista de 2018 se constituirán como antecedentes relevantes del éxito de la aprobación de la paridad. Como todas las reformas políticas con perspectiva de género a lo largo de la historia (las sufragistas, el aborto, la violencia de género), la paridad fue acompañada por la protesta social callejera y la alianza de las mujeres en los espacios de decisión para alcanzar esta reforma^{18 19}.

Fue así como organizaciones de mujeres como Comunidad Mujer, Juntas en Acción, Asociación de Abogadas Feministas (Abofem), Chile Mujeres, Red de Politólogas, entre otras organizaciones, se articularon en torno a la demanda por la paridad de género. Coalición, que además se extendió al Congreso Nacional, donde un grupo transversal de diputadas, de Renovación Nacional, la Democracia Cristiana, el Partido Por la Democracia, el Partido Socialista, el Partido Comunista, Revolución Democrática, Convergencia Social y Comunes, lograron articular también junto a estas organizaciones feministas.

18 Berk, Karen, "The Comparative Politics of Women's Movement", en American Political Science Association. *Perspective on Politics*, N°3, (Cambridge University Press), 2005, p. 583.

19 Arce, Javiera, "Una mirada al Movimiento Feminista en Chile en el Año 2018: hitos, agenda y desafíos, en *Revista Iberoamericana*", N° 72, (University Of Pittsburgh Press), 2019, p. 223.

Resultado de la Elección

La elección de la Convención Constitucional no sólo comprobó la eficacia de la paridad, sino además entregó resultados inesperados en el mapa político chileno. En primer lugar, se estableció una especie de clivaje entre partidos políticos e independientes si se analiza la distribución de escaños. Esto será determinante también al momento de mirar en detalle la cantidad de hombres y mujeres que cada una de las coaliciones de partidos e independientes introdujeron a la convención.

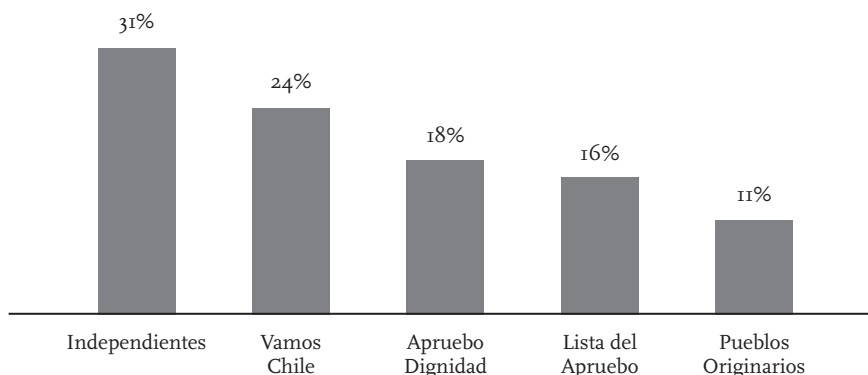


Gráfico 1: Distribución de convencionales constituyentes por coaliciones. Elaboración propia en base a datos obtenidos en <https://www.servelecciones.cl/>

La gran sorpresa de la jornada fue la escasa capacidad de movilizar electores de los actores que han gobernado Chile desde 1990, la derecha y la coalición de centro-izquierda, quienes obtuvieron un desempeño bajo en la elección. Sin embargo, ninguno de los sectores políticos que consiguieron escaños pudo obtener el tercio que se requería para vetar los nuevos artículos que deben ser aprobados por dos tercios de la Convención.

Otro de los aspectos que es necesario observar es de dónde provienen las 77 mujeres electas para la Convención Constitucional, ya que es posible apreciar en detalle cómo las coaliciones de los partidos más antiguos introdujeron menos mujeres (exceptuando el Partido Comunista), mientras que las candidaturas independientes, fueron las que más mujeres integraron.

Mujeres	Hombres	Total
77	78	155

Tabla 2: Distribución por sexo de la composición de la Convención Constitucional. Elaboración Propia en base datos obtenidos en <https://www.servelecciones.cl/>

	Mujeres	Hombres	Total
Vamos Chile	16	21	37
Evopoli	3	2	5
Renovación Nacional	5	10	15
Unión Demócrata Independiente	8	9	17

Tabla 3: Distribución de escaños por partido de la Coalición Vamos Chile (derecha). Elaboración Propia en base datos obtenidos en <https://www.servelecciones.cl/>

	Mujeres	Hombres	Total
Lista del Apruebo	4	21	25
Partido Socialista	3	12	15
Partido Demócrata Cristiano	0	2	2
Partido Liberal	0	3	3
Partido Por la Democracia	0	3	3
Partido Radical	0	1	1
Partido Progresista	1	0	1

Tabla 4: Distribución de escaños por partido de Unidad Constituyente Lista del Apruebo (centro izquierda). Fuente: Elaboración Propia en base datos obtenidos en <https://www.servelecciones.cl/>

Si se mira con detención la información contenida en los datos anteriores, se refuerza la idea de que los partidos políticos de la derecha y sobre todo la centro-izquierda poseen circuitos del poder excluyentes hacia las mujeres. De hecho, las investigaciones académicas han planteado que existirían vulneraciones de derechos a la participación efectiva de las mujeres al interior de los partidos políticos²⁰.

Profundizando en este análisis, es posible hipotetizar que existen circuitos de poder en los cuales las mujeres no participan. Esto, dada la presencia de instituciones informales, que coexisten con las instituciones formales descritas en los estatutos y la ley de partidos políticos chilena. Sin embargo, de acuerdo a Helmke y Levitsky las instituciones informales pueden definirse como aquellas que se comparten de manera socializada, por lo general no se encuentran escritas y se traspasan oralmente en la tradición institucional. Estas no sólo permean la acción de los partidos, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo sino también al Poder Judicial y todos los ámbitos de la sociedad. De acuerdo a estos autores, los efectos de las instituciones informales pueden ser divergentes o convergentes con las instituciones formales, así según la efectividad o ineffectividad de estas últimas, habría cuatro tipos de instituciones informales: las que se complementan con las formales efectivas, las que se acomodan y colaboran con las instituciones formales efectivas, las que desmantelan las instituciones formales ineffectivas y las sustituyen, y las que compiten con las instituciones formales ineffectivas y las sustituyen²¹.

Otro de los aspectos relevantes consiste en cómo estas instituciones informales se expresan al interior de los propios partidos políticos. Freidenberg y Levitsky²² incluyen aquellas que soslayan las reglas formales y promueven la toma de decisiones fuera de la estructura partidaria, otras que vulneran la estructura central del partido, otras que procuran el aislamiento de las unidades territoriales y locales de los partidos, otras que desobedecen las normas y se someten a personalismos, eludir el cumplimiento de las normativas partidarias,

20 Arce, Javiera, "Ley de cuotas chilena: notas para una autopsia", en Miranda, Lucía y Suárez-Cao, Julieta (eds.), *La política siempre ha sido cosa de mujeres: elecciones y protagonistas en Chile y la región*, (Flacso-Chile), 2018; Arce, Javiera, "Abriendo la caja negra de los partidos políticos chilenos: expresiones de la desigualdad de género en la militancia política", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, N°97, (Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires), 2018b, p. 217; ; Le Foulon, Carmen y Suárez-Cao, Julieta, "Evaluando las cuotas de género en Chile: resultados de su primera aplicación", en *Reformas Políticas en América Latina*, 2018, disponible en: <https://reformaspoliticas.org/>

21 Helme, Gretchen y Levitsky, Steven, "Informal Institutions and Comparative Politics: a Research Agenda", en *Perspectives on Politics*, N°4 (Cambridge University Press), 2004, p. 725

22 Freidenberg, Flavia y Levitsky, Steven, "Informal Institutions and Party Organization in Latin America", en Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven (eds.), *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, (Johns Hopkins University Press), 2006.

el establecimiento de relaciones con grupos no reconocidos por el estatuto del partido, fuentes de financiamiento ilícito a la actividad política tales como el lavado de activos, el narcotráfico, o dineros generados por elusión/evasiones tributarias. En la mayoría de ellas, sino en todas, es posible identificar un sesgo de género que atenta contra la promoción y nominación de mujeres.

A lo de las instituciones informales, cabe agregar otras estructuras que pueden atentar contra las mujeres, como la centralización de la toma de decisiones políticas de los partidos en los grandes centros urbanos en desmedro de las regiones²³, en un escenario en que los partidos presentan una vida interna basada en la burocratización, el clientelismo y la despolitización, cuyas reglas además se encuentran dominadas por criterios masculinos con presencia de capital homosocial²⁴. Esto posee implicancias en la generación de grupos negociadores con amplia presencia (casi en su totalidad) masculina, los llamados “clubes de chicos viejos” (Old Boys Club) que decidirán como verdaderos *gatekeepers*, quiénes conformarán las listas y quienes no y en qué lugares hacerlo²⁵. Incluso los recursos materiales y simbólicos, de los cuales las candidaturas dispondrían para competir en las elecciones generales²⁶. Estos comportamientos son posibles de apreciar en partidos políticos que se encuentran más anquilosados en el sistema y podrían atentar contra la nominación de mujeres competitivas.

Algunos de los resultados para la elección de la Convención Constitucional podrían explicarse por estas razones. Así, las posibles causas del mal desempeño en la elección de mujeres para las coaliciones tradicionales se podrían atribuir a prácticas políticas excluyentes, como las relatadas ampliamente en la literatura, en que los grupos negociadores no dieron prioridad a las mujeres de sus filas en términos de apoyo de campaña, financiamiento, la nominación de mujeres con capacidad de ser electas y no solo para cumplir la norma de paridad de entrada. Asimismo, los partidos chilenos poseen una institucionalidad de género débil. Aun cuando se hayan declarado feministas, esto no es más que en la declaración de principios, porque en las acciones hay casos

23 Gibson, Edward, “Boundary Control: subnational Authoritarianism in Democratic Countries”, en *World Politics*, N° 1, (Cambridge University Press), 2005, p. 101.

24 Bjarnegård, Elin, *Gender, Informal Institutions and political recruitment: explaining male dominance in parliamentary representation*, (Palgrave Macmillan), 2013.

25 Arce, Javiera, “Abriendo la caja negra de los partidos políticos chilenos: expresiones de la desigualdad de género en la militancia política”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, N°97, (Facultad de Derecho Universidad de Buenos aires), 2018b, p. 217.

26 Ballington, Julie y Karam, Azza (eds.), *Women in Parliament: Beyond Numbers, A Revised Edition*, (International IDEA), 2005.

que afirman lo contrario. Un ejemplo de esto es la exclusión de la reconocida feminista histórica Teresa Valdés de la nómina de candidaturas del Partido Por la Democracia²⁷. Las estructuras de género de los partidos de la centro-izquierda no apoyaron a las candidaturas femeninas con recursos y campaña electoral, y de esta manera, no aseguraron sus cupos.

Si bien la literatura en otros contextos como Reino Unido afirma que mientras más centralizado es el proceso de nominación de candidaturas^{28, 29, 30}, mayores posibilidades existen de cumplir mejor con los instrumentos de acción afirmativa y de aplicabilidad de las normativas de paridad de género, en Chile la situación parece ser diferente. Cuando los partidos políticos diseñaron sus plantillas parlamentarias de manera centralizada, como en 2017, también estuvieron lejos de alcanzar la cuota³¹.

	Mujeres	Hombres	Total
Apruebo Dignidad	19	9	28
- Comunes	1	0	1
- Convergencia	4	2	6
- Frente Regionalista	1	3	4
- Igualdad	1		1
- Partido Comunista	5	2	7
- Revolución Democrática	7	2	9

Tabla 5: Distribución de escaños por partido del pacto Apruebo Dignidad (Frente Amplio y Partido Comunista), y su distribución de escaños por partido. Elaboración Propia en base datos obtenidos en <https://www.servelecciones.cl/>

27 Cnnchile.com, “Se me dejó fuera”: Teresa Valdés comentó su fallida candidatura a la Constituyente y el PPD respondió a las críticas, 12 de enero de 2021

28 Lovenduski, Joni y Norris, Pippa, “Westminster Women: The Politics of Presence”, en *Political Studies*, N° 1 (SAGE), 2003, p. 84.

29 Por todos, Russell, Meg, 2002, “Women’s Representation in the Scottish Parliament and National Assembly for Wales: Party Dynamics for Achieving Critical Mass”, en *Journal of Legislative Studies*, N° 2, (Taylor & Francis Online), p. 49.

30 Bjarnegård, Elin. y Kenny, Meryl, “Comparing Candidate Selection: A Feminist Institutional Approach”, en *Government and Opposition*, N° 3, (Cambridge University Press), 2016, p. 370

31 Arce, Javiera, “Ley de cuotas chilena: notas para una autopsia”, en Miranda, Lucía y Suárez-Cao, Julieta (eds.), *La política siempre ha sido cosa de mujeres: elecciones y protagonistas en Chile y la región, (Flasco-Chile)*, 2018.

	Mujeres	Hombres	Total
Independientes	29	19	48
- Lista del Pueblo	14	9	23
- Otros Independientes	10	4	14
- Independientes No Neutrales	5	6	11

Tabla 6: Distribución de escaños por listas de independientes. Fuente: Elaboración Propia en base datos obtenidos en <https://www.servelecciones.cl/>

Tanto las candidaturas independientes como las del pacto de la izquierda Apruebo Dignidad, que reúne a los partidos del Frente Amplio y el Partido Comunista, fueron las coaliciones que aportaron el mayor número de mujeres a la Convención Constitucional. Esto podría deberse a que los partidos creados recientemente, como aquellos que conforman el Frente Amplio, poseen menos prácticas excluyentes hacia las mujeres y procesos más participativos que las coaliciones más antiguas, volviendo a repetir el resultado de las elecciones de 2017³². En el caso de las candidaturas independientes surge otra hipótesis a considerar. Por ejemplo, la importancia de que la formación de las listas daba preeminencia a candidaturas que se agruparon en sus propias organizaciones locales, generando proyectos de construcción de las nóminas más participativas y equilibradas. Es relevante remarcar también que, en ambos conglomerados, se concentra la mayor parte de las mujeres feministas que resultaron electas. Esto podría haber desarrollado una conciencia de género al momento de inscribir las listas, evitando los espacios de exclusión política de las mujeres, como sí ocurre en los partidos tradicionales.

El diseño institucional importa, y como veremos, la obligación de encabezamiento de mujeres parece haber tenido un impacto relevante sobre la electibilidad de las candidatas. De hecho, de las 68 mujeres electas en listas³³, 52 (76%) de ellas estaban encabezando sus listas. Hubo otros elementos del diseño que fueron determinantes para que las mujeres tuvieran

32 Arce, Javiera, “Ley de cuotas chilena: notas para una autopsia”, en Miranda, Lucía y Suárez-Cao, Julieta (eds.), *La política siempre ha sido cosa de mujeres: elecciones y protagonistas en Chile y la región*, (Flacso-Chile), 2018.

33 Cabe recordar que las mujeres indígenas que ingresaron a la Convención Constitucional por escaño reservado compitieron en candidatura individual en tándem con un candidato.

un mejor desempeño en esta elección. El encabezamiento y la alternancia (el sistema “cebra”) no solo generaron altas probabilidades de éxito a las mujeres en la competencia electoral, sino también la posibilidad de nominar descentralizadamente a las candidaturas. Asimismo, la rebaja en los requisitos para que las candidaturas independientes pudieran competir en la elección con un menor número de firmas permitió incrementar la competencia política, dada la variedad de candidaturas provenientes del mundo social, empresarial, político, ambiental, feministas, etc.

Sin embargo, el diseño no es todo. Aún cuando existió paridad de género en el resultado de la elección a la Convención Constitucional, es posible advertir que la brecha de género en financiamientos, continúa presente³⁴. De acuerdo a datos de la Consultora Unholster, al mes de marzo de 2021, en promedio las candidaturas masculinas habrían recibido 4,6 millones de pesos mientras que las mujeres habrían competido con 2 millones de pesos, es decir, la brecha de financiamiento se mantendría similar a la del año 2017³⁵ en que alcanzó un 63% y esta vez sólo se habría reducido en 31%³⁶. Lo interesante es que en estas elecciones el financiamiento no fue determinante para los resultados.

Finalmente, los escaños reservados tuvieron una fórmula de aplicación un tanto diferente al resto de los escaños. Fueron calculados de acuerdo a la población acreditada como perteneciente a uno de los diez pueblos reconocidos por la Conadi³⁷. La distribución de los escaños por pueblo fue la siguiente: 7 para el pueblo mapuche, 2 para el pueblo Aimara, y 1 para cada uno de los pueblos restantes, hasta alcanzar la suma total de 17. Las candidaturas individuales se inscribían en dupla por sexo para asegurar el principio de paridad.

34 El estudio de la consultora no sólo detectó una brecha significativa entre hombres y mujeres, también evidenció una brecha de financiamiento entre las candidaturas de diversos distritos y diferencias sustantivas entre la naturaleza de las candidaturas, ya que aquellas que no provenían de partidos y de derecha recibieron escaso financiamiento, y en el distrito 11 y la mayoría de Santiago recibieron mayor financiamiento que el resto.

35 Servel.cl, Análisis de la Ley de Cuota a partir de la inclusión y financiamiento electoral de las campañas, 2018.

36 Unholster.com, En total, hombres han recibido en promedio \$4,6 millones y mujeres \$2,0 millones, 17 de marzo de 2021.

37 Pueblos reconocidos por Aimara, Atacameña, Colla, Quechua, Rapa Nui, Mapuche, Yámana, Kawas-hkar, Diaguita, Chango.

	Mujeres	Hombres	Total
Pueblos Originarios	9	8	17
- Mapuche	4	3	7
- Aymara	1	1	2
- Rapa Nui	1	0	1
- Kawashkar	0	1	1
- Diaguita	0	1	1
- Colla	1	0	1
- Yagán	1	0	1
- Chango	0	1	1
- Quechua	0	1	1
- Atacameño	1	0	1

Tabla 8: distribución por sexo para los escaños reservados. Fuente: Elaboración Propia en base datos obtenidos en <https://www.servelecciones.cl/>

¿A quiénes benefició la paridad de salida de la Convención Constitucional?

La fórmula de paridad de salida echó por tierra algunos mitos que existían en torno a la paridad. Uno de ellos consistía en que las mujeres eran poco competitivas y que los hombres tendrían que cederles sus cupos para poder ingresar. Estas afirmaciones, fueron refutadas con este resultado, ya que 11 hombres se vieron beneficiados por la fórmula de paridad de género. El resultado además instala afirma la hipótesis de que los mecanismos de paridad impulsarían una mejora en la calidad de las candidaturas y de las personas electas, y expulsaría a los hombres mediocres de la política³⁸.

³⁸ Por todos, Besley, Timothy, “Gender Quotas and the Crisis of the Mediocre Man: Theory and Evidence from Sweden”, en *American Economic Review*, N° 8, (American Economic Association), 2017, p. 2204.

Distrito	Coalición	Candidato que perdió el cupo por paridad	Candidatura beneficiada por paridad	Sexo
3	Apruebo Dignidad	María Angélica Ojeda	Hernán Velásquez	M
6	INN	Rocío Veas	Miguel Ángel Botto	M
6	Lista del Pueblo	Lorena Vicencio	Cristóbal Andrade	M
7	Apruebo Dignidad	Luis Cuello	María José Oyarzún	F
12	INN	María Soledad Cisternas	Juan José Martín	M
13	Apruebo Dignidad	Natalia Aravena	Marcos Barraza	M
14	Chile Vamos	Jaime Coloma Álamos	Claudia Castro	F
16	Lista del Apruebo	Roberto Santa Cruz	Adriana Cancino	F
18	Lista del Pueblo	Priscila González	Fernando Salinas	M
21	INN	Claudia Sagardia	Javier Fushlocher	M
22	Chile Vamos	Christian Greenhill	Ruth Hurtado	F
26	Chile Vamos	Marcos Emilfork	Katherine Montealegre	F
Mapuche		Carmen Jaramillo	Alex Caiguán	M
Mapuche		Carmen Caifil	Victorino Antilef	M
Diaguita		María Gabriela Calderón	Eric Chinga	M
Atacameño		Ximena Anza	Felix Galleguillos	M

Tabla 9: Candidaturas beneficiadas con la fórmula de paridad de género. Elaboración Propia en base datos obtenidos en <https://www.servelecciones.cl/>

A pesar de las críticas que pueden existir en torno a la corrección de salida, ésta no sólo permitió que las listas buscaran candidaturas competitivas a nivel local, sino que además buscó a las y los mejores para competir, a diferencia de 2017 en que los partidos hicieron muy pocos esfuerzos por buscar candidaturas, sobre todo femeninas, competitivas³⁹.

Sin embargo, uno de los casos más controvertidos que hubo en la declaración de las candidaturas ocurrió al interior del pueblo indígena Diaguita, ya

³⁹ Arce, Javiera, "Ley de cuotas chilena: notas para una autopsia", en Miranda, Lucía y Suárez-Cao, Julieta (eds.), La política siempre ha sido cosa de mujeres: elecciones y protagonistas en Chile y la región, (Flasco-Chile), 2018.

que el organismo electoral chileno decidió una interpretación de la normativa que distó muchísimo del común acuerdo de la comunidad de científicos políticos chilenos. La norma 21298 de escaños reservados plantea que la corrección para la paridad “se realiza en relación al número de votos obtenidos y el total de electores del pueblo correspondiente”. Desde la interpretación político-jurídica existieron visiones contrapuestas, por una parte algunas politólogas interpretaban la norma relativa a contabilizar la cantidad de personas que participaron en la elección en términos porcentuales del total de votantes y no del padrón electoral, para dar cuenta de la disparidad de los padrones entre pueblos⁴⁰. Finalmente, el TRICEL falló de manera controversial y hasta el día de hoy las dudas persisten acerca de una interpretación fidedigna.

Desafíos: la democracia paritaria en Chile

La paridad de género otorgó un respiro a la democracia chilena al revestir de legitimidad el proceso constituyente, ya que hasta el día del plebiscito de entrada al proceso constituyente, era la única reforma constitucional aprobada. La ciudadanía confió en que el Poder Legislativo resolvería los temas pendientes: escaños reservados para pueblos originarios y participación de candidaturas independientes.

Pese a todos los pronósticos, la fórmula de paridad funcionó y otorgó como resultado el mejor escenario probable cercano a una distribución de escaños perfecto 50-50 de ambos sexos, y terminó por beneficiar más a las candidaturas de los hombres que de las mujeres. Esto demuestra que cuando llegan a las listas candidatas capaces e idóneas, que no son ubicadas solo para cumplir con la normativa, ellas son altamente competitivas. Del mismo modo, el encabezamiento de las listas por parte de las mujeres obliga a posicionarlas en lugares elegibles de las listas.

Uno de los primeros desafíos que existe en el escenario próximo es impulsar un mejor entendimiento de estas normas. En particular para el Servicio Electoral de Chile, que presentó sucesivos problemas con la interpretación de la normativa, como inscribiendo listas que no respetaban la alternancia sucesiva y en el caso de la candidata Diaguaita.

Otro de los desafíos pendientes también implicará repensar diversas fórmulas de paridad que no terminen atentando contra las mujeres, que son el grupo históricamente desaventajado a apuntalar, por ejemplo, considerando

⁴⁰ Cnnchile.com, Politólogas aseguran que la paridad se aplicó de forma errónea en escaños reservados y dejó fuera a candidata diaguaita, 23 de mayo de 2021.

que la paridad es un piso para las mujeres y no un techo. Asimismo, es imperativo incorporar paridad en todas las elecciones regulares, incluyendo las elecciones a cargos unipersonales. El efecto positivo de la paridad permite pensar en la opción de mecanismos de paridad horizontal para poder avanzar en representación descriptiva de género y también en escaños reservados.

A pesar de que ingresaron a la convención 8 candidaturas pertenecientes a la comunidad LGBTIQ+, mujeres u hombres trans no ingresaron a la Convención Constitucional, lo que permitiría pensar en el futuro un diseño electoral que introduzca techos de representación para hombres y mujeres CIS y porcentajes también para personas de géneros fluidos y disidentes, de tal manera que se puedan generar espacios aún más amplios de representación.

Pero el principal desafío será llenar de contenidos feministas la nueva constitución. Hillary Hiner en una reciente columna publicada en el blog del Observatorio de Género y Equidad, afirma que habría alrededor de 30 mujeres declaradas abiertamente feministas en la Convención Constitucional. De acuerdo a su análisis ellas provendrían desde tres marcadas líneas: feminismo popular, es decir dirigentas territoriales como Dayana González (D 3), Lisette Vergara (D 6), Valentina Miranda (D8), Giovana Grondón comúnmente conocida como “la tía baila pikachu” (D 12). Pero también existirían otras provenientes de las líneas ligadas al ecofeminismo, de la línea de Modatima como Manuela Royo (D23) y Constanza San Juan (D27, Camila Zárate (D7) defensora del agua, dos representantes del movimiento histórico Anamuri como Alejandra Flores (D2) e Ivana Olivares (D5) (OGE, 2021). A lo que se agregarían las mujeres provenientes de pueblos originarios, que si bien poseen fuertes cuestionamientos a las líneas del feminismo por encontrarlo una idea colonial, existen coincidencias programáticas en torno a las temáticas ecofeministas con la Machi Francisca Linconao, la abogada Natividad Llanquileo y también con la académica y lingüista Elisa Loncón.

¿Cómo se introduce la perspectiva de género en la nueva constitución? La agenda feminista ha sido clara en las prioridades, en primer lugar una democracia paritaria, las mujeres no pueden estar fuera de los cargos de representación política y empresarial. En un segundo orden, existe un desarrollo teórico, conceptual y político respecto del cuidado, que requiere un lugar importante en la discusión, no solo en términos económicos sino también en términos de reconocimiento de su importancia para la sostenibilidad de la vida del país. Se agregan a estos temas muy relevantes la violencia de género, que se esperaría que la nueva Carta Fundamental consagre el derecho de vivir

una vida sin violencia hacia todos los miembros de la sociedad chilena, y por último niveles de autonomía del cuerpo, necesarios para que las mujeres vivan completamente su ciudadanía.

Existen altas expectativas de este proceso, ya que es la primera vez en el mundo que existe un órgano constituyente paritario. Chile salió de un lugar muy atrasado en materia de leyes de cuota a nivel regional y mundial, para convertirse en vanguardia. Por lo que se espera que las temáticas de la agenda feminista, sean representadas sustantivamente en la nueva constitución.

Nunca se debe olvidar el lugar central de la demanda que hicieron las feministas junto a la protesta callejera por ampliar el concepto de representación, y que gracias al movimiento la democracia en Chile no ha colapsado y posee perspectivas de buscar ciertos niveles de anclaje reconstruir este nuevo Chile que comienza.

EL DEBATE SOBRE LA FORMA DE GOBIERNO EN EL CONTEXTO DEL CAMBIO CONSTITUCIONAL EN CHILE

*Pamela Figueroa Rubio*¹

Resumen

Chile se encuentra en una coyuntura histórica de cambio constitucional en democracia. El presente trabajo examina el debate relativo al cambio de la forma de gobierno en el contexto del actual proceso constituyente en Chile. Para lo anterior, analiza el debate en torno a las formas de gobierno en el contexto de América Latina, el problema constitucional de Chile con respecto al régimen político, y cómo ha sido el debate en Chile frente al hiperpresidencialismo y las alternativas que han surgido en el contexto de cambio constitucional. Plantea que el diseño institucional de Chile, un hiperpresidencialismo con un Congreso débil y un sistema de partidos tendiente a la fragmentación, tiene como resultado un sistema bloqueado y trabado. Concluye que, dadas las características de la composición de la Convención Constitucional, y las propuestas que han surgido frente al cambio del régimen político en Chile, están dadas las condiciones para abrir un debate en la Convención Constitucional orientado a equilibrar el poder ejecutivo frente al poder legislativo, e incorporar mecanismos de participación ciudadana incidentes que profundicen la democracia.

Introducción

El 4 de julio de 2021, 155 Convencionales Constituyentes se dieron cita en el edificio del Congreso Nacional ubicado en Santiago, dando inicio al proceso constituyente de Chile. Esto establece un hecho inédito en la historia política y constitucional de nuestro país, dado que, por primera vez, un órgano

¹ Dra. En Estudios Políticos y Sociales, académica de la Universidad de Santiago de Chile. Coordinadora académica del Observatorio Nueva Constitución.

constituyente paritario, con escaños reservados para pueblos originarios, y con una representación amplia de sectores políticos y sociales, tendrá la tarea de redactar un nuevo texto constitucional.

Junto al acto de instalación de la Convención, y de acuerdo con la Constitución Política vigente, las y los convencionales procedieron a elegir a la presidenta y vicepresidente. La elección de la Dra. Elisa Loncón, una mujer mapuche, como presidenta de la Convención, es un símbolo del nuevo ciclo político que vive el país. La acompaña en la vicepresidencia, el abogado constitucionalista y profesor, Dr. Jaime Bassa.

El proceso constituyente en Chile no ha estado exento de conflicto, dado el contexto político y social en el cual se desarrolla. Si bien Chile ha sido considerado una de las democracias más estables de América Latina, a partir de 2010 diversos indicadores mostraban el desarrollo de una crisis de legitimidad y confianza, que se expresó en movilizaciones sociales, un declive en la participación electoral, y una creciente desconfianza hacia las principales instituciones públicas del país, especialmente hacia los partidos políticos, el Congreso y el gobierno.

Si bien la crisis política y social se puede examinar desde diversas perspectivas, el factor institucional – dado el cuestionamiento al texto constitucional vigente -, ha sido abordado desde la academia y el mundo político. El problema constitucional de Chile tiene dos vertientes sustantivas: el cuestionamiento a la legitimidad de origen, y la fundamentación del cambio basado en la tesis de la modernización social. La primera vertiente, que surge desde la promulgación de la actual Constitución bajo el gobierno autoritario de Augusto Pinochet, señala que el contexto autoritario en que se funda y el cuestionado plebiscito de 1980 con la que se busca ratificarla, no la hace una constitución democrática. La segunda vertiente, la de modernización, señala que la actual Constitución, a pesar de que ha sido reformada, no logra dar cuenta de la actual sociedad chilena, lo que la hace perder legitimidad.

En ese contexto, la revisión de la forma de gobierno es parte del actual proceso constituyente, considerando que la Convención Constitucional partirá desde una hoja en blanco para redactar un nuevo texto Constitucional. Si a lo que se aspira es a elaborar un texto democrático y que dé cuenta de los profundos cambios que ha vivido la sociedad chilena en las últimas décadas, el debate sobre la distribución del poder, las instituciones y la forma de elegir a los representantes, será sin duda parte de la deliberación constitucional.

Sobre la forma de gobierno y el régimen político

Cualquier teoría de las formas de gobierno presenta dos aspectos: uno descriptivo y otro prescriptivo.² El estudio descriptivo elabora categorías a partir de distintos tipos de constitución política. Como señala Bobbio, los estudios políticos comparados de las formas de gobierno por lo general las califica de buenas, malas, óptimas, incorrectas, entre otras disquisiciones, por tanto, no sólo describe, si no que también prescribe. Las propias tipologías orientan sobre la pertinencia de una forma de gobierno u otra, o la superioridad de una sobre otra.

Las formas de gobierno también están dadas dentro de un contexto histórico, por eso no sólo constituyen la forma de organizar la vida política de un grupo social, si no también evolucionan y cambian en el tiempo. Y, por tanto, encontraremos tantas formas específicas de gobierno como realidades sociales existan, expresadas en la normativa – el texto constitucional -, y en la práctica política derivada de dicha normativa.

Las categorizaciones clásicas de las formas de gobierno derivan de dos preguntas: ¿Quién gobierna? ¿cómo gobierna? De estas preguntas emana la clasificación señalada por Bobbio en su texto *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, basándose en la terminología de Polibio para definir seis tipos de gobierno: las de buen gobierno: (a) monarquía, (b) aristocracia, (c) democracia; las de mal gobierno: (d) tiranía, (e) oligarquía, (f) oclocracia.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, en el período posterior a las guerras mundiales, la democracia como sistema político se expande. Esto se acompaña de una revisión de los términos del debate, en cuanto a las formas de gobierno y a la distribución del poder político dentro de las sociedades contemporáneas.

En cuanto a las formas de gobierno, Robert Dahl³ planteó la tipología de gobiernos autocráticos y poliárquicos, considerando dos variables principales. Por una parte, la variación de la cantidad de personas con derechos a participar en las elecciones y en el gobierno, y por otro, la cantidad de personas facultadas para participar y tener voz en un sistema de debate público. A partir de estas variables, identifica cuatro formas de gobierno: a) hegemonías cerradas, b) hegemonías representativas, c) oligarquías competitivas, y d) poliárquías.

2 Bobbio, Norberto. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. (Fondo de Cultura Económica), 2007, p. 9

3 Dahl, Robert. *La poliarquía. Participación y oposición*. (Tecnos), 1997.

De acuerdo con la definición de Norberto Bobbio, entendemos el régimen político como “... el conjunto de las instituciones que regulan la lucha por el poder y el ejercicio del poder y de los valores que animan la vida de tales instituciones”⁴. Las instituciones cumplen dos funciones en este caso. Por un lado, son la estructura del poder político que selecciona a quienes gobiernan y determinan los roles de quienes se desempeñan en el ámbito político. Por otro lado, las instituciones son normas y procedimientos, que, al repetir comportamiento, garantizan que la lucha por el poder y el ejercicio del poder se desarrollen de acuerdo con normas consensuadas y conocidas por todos los miembros de la comunidad.

Dejando de lado a los regímenes autoritarios y totalitarios, que concentran el poder arbitrariamente en una persona o grupo (partido político), el debate sobre las formas de gobierno tiende a darse entre los estados democráticos. Dentro de las democracias, las formas de gobierno se delimitan en el diseño institucional, expresado en las constituciones políticas y que definen la distribución del poder.

“... el análisis de las formas de gobierno se refiere a la dinámica de las relaciones entre el poder ejecutivo y poder legislativo y en particular a las modalidades de elección de los dos organismos, su título de legitimidad y el balance de sus prerrogativas”⁵.

El debate sobre el régimen político parte de la premisa que los sistemas políticos pueden darse formas de gobierno que se enmarcan en tres categorías generales: gobiernos presidenciales, parlamentarios o semipresidenciales. La diferencia entre estas formas de gobierno, radican en la autonomía o dependencia que se dé entre los poderes ejecutivo y legislativo, siendo el presidencialismo aquel en que se expresa la independencia mutua, y el parlamentarismo la dependencia mutua entre ambos poderes⁶, y los sistemas semipresidenciales son un tipo intermedio entre ambos⁷.

4 Norberto Bobbio, Nicola Matteuci y Gianfranco Pasquino, *Diccionario de Política* (Siglo Veintiuno), 2007.

5 Norberto Bobbio, Nicola Matteuci y Gianfranco Pasquino, *Diccionario de Política* (Siglo Veintiuno), 2007, p. 670.

6 Alfred Stepan y Cynthia Skach, “Constitutional frameworks and democratic consolidation: parliamentarism versus presidentialism”, en *World Politics* 46 (1993), 1-22. Y, Sartori, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada*. (Fondo de Cultura Económica), 1994.

7 Maurice Duverger, “A new political system model: Semi-Presidential Government”, en *European Journal of Political Research* 8 (1980), pp. 165-187.

Para el caso de América Latina, el debate sobre el régimen político ha sido de gran trascendencia desde la década de 1990, dado que diversos académicos han argumentado que la forma presidencialista de gobierno ha sido uno de los factores que contribuyeron a las dificultades de la democracia en la región⁸. Este argumento ha sido debatido dado que la mayor parte de los estudios empíricos en contra del presidencialismo se basan en la experiencia de América Latina, lo que dificulta diferenciar los obstáculos para la democracia relacionados al tipo de régimen, de otro tipo de obstáculos.

La ciencia política ha desarrollado un prolífico debate entre defensores y detractores de una u otra alternativa, siendo el eje del debate la capacidad del régimen político para dar estabilidad al gobierno. Juan Linz y Arturo Valenzuela fueron críticos a la rigidez del presidencialismo para resolver crisis políticas, por su incapacidad de absorber dichas crisis sin afectar la estabilidad del sistema, factores que no se dan en el parlamentarismo, donde los conflictos se resolverán siempre a favor del parlamento⁹. A favor del presidencialismo está el planteamiento de Shugart y Carey, argumentando que los diseños institucionales no son la causa principal de los quiebres institucionales, resaltando la eficacia y representación de los regímenes presidenciales¹⁰. También se ha destacado la capacidad de los presidencialismos de armar coaliciones de gobierno, que permiten convivir con culturas políticas de pluralismo¹¹.

Las principales aprensiones en torno al presidencialismo se dan en contextos de multipartidismo fragmentado, donde la posibilidad del presidente(a) de armar coaliciones para mantener una relación fluida con el Congreso, se hace complejo¹². La democracia presidencialista se ha definido como aquella en que concurren dos características: (1) El jefe del Ejecutivo (presidente)

8 Mainwaring, Scott y Shugart, Matheu. Presidencialismo y democracia en América Latina: revisión de los términos del debate. En, Mainwaring, Scott y Shugart, Matheu (2002) *Presidencialismo y democracia en América Latina*. (Paidós), 2002.

9 Linz, Juan. "The Virtues of Parliamentarism", en *Journal of Democracy* 1 (1990), 84-91; Arturo Valenzuela, "La política de partidos y la crisis del presidencialismo en Chile una propuesta para una forma parlamentaria de gobierno" en *Las crisis del presidencialismo. El caso de Latinoamérica*, eds. Juan Linz y Arturo Valenzuela (Alianza), 1998, pp. 11-92.

10 Shugart, Matthew y Carey, John. *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics* (Cambridge University Press), 1992.

11 Daniel Chasquetti, "Democracia, Multipartidismo y Coaliciones: Evaluando la Difícil Combinación", en *Lateinamerika Analysen* 3 (2002), pp. 67-92.

12 Valenzuela, Arturo. "La política de partidos y la crisis del presidencialismo en Chile una propuesta para una forma parlamentaria de gobierno", en *Las crisis del presidencialismo. El caso de Latinoamérica*, eds. Juan Linz y Arturo Valenzuela (Alianza), 1998, 11-92; Scott Mainwaring y Matthew Shugart, *Presidencialismo y democracia en América Latina: revisión de los términos del debate* (Paidós), 2002.

es popularmente electo, y (2) los mandatos tanto del presidente como de la asamblea son fijos¹³. Sartori¹⁴ reafirma esta idea, señalando tres condiciones: 1) El presidente es electo por voto popular; 2) El presidente no puede ser despedido de su cargo por votación del Parlamento o Congreso por un período determinado; y 3) El presidente dirige el Ejecutivo. Es importante señalar que se deben cumplir estas tres condiciones a la vez para identificar un sistema presidencial. En el caso de Chile se cumplen ambas.

El régimen político chileno ha sido definido como hiperpresidencial¹⁵. Por otra parte, el modelo cuenta con un Congreso bicameral debilitado, un sistema de partidos multipartidista y tendiente a la fragmentación (25 partidos legalmente constituidos, 16 partidos con representación en la Cámara y 8 partidos en el Senado) y, finalmente, no existen mecanismos de participación ciudadana que inciden en la toma de decisiones entre elecciones¹⁶.

En los regímenes hiperpresidencialistas, el presidente concentra mucho poder, demasiadas responsabilidades y demasiadas expectativas de su propia figura durante un tiempo fijo. El poder presidencial se desprende de las facultades de *jure*, referentes a las disposiciones constitucionales que le atribuyen potestades en materias de gobierno, legislación y emergencias, sumado a las facultades de *facto*, las cuales refieren a las prácticas no escritas, tales como la influencia en la legislación o el poder partidista. Entre sus elementos, se encuentran la discrecionalidad para nombrar a su gabinete, control del presupuesto, facultades en estados de excepción constitucional, centralización, poder de veto, indulto, potestad reglamentaria, capacidad para emitir decretos e iniciativa exclusiva de ley en vastas materias¹⁷.

13 Mainwaring, Scott y Shugart, Mattheu. Presidencialismo y democracia en América Latina: revisión de los términos del debate. En, Mainwaring, Scott y Shugart, Mattheu (2002) *Presidencialismo y democracia en América Latina*. (Paidós), 2002. pp. 21-22.

14 Sartori, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada*. (Fondo de Cultura Económica), 1994.

15 Eyzaguirre, N., Figueroa, P., & Jordán, T. *Crisis del Híper-presidencialismo chileno y la nueva constitución: ¿cambio de régimen político?*. (FLACSO-Chile), 2020. Fernandois, A. & García, J. F. "Origen del presidencialismo chileno: Reforma constitucional de 1970, ideas matrices e iniciativa exclusiva", En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 (2), 2009, pp. 281 – 311. *La Tercera*, El hiperpresidencialismo chileno, Palanza, V. (2020), 12 de noviembre 2020. Disponible en: <https://www.latercera.com/opinion/noticia/el-hiperpresidencialismo-chileno/2UYB2UGSYZFYTNYDYIE5NUVE/>. Ruiz-Tagle, Pablo, "Implicancias en los principios constitucionales de la reforma constitucional en 2005", en Cea, J., Correa, R., Navarro, E., Peña, M., Ruiz Tagle, P., Tapia, J., & Zapata, P., "Reformas del año 2005 a la Constitución de la República de Chile", en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 2, pp. 75-106.

16 Si bien la Ley 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública introduce algunos mecanismos de participación ciudadana (COSOC, cuentas públicas participativas, consultas ciudadanas en temas de repartición pública), estos han sido insuficientes.

17 Gargarella, R. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. (Oxford

Estudios comparados sobre reformas al régimen político en América Latina (1978-2018) muestran que se ha tendido a extender la posibilidad de reelección, y al mismo tiempo medidas como ampliar el umbral de elección, control del Congreso, Juicio político al presidente y revocatoria de mandato.

Tipo de reforma al Régimen Político	Países
Permisividad de la reelección presidencial	14
Establece o amplía el umbral mínimo para elegir presidente	13
Revocatoria de mandato presidencial	4
Juicio Político o Acusación Constitucional al presidente	12
Control del Congreso sobre el gabinete presidencial	14

Tabla 1: Reformas al Régimen Presidencial en América Latina entre 1978-2018 en 19 países. Fuente: Observatorio de Reformas Políticas en América Latina (1978-2021). Disponible en: <https://reformaspoliticas.org/reformas/sistema-electoral/>.

¿Cuál es el problema constitucional del régimen político en Chile? ¿Qué pasa con el presidencialismo?

Si bien la discusión sobre el régimen político en Chile ha estado presente desde los inicios de la vida republicana, el proceso de democratización política iniciado en Chile en la década de 1990 reabrió el debate sobre la forma de gobierno. La ampliación de los sistemas democráticos a nivel global desde la década de 1980 puso foco en los diseños institucionales de las nuevas democracias para evitar los errores que llevaron a los quiebres institucionales y al autoritarismo en el pasado. Para el caso de Chile, se ha argumentado que la rigidez del hiperpresidencialismo, con un sistema de partidos fragmentado y polarizado, antecedió al quiebre democrático en 1973¹⁸.

University Press), 2013; Negretto, G. L. “La reforma del presidencialismo en América Latina hacia un modelo híbrido”, en *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, N° 27(1), 2018, pp. 131-151; Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional*. (Editorial Astrea), 1992.

18 Valenzuela, Arturo. “La política de partidos y la crisis del presidencialismo en Chile una propuesta para una forma parlamentaria de gobierno”, en *Las crisis del presidencialismo. El caso de Latinoamérica*, eds. Juan Linz y Arturo Valenzuela (Alianza), 1998, pp. 11-92.

Durante la década de 1990, debates académicos y diversas iniciativas canalizaron esta inquietud. Un ejemplo es la creación de la Comisión especial de la Cámara de Diputados para el estudio del régimen político chileno en 1990, que propuso la adopción de un régimen semi-presidencial. Si bien el sistema presidencial fue funcional durante los gobiernos de Patricio Aylwin (1990-1996) y Eduardo Frei (1996-2000), el multipartidismo dificultaría la cooperación entre los poderes ejecutivo y legislativo en Chile en el mediano plazo¹⁹.

Más recientemente, y considerando que existe un diagnóstico compartido respecto al hiperpresidencialismo en Chile, es que desde el mundo académico se ha planteado la posibilidad de modificar el presidencialismo y pasar a una versión atenuada de este²⁰. Otra alternativa que desde la academia se presenta como factible es pasar a un régimen semipresidencial²¹.

Desde el mundo político también se han presentado propuestas para modificar el actual régimen presidencial hacia un semipresidencialismo. El año 2017, los senadores Andrés Zaldívar (PDC), Andrés Allamand (RN), Carlos Montes (PS), Hernán Larraín (UDI) y Felipe Harboe (PPD) presentaron un proyecto de reforma constitucional que, mediante algunas modificaciones, buscaba el tránsito gradual hacia un régimen semipresidencial²². El proyecto buscaba darle mayor flexibilidad al sistema político chileno, y también generar gobiernos más fuertes a través del trabajo alineado del Ejecutivo con el Legislativo.

El 25 de marzo de 2017, Burgos publicó una columna en el diario *La Tercera* titulada “Gobierno semipresidencial para Chile”. En esta columna, Jorge Burgos apuntaba a debatir aquellas cuestiones esenciales que deben estar en una nueva Constitución, y que una de ellas es el tipo de gobierno. Continúa con una explicación breve de lo que es el semipresidencialismo y finaliza con la reflexión de que Chile podría avanzar a este tipo de gobierno en virtud de una mayor estabilidad democrática (Burgos 2017)²³.

19 Siavelis, Peter. *President and Congress in the Postauthoritarian Chile*, (Pen State Press), 2000.

20 Propuesta de Eyzaguirre, Figueroa y Jordán (2020) sobre el ‘presidencialismo parlamentarizado’. Eyzaguirre, N., Figueroa, P., & Jordán, T. *Crisis del Hiper-presidencialismo chileno y la nueva constitución: ¿cambio de régimen político?*, (FLACSO-Chile), 2020.

21 Fontaine, Arturo. *La pregunta por el régimen político. Conversaciones chilenas*. (Fondo de Cultura Económica), 2021.

22 Senado.cl, Senado de Chile, Boletín N° 11.237-07 < https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11237-07>

23 Fahrenbühler, Fernanda F. *Semipresidencialismo en Chile. Una oportunidad para revitalizar el sistema político chileno a partir del proceso constituyente*. Seminario Avanzado para optar al título de Cientista Política, Universidad Diego Portales, 2020.

Régimen político en Chile: Hiperpresidencialismo

Los orígenes del presidencialismo en Chile provienen de la influencia norteamericana (donde surge a fines del siglo XVIII), y de la tradición centralista de la colonización española en América Latina que marcó la historia política con figuras centralizadas y fuertes, las que tuvieron expresión en formato democrático, pero también autoritario y populista²⁴.

La configuración de presidencialismo en Chile está dada desde la Constitución de 1833, la que refleja la lucha liberal/conservadora que ha estado presente desde inicios de la república. Luego de los intentos de proyectos federalistas (Leyes Federales de 1826) y liberales (Constitución de 1828), el liberalismo es derrotado, dando paso a la idea de un Estado de poder centralizado y unitario, expresado en el régimen presidencial fortalecido. El poder presidencial consagrado por la Constitución hizo que el ejecutivo dominara la escena electoral. Es así como entre 1830 y 1870, los presidentes Prieto, Bulnes, Montt y Pérez, gobernaron por períodos consecutivos. El poder legislativo tenía facultades en la aprobación de leyes periódicas, como presupuesto y aspectos tributarios, empleos públicos y despliegue de fuerzas armadas. Tenía además facultades fiscalizadoras y de interpelación a ministros. Esto hizo que los parlamentarios generaran cierta tensión con el ejecutivo haciendo la política más competitiva²⁵.

La práctica parlamentaria (contra el texto constitucional) entre 1890 y 1925 reabrió el debate. La reducción de la figura presidencial y el traslado del poder al Congreso, el cual, por medio de la figura de la interpelación hizo caer los gabinetes de acuerdo con las mayorías circunstanciales, marcó un período que puso en jaque el presidencialismo. La preocupación de los grupos oligárquicos porque fuerzas políticas populares llegaran al poder por medio de elecciones, con las amplias potestades presidenciales consagradas en la Constitución, los llevó a organizarse desde el Congreso y desde ahí disputar las decisiones al presidente(a). Esto debilitaba el aspecto participativo de la democracia, pues los grupos oligárquicos no estaban disponibles a compartir el poder con otros grupos sociales. Fue así como se terminó con el gobierno –y la vida- del presidente Balmaceda en 1891²⁶.

24 Knight, Alan. *Populismo, Democracia y Revolución en América Latina* (Centro de Estudios Bicentenario y Pontificia Universidad Católica de Chile), 2005.

25 Valenzuela, Arturo y Valenzuela, Samuel. *Los Orígenes de la Democracia. Reflexiones Teóricas sobre el caso de Chile* (Centro de Estudios Públicos), 1983, p. 11.

26 Edwards, Alberto. *La Fronda Aristocrática en Chile* (Editorial Universitaria), 1992; Alfredo Jocelyn-Holt,

En las deliberaciones de la Constitución de 1925, el régimen político fue uno de los temas principales, y la propuesta final fue un presidencialismo reforzado. Los que proponían el presidencialismo reforzado, argumentaban que Chile no estaba preparado para un régimen de corte parlamentario, dando razones culturales. Este resultado fue paradójico, pues los partidos Conservador y Radical se plantearon a favor del sistema parlamentario y, finalmente, sólo el Partido Comunista votó favorablemente a él, absteniéndose los dos primeros. Apoyaron el sistema presidencial, el Partido Liberal democrático o “Balmacedista” y el Partido Democrático.

En general, las razones para sustentar un presidencialismo fuerte y centralizado dicen relación con una larga tradición histórica que viene desde la Colonia, que se repite en América Latina, y que en el caso de Chile ha dado estabilidad al sistema político²⁷. La idea del establecimiento de una autoridad fuerte, como la de la instauración de una democracia construida desde arriba hacia abajo, es el elemento esencial de esta postura. Esto ha sido complementado, no obstante, con una larga tradición de partidos políticos institucionalizados y con fuertes raíces en la sociedad, que canalizaron las demandas y cambios sociales durante gran parte del siglo XX²⁸.

La diferenciación en posturas ideológicas diversas entre los partidos que conformaron el sistema durante el siglo XX histórico (1925-1973), dio espacio para que las distintas corrientes tuvieran expresión institucional en el sistema político. Esto permitió dar estabilidad al sistema, incluso dentro de la tensión del poder presidencial, con un sistema multipartidista representado en el Congreso.

La Constitución de 1980 instituyó un presidencialismo agravado o hiperpresidencialismo²⁹, los redactores de la Constitución de 1980 partían de la premisa que el quiebre democrático de 1973 era responsabilidad completa del sistema de partidos y la influencia de las doctrinas marxistas. La Constitución tuvo por lógica ser una Constitución restauradora de los valores nacionales

El peso de la noche. Nuestra frágil fortaleza histórica (Debolsillo), 2014, p. 308.

27 Véliz, Claudio, *La tradición centralista en América Latina* (Editorial Ariel), 1984.

28 Gil, Federico, *El sistema político chileno* (Editorial Andrés Bello), 1969.

29 Gil, *El sistema político chileno*, (Editorial Andrés Bello), 1969; Lucas Sierra, *Diálogos Constitucionales* (Centro de Estudios Públicos), 2015; Sebastián Soto Velasco, «Pesos y contrapesos en la distribución de competencias presupuestarias entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional» (tesis doctoral, Universidad de Chile), 2016, pp. 85-86; Siavelis, *President and Congress in the Postauthoritarian Chile*, (Pen State Press), 2000; Renato Cristi y Pablo Ruíz-Tagle, *La república en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo* (Editorial LOM), 2006, pp. 199-215.

(más bien nacionalistas) y la autoridad presidencial como expresión de esa tradición constitucional, con una marcada desconfianza y desvalorización de la política realizada a través de los partidos. El nuevo modelo reforzó la figura presidencial y el debilitamiento del Congreso. Éste último se configuró como el único espacio para la política partidista (lejos del Gobierno y de la ciudadanía) y por ende debía ser propietario de escasas atribuciones en el funcionamiento del sistema político³⁰.

La figura presidencial debía ser el motor del sistema, para lo cual el diseño constitucional se extendió a dos campos. El primero fue la radicación en el presidente(a) de las facultades necesarias para el ejercicio del poder (iniciativa exclusiva en las materias claves, fijación del ritmo legislativo, potestad reglamentaria amplia –gobernar vía decreto- entre las principales atribuciones)³¹. El segundo, fue el establecimiento de un modelo institucional que fortalecía dicha figura y condicionaba al resto de los actores políticos. El modelo fue diseñado para funcionar bajo la premisa de un presidente(a) fuerte y un Congreso en el cual las fuerzas oficialistas y de oposición sólo puedan operar conjunta e interdependientemente, lo que produce un efecto de simbiosis de estas, debilitándolas. Esto deriva en que tales fuerzas no se logren distinguir claramente, salvo que la oposición sea obstruccionista con el Gobierno.

La fortaleza del presidente(a) radica en sus atribuciones y en la debilidad del Congreso. Ello, independientemente de si el gobierno es continuista o reformista. Si es reformista, el presidente(a) sólo podrá ejercer su Gobierno con el acuerdo de la minoría para poder operar en el diseño institucional antes detallado. Si es continuista, el Congreso es inocuo. El Gobierno se puede ejercer por medio de las facultades presidenciales administrativas (especialmente la potestad reglamentaria), sin necesidad de una relevancia política determinante del Congreso. En este juego institucional el único que es fortalecido es el presidente(a), pero no necesariamente resulta beneficiado³².

Lo anterior tiene relación con la debilidad del sistema de partidos en nuestro sistema político. Luego del golpe de Estado de 1973, se prohibió toda organización y actividad partidaria. Los partidos políticos al reestructurarse en el proceso de transición democrática lo hicieron de forma precaria y sin

30 Huneus, Carlos *El régimen de Pinochet* (Editorial Sudamericana), 2000, p. 670.

31 Ruíz-Tagle Vial Pablo, “El presidencialismo chileno: evolución de sus atribuciones constitucionales”, en *Revista de Derecho Público* 76 (2012).

32 Atria, Fernando, Constanza Salgado y Javier Wilenmann, *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional* (Editorial LOM), 2017.

legislación que fortaleciera su desarrollo institucional. Los partidos se reordenaron como entidades con personalidad jurídica privada, sin financiamiento público relevante -sino empresarial-, sin mecanismos de control democrático externo ni interno, y tampoco de transparencia activa. A esto se sumó un escenario de un sistema electoral binominal, con primarias en la selección de candidatos, y con listas abiertas, lo que en conjunto debilitó el rol de los partidos en la selección de candidaturas con el consecuente efecto en términos de la disciplina partidaria y su actuación en el Congreso.

La reforma de 2005 destrabó la democracia tutelada. El acuerdo político entre el Gobierno del expresidente Ricardo Lagos y el Congreso logró eliminar los enclaves autoritarios, permitiendo el ejercicio de una democracia mínima, pero conservando su carácter consensual³³.

El problema del régimen político actual: trabado y bloqueado

Junto a Nicolás Eyzaguirre y Tomás Jordán³⁴ hemos planteado que el problema del régimen político chileno son los bajos incentivos de cooperación entre los poderes ejecutivo y legislativo, y un sistema de partidos debilitado. Esto, está dado por un diseño constitucional basado en el temor hacia la incidencia de los partidos y la ciudadanía.

Lograr conformar gobiernos de mayoría es el gran desafío inconcluso³⁵. Para que la democracia sea fuerte, el presidente(a) de la República y la coalición gobernante, debe poder realizar el mandato popular a partir de la legitimidad que le da el acto electoral. La discusión pública sobre cuál es el proyecto político para el país se debe resolver en las elecciones periódicas y con base al sufragio popular, no a partir de las trabas institucionales. Nuestro país se ha transformado en una sociedad diversa, con expresión en múltiples partidos y organizaciones sociales. En ese contexto, lograr mayorías que se alejen demasiado de un consenso representativo de la diversidad ideológica existente, es virtualmente imposible.

Este es el gran dilema de la Constitución chilena en términos del régimen político: si ésta podrá habilitar para el juego democrático de mayorías y minorías o si, por el contrario, mantendrá su carácter de Constitución inhibitoria

33 Fuentes, Claudio. *El Fraude* (Editorial Hueders), 2013, p. 132; Claudio Fuentes, *El Pacto: poder, constitución y prácticas políticas* (Ediciones UDP), 2013, p. 263.

34 Eyzaguirre, N., Figueroa, P., & Jordán, T. *Crisis del Híper-presidencialismo chileno y la nueva constitución: ¿cambio de régimen político?*. (FLACSO-Chile), 2020

35 Dahl, *La Democracia*; Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política* (Editorial Trotta), 2009.

del mismo, por medio de un diseño que traba o impide en gran medida ese desenvolvimiento. El modelo de figura presidencial fuerte y Congreso débil conlleva a que la traba y bloqueo institucional entre Ejecutivo y Legislativo se traduzca en un diseño que afecta la gobernabilidad.

La principal dificultad que enfrenta el sistema presidencial chileno es la debilidad del sistema de partidos y un Congreso basado en liderazgos individuales. Esto no es responsabilidad del gobierno de turno ni de los parlamentarios, sino de la trama institucional. El objetivo original de la Constitución de 1980 de debilitar a los partidos políticos y radicarlos únicamente en el Congreso se expresó en que el régimen electoral binominal (donde se elegían las 2 primeras mayorías de las 2 principales fuerzas políticas, a menos que una doblara a la que le seguía en votos), llevó a una germinación y despliegue de un modelo de partidos sustentado en los liderazgos individuales. Un partido político al elaborar una lista parlamentaria, y sabiendo que sólo existía la posibilidad de elegir uno de los dos escaños en disputa, asignaba la postulación al líder local o nacional con mayores posibilidades electorales (popular). A la par, negociaba contra un compañero de lista débil, pero cuando esto no ocurría, se enfrentaban dos liderazgos del mismo sector político. El binominalismo, de esta manera, no sólo excluyó a terceras fuerzas políticas, sino que, en pos del éxito electoral, fortaleció a figuras individuales en competencias intra-coalición. Así, hoy, son los parlamentarios y no los partidos políticos, el centro del sistema de partidos. El sistema de partidos funciona con base al cacicazgo político, donde el parlamentario también es el líder del partido regional y comunal.

El Congreso se instituye entonces como una sede de líderes políticos cuya legitimidad se funda en su votación electoral individual. Esto ha promovido conductas que tienden a direccionar políticas públicas a sectores específicos de la población (territorios específicos), acción provocada por la presión de los congresistas para conseguir apoyo de sus votantes a través de la promoción de la inversión pública directa³⁶. El cambio al sistema electoral proporcional moderado, pero con listas abiertas, ha permitido la entrada de nuevas fuerzas políticas al Congreso, confirmando mayor pluralidad al mismo, pero la cultura de liderazgo individual reprodujo el modelo de cacicazgo y es muy probable que así continúe.

³⁶ Este tipo de acción política ha sido conocida en Estados Unidos como “pork barrel politics”, y se ha estudiado en política comparada en diferentes países. Una de las principales preocupaciones es el impacto negativo que esto tiene en el desarrollo de políticas públicas nacionales.

Lo anterior afecta la relación entre el poder Ejecutivo y Legislativo no sólo en el día a día sino también en el desarrollo político en general. No da cuenta de una institucionalidad constitucional que permita lograr consensos mínimos para los desafíos de futuro. Cualquier cambio requerido para el desarrollo del país se enfrenta a este bloqueo mutuo. ¿Cómo visualizar un acuerdo en torno al sistema de pensiones, salud, impuestos?

La gobernabilidad democrática en Chile necesita no sólo partidos políticos fuertes, sino que también una mayoría estable en el Congreso, más aún en un sistema de partidos multipartidista.

¿Cuáles han sido los debates sobre el régimen político en el Chile actual?

Es interesante observar que en general el debate sobre el régimen político ha sido muy acotado. Los debates del sistema político en Chile han girado en torno al sistema electoral, el sistema de partidos y más recientemente el financiamiento de la política. Al parecer, la tradición de una figura política central y fuerte, el presidente(a) de la República, ha inhibido un cuestionamiento mayor a la forma de nuestra organización del poder. La transición a la democracia fue un escenario propicio para este debate³⁷. Sin embargo, el foco de las reformas constitucionales y políticas durante la transición y luego de 2005, en una democracia más consolidada, se enfocaron en desarmar los enclaves autoritarios, y de acuerdo con la historia institucional de Chile, un cambio gradual de ampliación de ciudadanía.

A pesar de las reformas constitucionales de 1989 y 2005, fueron las reformas pendientes – las que no se hicieron - las que mostraron las debilidades del sistema político, cuando en 2006, 2011 y más recientemente en octubre de 2019, las movilizaciones sociales comenzaron a dejar al descubierto la poca capacidad que tenía la política y las instituciones, de entender y procesar las demandas ciudadanas por mayor justicia social.

En ese contexto, la etapa participativa del Proceso Constituyente impulsado por la presidenta Michelle Bachelet en 2016, nos da luces importantes sobre la percepción ciudadana en relación con el régimen político. La metodología de *Convergencia Deliberativa* centró el debate ciudadano en los tres contenidos generales que toda Constitución política considera: a) valores y principios, b) derechos y deberes, y c) instituciones del Estado. Estos temas se abordaron

37 Siavelis, *President and Congress in the Postauthoritarian Chile*, (Pen State Press), 2000.

mediante preguntas entregadas a las personas y grupos que participaron del proceso, y para guiar el debate, los materiales del proceso consideraron listas de conceptos a considerar, sobre las cuales los participantes priorizaron de acuerdo con lo que les parecía prioritario a incluir en el nuevo texto constitucional³⁸.

Para la pregunta: ¿qué instituciones del Estado debe contemplar la Constitución y que características debe tener?, los participantes debían elegir siete (7) alternativas de la siguiente lista.

Tabla 2: Listado de Instituciones del Estado de la Etapa Participativa del Proceso Constituyente. Chile, 2016³⁹

Régimen de gobierno: Presidencial/Semi-presidencial/Parlamentario	Presidencia de la República
Jefatura de gobierno	Gobierno nacional (estructura y funciones)
Congreso o parlamento (estructura y funciones)	Juicio Político/Acusación constitucional
Poder Judicial (estructura y funciones)	Justicia constitucional
Justicia electoral	Forma del Estado: federalismo/autonomías regionales
División territorial Gobierno regional	Gobierno provincial
Gobierno local / Municipal	Ministerio Público/Defensoría Pública
Defensor del Pueblo/Ciudadano	Cambio o reforma constitucional
Contraloría general/Tribunales de cuentas	Fuerzas Armadas
Estados de excepción	Plebiscitos, referendos y consultas
Ninguna	Otros, especifique

La etapa participativa del Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía convocó a más de 200.000 personas, en Chile y el exterior. Con respecto al debate institucional, los conceptos mencionados en mayor frecuencia apuntaban a la valoración de instituciones democráticas como el gobierno, y el congreso. Pero proponían cambios sustantivos con el objetivo de mejorar la

38 Jordán, Tomás et al, *Guía Metodológica Para la Etapa Participativa Territorial* (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), 2016.

39 Jordán, Tomás et al, *Guía Metodológica Para la Etapa Participativa Territorial* (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), 2016.

democracia. Por ejemplo, si revisamos la figura a continuación, que incorpora las siete (7) preferencias en cuanto a las instituciones en los distintos niveles del debate constitucional efectuado en 2016, en todos los niveles la primera preferencia es: “plebiscitos, referendos y consultas”. También, se mencionan instituciones como el poder judicial, el Congreso, la Presidencia de la República, con mención también en específico al tipo de régimen político, las fuerzas armadas, el Gobierno regional, y se destacan otras instituciones como el defensor del pueblo/ciudadano, y en los niveles provinciales y regionales aparece una institución que resultó de la elección del ítem otros, la Asamblea Constituyente.

Consulta Individual	Encuentros Locales Autoconvocados	Cabildos Provinciales	Cabildos Regionales
Plebiscitos, referendos y consultas	Plebiscitos, referendos y consultas	Plebiscitos, referendos y consultas	Plebiscitos, referendos y consultas
Poder Judicial (estructura y funciones)	Congreso o parlamento	Defensor del pueblo/ciudadano	Congreso o parlamento
Congreso o parlamento	Defensor del pueblo/ciudadano	Congreso o parlamento	Defensor del pueblo/ciudadano
Presidencia de la República	Poder Judicial (estructura y funciones)	Poder Judicial (estructura y funciones)	Poder Judicial (estructura y funciones)
Cambio o Reforma Constitucional	Fuerzas Armadas	Fuerzas Armadas	Asamblea Constituyente
Defensor del pueblo/ciudadano	Gobierno regional	Gobierno regional	Fuerzas Armadas
Gobierno regional	Régimen de gobierno presidencial/semipresidencial/parlamentario	Asamblea constituyente	Gobierno regional

Tabla 3: Resultados de la Etapa Participativa del Proceso Constituyente, con respecto a las Instituciones del Estado. Chile, 201640

Además de priorizar las instituciones del Estado que debía considerar la nueva Constitución, de acuerdo con la metodología el debate se dio en torno a

40 Elaboración propia basada en *Síntesis de resultados cuantitativos de la etapa participativa del proceso constituyente abierto a la ciudadanía* (Santiago: Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2017).

las características de dichas instituciones. El análisis cuantitativo, que refleja frecuencia de menciones, fue complementado con un análisis cualitativo que permite analizar el contenido de la reflexión frente a dichos conceptos. Es así como, los plebiscitos, referendos y consultas se asocian a la participación ciudadana y a la necesidad de que esta sea vinculante. Con respecto al Congreso, se lo menciona como una institución fundamental, y lo interesante es que aparece la propuesta de un Congreso unicameral. Luego, la institución del Defensor del pueblo o defensor ciudadano se menciona como una institución autónoma y relevante para la defensa de los derechos del pueblo. El Poder Judicial se describe como un poder autónomo y democrático, fundamental para que se cumpla la ley y la justicia. Los gobiernos regionales se mencionan en cuanto a la necesidad de la descentralización y de mayor autonomía de gestión de las regiones⁴¹.

Mirado en perspectiva, el debate dado por la ciudadanía entre abril y agosto de 2016, ya mostraba con claridad los niveles de acuerdo sobre la necesidad de un cambio en nuestro país, y también delineaba la dirección de esos cambios. En lo referido a las instituciones, los acuerdos sociales demandaban instituciones democráticas y que aseguren la justicia, la descentralización, la autonomía entre los poderes y la incidencia de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones.

Las propuestas en la Convención Constitucional

Para la elección de Convencionales Constituyentes, realizada el 15 y 16 de Mayo de 2021, se inscribieron 1.468 candidaturas. A partir de los programas de cada una de dichas candidaturas, el Observatorio Nueva Constitución elaboró un estudio comparado que analiza las principales propuestas constitucionales. Esto permite identificar las principales temáticas y enfoques del debate constitucional en Chile.

A partir de los datos sistematizados por el Observatorio Nueva Constitución, y presentados en su documento de Observación N°3 podemos observar el tipo de propuestas de las y los convencionales constituyentes, y la frecuencia de éstas.

⁴¹ Cristina Escudero, María, Ignacio Irrazábal y Rodrigo Márquez, *Informe Ejecutivo Sistematización de la etapa participativa del proceso constituyente abierto a la ciudadanía*, (Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2017).

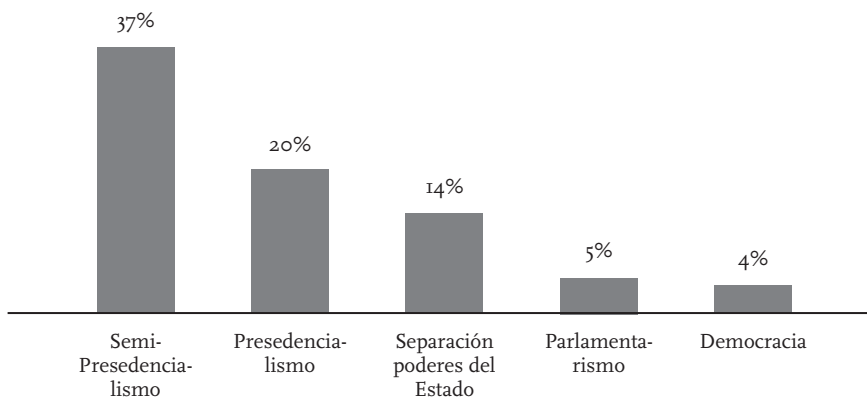


Gráfico 1: Materias más mencionadas en propuestas sobre régimen político (%)⁴²

Al analizar las dos propuestas de régimen político más recurrentes según origen de candidaturas, se puede destacar lo siguiente: a) El presidencialismo y el semi-presidencialismo son las medidas más mencionadas en los distintos tipos de candidaturas, b) En dos tipos de candidaturas - candidaturas independientes y pueblos indígenas -, se observa un empate en las preferencias en las dos medidas mencionadas, c) La medida de semi-presidencialismo se impone como la más mencionada en las candidaturas de lista de candidaturas independientes, independientes en lista de partidos políticos y en candidatos/as provenientes de partidos políticos, d) En las listas de candidaturas independientes se observa la mayor diferencia entre la primera mención y la segunda (29 puntos porcentuales), mostrando con ello una concentración de medidas relacionadas con la instauración de un sistema semi-presidencial.

⁴² Fuente: Elaboración propia con datos de candidaturas a la Convención Constitucional elaborados por el Observatorio Nueva Constitución. Nota: El número total de propuestas asciende a 770.

Origen candidaturas	Propuesta	#	%
Candidaturas independientes	Presidencialismo	6	43%
	Semi-Presidencialismo	6	43%
Lista candidaturas independientes	Semi-Presidencialismo	159	45%
	Presidencialismo	55	16%
Lista partidos - independientes	Semi-Presidencialismo	41	27%
	Presidencialismo	33	22%
Partidos políticos	Semi-Presidencialismo	68	32%
	Presidencialismo	48	22%
Pueblos indígenas	Presidencialismo	11	30%
	Semi-Presidencialismo	11	30%

Tabla 4: Propuestas de régimen político más recurrentes según origen de candidaturas. Fuente: Observatorio Nueva Constitución. Observación N°3 (2021)

Al analizar las materias propias del régimen político más mencionadas por las candidaturas se observa: a) una tendencia marcada a modificar el presidencialismo chileno actual. Ello se evidencia en que, tanto en el semi-presidencialismo como en el parlamentarismo, el 100% de dichas propuestas están a favor de aumentar prerrogativas para dejar atrás el presidencialismo; b) el 70% de las propuestas sobre presidencialismo, apuntan a reducirlo, mientras que un 20% señala que desea mantenerlo, y sólo un 6,5% desea aumentar el presidencialismo.

Sobre la tercera materia más mencionada sobre régimen político, se observan dos aspectos relevantes en relación a la separación de poderes del Estado: a) existe un alto consenso (86%) en que las ramas del Estado deben equilibrar sus poderes (funciones y atribuciones); b) se encuentra el hecho de la cooperación entre las mismas.

En específico, estas propuestas apuntan a una deseable relación de cooperación entre el poder ejecutivo y el poder legislativo, proponiendo mecanismos que aseguren los gobiernos de mayoría, es decir, que eviten el gobierno dividido.

Al analizar las propuestas de acuerdo a las listas en que se presentaron las candidaturas, la Tabla 5 muestra que existe un claro acuerdo sobre reducir el presidencialismo en todas las listas, sobre todo en las listas del Apruebo y listas de independientes. Segundo, tanto Apruebo Dignidad como Vamos por Chile están por reducir el presidencialismo, lo cual se aprecia en que dichas propuestas se inclinan por sobre el 70% de las propuestas. Tercero, la lista de Vamos por Chile es la única lista donde existe una medida a favor de profundizar el presidencialismo.

Listas	A favor	Mantener	Reducir	Otro	Total
Apruebo Dignidad	---	8 (24%)	25 (76%)	---	33
Lista del Apruebo	---	1 (9%)	9 (82%)	1 (9%)	11
Vamos por Chile	1 (4%)	7 (25%)	20 (71%)	---	28
Listas de independientes	---	3 (5%)	52 (95%)	---	55
Pueblos indígenas	---	4 (36%)	11 (64%)	---	11
Candidaturas independientes	---	3 (50%)	3 (50%)	---	6

Tabla 5: Presidencialismo según propuestas y listas. Fuente: Observatorio Nueva Constitución. Observación N°3 (2021)

Las preferencias ciudadanas parecen coincidir con los planteamientos de Convencionales Constituyentes, y con los diálogos ciudadanos de 2016. En una encuesta realizada entre el viernes 9 y el martes 13 de julio de 2021⁴³ se consultó sobre cuál debiera ser la figura central en el régimen político. Un 43% de los consultados está a favor de que sea el Presidente o Presidenta de la República, mientras que un 26% estaría de acuerdo en que sea el Congreso. En tanto, un 30% contestó que no sabía.

Al desglosar los resultados por identificación política, un 63% de los encuestados que se identifica con la derecha estuvo por que el poder del régimen

43 Segunda edición de la Encuesta Zoom de ReConstitución -realizada por La Tercera, Critería y la Cámara Chilena de la Construcción. <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/encuesta-zoom-de-reconstitucion-43-esta-a-favor-de-regimen-donde-la-figura-central-sea-el-presidente-y-no-el-congreso/YZTGD643TVFSHEYD32NFFYYPBI/>

político estuviera centrado en la figura del Presidente de la República; mientras que solo un 37% de quienes se identifican con la izquierda respaldaron mantener el poder político en un Mandatario. En tanto, un 45% que se siente de centro opinaba que el poder debía estar en manos de un Presidente. Al contrario, del 26% que apoya que el poder recaiga en el Congreso, un 41% se identifica con la izquierda, siendo el mayor porcentaje de apoyo, y solo un 16% de quienes se identifican con la derecha apoyaba que el poder fuera a parar a los diputados y senadores (y en este caso un 28% de los encuestados que se percibía de centro respaldaba al Congreso).

Del 43% de quienes respaldan centrar el poder en el Presidente, un 49% fueron hombres, y un 39%, mujeres. Revisado según tramo de edad, las personas de 45 y 54 años eran -con un 51%- la que más apoyaban que el Mandatario o Mandataria sea la figura central.

Reflexiones finales

La Convención Constitucional de Chile es una de las principales innovaciones democráticas de las últimas décadas. El proceso constituyente de Chile ha permitido canalizar el malestar social frente al sistema político y el modelo económico, por vía democrática e institucional.

Las reglas electorales que regularon la elección de la Convención Constitucional, permitieron que ésta integrara un número importante de nuevas y nuevos actores al debate público. Este órgano constituye una innovación democrática porque por primera vez en el mundo existe un órgano constituyente paritario (78 hombre y 77 mujeres). Es innovador para Chile por que por primera vez se integra a las naciones originarias mediante escaños reservados. De los 155 integrantes de la Convención, 17 escaños fueron reservados para representar a los 10 pueblos originarios de Chile. Además, se incorporó una norma para que candidaturas independientes pudieran inscribir listas, lo que los hizo más competitivos. Es así que un 63% de las y los electos para la Convención, no tienen militancia política activa. Algunos de ellos se eligieron en listas de partidos, otros en listas de independientes.

Lo anterior se refleja en una Convención plural, donde no hay ninguna fuerza política que represente la mayoría. La Constitución política señala, a partir de la reforma de 2019 que regula el proceso constituyente, que el reglamento de votaciones y cada una de las normas deberán ser aprobadas por dos tercios (2/3) de los votos de la Convención. En el contexto de fragmentación

actual, la Convención tiene el gran desafío de construir esos acuerdos, y las materias de régimen político no son una excepción.

Lo que está claro es que parte importante de la ciudadanía reclama cambios importantes. En el plebiscito de octubre de 2020, el cual ratifica el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución de noviembre de 2019, un 78% de quienes participaron aprobaron iniciar el debate constitucional por medio de una Convención Constitucional plenamente electa por la ciudadanía.

En cuanto al régimen político, hay un consenso en el diagnóstico: la necesidad de atenuar el hiperpresidencialismo. Esto implica no sólo acotar las facultades del presidente(a), si no también fortalecer al Congreso como espacio de representación y deliberación, para lo que se requiere fortalecer el sistema de partidos políticos. La incorporación de la ciudadanía mediante mecanismos de democracia directa, permitirá que la representación democrática sea complementada con instancias de participación y deliberación ciudadana.

De acuerdo a los datos del Observatorio Nueva Constitución, las propuestas programáticas de las y los Convencionales van en ese rumbo. Queda por ver si al calor de la deliberación constitucional, se avanza en equilibrar los poderes ejecutivo y legislativo, e incorporar a la ciudadanía como actor clave en el nuevo ciclo político de Chile.

MÁS ALLÁ DE LA PARIDAD

Mariana Canales S.¹

Resumen

El presente artículo es una reflexión en torno a la paridad en la Convención Constitucional. El punto central es que dicho mecanismo no alcanza a superar los obstáculos para que las mujeres participemos en política, pues no apunta a las causas sociales y culturales de ese problema. En ese sentido, el principal objetivo es ofrecer una posible explicación a la baja participación femenina que permita encontrar elementos para superarla de manera estructural y permanente.

Introducción

La constante demanda por mayor participación femenina en los distintos espacios de la vida social ha adquirido gran fuerza durante los últimos años. En efecto, no es una preocupación que aqueje solo a las mujeres, sino que se ha extendido al punto de que empresas, instituciones políticas, el mundo del arte, la academia y otras esferas están haciendo un esfuerzo por incorporarlas, introduciendo mecanismos para promover dicha participación y en algunos casos corregir tal déficit.

Como es sabido, la política es una de las instancias en que la presencia femenina es mucho más escasa que la masculina. En ese marco, no era de extrañar que, una vez iniciado el proceso constituyente, la preocupación por asegurar la participación de las mujeres tomara un lugar central. Así, después de haber decidido embarcarse en este proceso, nuestro país se vio ante el desafío de diseñar la composición y funcionamiento del órgano que discutirá la

¹ Investigadora del Instituto de Estudios de la Sociedad. mcanales@ieschile.cl

eventual nueva constitución, tarea que supuso hacerse cargo de esa brecha. Finalmente, se llegó al mecanismo paritario que conocemos y que, más allá de la discusión que rodeó su instauración², ha sido reconocido mundialmente: de aprobarse una nueva constitución, sería la primera en todo el mundo redactada por un órgano paritario³.

Ahora, de tanto repetir que existe un problema, se suelen olvidar sus causas; en consecuencia, las soluciones muchas veces se orientan a dimensiones laterales del asunto. La pregunta es, entonces, si acaso el método elegido apunta a derribar las barreras más profundas que hacen difícil la llegada de las mujeres al sistema político. Dicho de otro modo, si este método efectivamente logra superar el déficit de participación de manera estructural y permanente. Si la respuesta es negativa, como sugeriremos a continuación, no significa necesariamente que los esfuerzos de este tipo sean superfluos, el punto es apuntar los dardos en la dirección correcta para generar cambios culturales más significativos.

El presente trabajo es una reflexión a propósito del mecanismo paritario que se adoptó para la Convención Constitucional. En primer lugar, desarrollaremos un breve comentario sobre el mecanismo específico que adoptamos en nuestro país. El punto central es que esta paridad (y otros mecanismos similares) no se orienta a superar las causas más profundas del problema, que hunden sus raíces en ciertos patrones culturales de la sociedad. En este sentido, veremos que, por sí mismo, es incapaz de producir los cambios necesarios para asegurar la presencia de las mujeres en las instancias en que se delibera sobre la vida común. En segundo lugar, entonces, buscamos ensayar una explicación a la baja participación femenina, con el objetivo de encontrar elementos que permitan incrementarla.

1. Paridad en la Convención Constitucional: un breve comentario

La paridad en la Convención Constitucional surgió para asegurar que las mujeres, que tradicionalmente han participado menos en política que los

2 La instauración de la paridad no fue pacífica. En primer lugar, la mesa técnica que estuvo a cargo de proponer la reforma constitucional para iniciar el proceso no llegó a acuerdo respecto a este asunto, y no incorporó ningún mecanismo paritario. Tampoco hubo acuerdo en incluirlo cuando se votó la reforma en el Congreso. Se adoptó, entonces, mediante una votación separada que supuso una amplia discusión.

3 [24horas.cl, Chile tendrá la primera constitución del mundo redactada por un órgano paritario, https://www.24horas.cl/politica/chile-tendra-la-primera-constitucion-del-mundo-redactada-por-un-organoparitario-4508006](https://www.24horas.cl/politica/chile-tendra-la-primera-constitucion-del-mundo-redactada-por-un-organoparitario-4508006)

hombres, estuviesen representadas en dicho órgano⁴. En efecto, la solución consistió en asignar un porcentaje determinado en las listas de candidatas, y luego un mecanismo de corrección en la distribución de escaños.

Dentro de las alternativas que se barajaron, esta ofrecía la posibilidad de garantizar una conformación del órgano que tuviese correlación con la composición de la sociedad. De este modo, la paridad se asemejaría en cierto sentido a un espejo de la sociedad. La lógica es que, si más o menos la mitad de la población son mujeres, entonces la mitad de la Convención deben ser mujeres. Como se ve, este mecanismo entiende la representación como una “descripción” de la sociedad⁵.

Ciertos grados de “descripción” colaboran a que las demandas específicas de quienes viven experiencias similares puedan estar representadas en los espacios en que se discuten los asuntos comunes. En efecto, quienes viven determinadas experiencias y se enfrentan a problemas del mismo tipo, pueden entenderlos mejor y comprender más acabadamente su urgencia y el modo de solucionarlos. Esto es particularmente cierto cuando algunas voces tienen dificultades de acceso al espacio público, y tal perspectiva es importante para la deliberación. Hasta un punto, eso sucede con las mujeres: el solo hecho de ser mujer en este mundo entrega una mirada, herramientas y un cierto modo de ser que se traduce en énfasis y prioridades específicos⁶. Las mujeres, por decirlo de alguna manera, entienden mejor los problemas de las mujeres.

Con todo, de ahí no se sigue necesariamente que los distintos grupos que componen la sociedad estén mejor representados por el solo hecho de que algunos de sus miembros estén proporcionalmente presentes en las instancias representativas. En efecto, tener las mismas características o vivir experiencias similares a quienes se encuentran en los espacios deliberativos no significa que se esté de acuerdo con sus posiciones políticas. Esto se debe a que el juicio respecto de lo bueno, la elección de un fin y de los medios para alcanzarlo no dependen de determinados rasgos físicos o sociales comunes ni de la experiencia de vida. Dicho de otra manera, pertenecer a cierto colectivo —una etnia, raza, clase social o sexo— no implica poseer necesariamente ciertas posiciones, sobre todo en materia política, donde los criterios de prudencia bien pueden variar.

4 Ver moción parlamentaria.

5 Ver Pitkin Hannah, *The concept of representation*, (University of California Press), 1967, cap. IV.

6 Ver el trabajo de Lena Wägnerud. Para un resumen de sus planteamientos: <https://www.youtube.com/watch?v=vsP6suMsLIA>

Una mujer legítimamente puede discrepar de otra en temas que para ambas son relevantes. El aborto es un ejemplo claro: ahí donde muchas mujeres ven un derecho y un signo de libertad, otras ven un acto aborrecible. Y aunque con diferente intensidad, en la discusión sobre la paridad ocurrió algo parecido. Ahí ni siquiera hubo acuerdo entre las propias parlamentarias, pues no todas votaron a favor del proyecto, incluso algunas de las que lo hicieron, votaron reconociendo explícitamente que el mecanismo no era el que más las convencía⁷. Ejemplos de ese tipo hay muchos⁸. Así, ni siquiera es posible afirmar que exista unanimidad en qué significa ser “pro-mujer”, pues hay tanta variedad de mujeres – y por lo tanto de ideas y percepciones del mundo – como mujeres existen.

En consecuencia, no es posible decir genéricamente que las mujeres estamos mejor representadas en la Convención porque hay en ella la misma proporción de mujeres que encontramos en la sociedad. Aquello es caer en un simplismo radical, y supone una mirada demasiado esencialista de lo femenino. La lógica de la descripción, entonces, es insuficiente en ese sentido.

Adicionalmente, el mecanismo de paridad elegido tiene el inconveniente de que distorsiona la elección democrática, cuestión que es especialmente delicada si consideramos la distancia entre los órganos representativos y la ciudadanía. Con el mecanismo actual, el resultado de una elección cambia si no se han elegido la misma cantidad de mujeres y hombres, de modo tal que un candidato o candidata electos puede quedar fuera en favor de alguien que no recibió el apoyo popular necesario. Así, por un lado, se transgrede la voluntad de la ciudadanía y, por otro, el sistema electoral se hace más difícil de asir. Esto último es relevante porque los ciudadanos deben ser capaces de entender su sistema electoral y ver cómo su voto se traduce en resultados concretos. De lo contrario, percibirán que su participación nunca llega a materializarse en algo, profundizándose la distancia entre representantes y representados.

7 Ver la discusión de la ley en: bcn.cl, Historia de la Ley. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/7733/>. Para ver la votación: cnnchile.com, Marcela Sabat se abstuvo: Los diputados y diputadas que votaron contra la paridad género y escaños reservados, 18 de diciembre de 2019, https://www.cnnchile.com/pais/diputados-votaron-contra-paridad-genero-escaños-reservados_20191218/ t13.cl, Así votaron los senadores la aprobación de paridad de género para el órgano constituyente, 4 de marzo de 2020, <https://www.t13.cl/noticia/plebiscito-2020/politica/asi-votaron-senadores-aprobacion-paridad-genero-organo-constituyente>

8 Para un análisis de este tema en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ver Catalina Salem, “Las decisiones de las ministras del TC en materia de discriminación en contra de la mujer” en Actualidad jurídica N°41 (UDD), 2020. En ese trabajo, Salem concluye que “no fue posible comprobar que por el hecho de ser mujeres ejerzan un papel representativo de su sexo influenciando la deliberación del TC en favor de la mujer, a través de una sola voz femenina”.

A esto se podrá responder que todos los sistemas electorales distorsionan en algún grado la voluntad popular en la medida en que utilizan diversas fórmulas que modifican las simples mayorías. Si bien eso es cierto –y, en muchos casos los sistemas electorales complejos adolecen del mismo error que comentamos –, la diferencia del sistema de paridad que adoptamos es que opera ex post, es decir, cambia el resultado mismo de la elección, no el modo en que se llega a él.

Los problemas expuestos pueden considerarse menores y aceptarse por diversas razones. Hay, sin embargo, un punto que merece mayor atención: no es claro que la paridad esté apuntando en la dirección indicada. En sus inicios, el proyecto buscaba que el órgano constituyente fuera representativo, de modo tal “que no se excluya a grupos que de manera histórica no han tenido una participación acorde al porcentaje real que ellos detentan en la sociedad”. Las mujeres, según la moción parlamentaria, conformarían uno de los grupos que merecía ser protegido a través de este tipo de “discriminación positiva”⁹.

Pareciera, entonces, que el problema de la baja participación femenina se soluciona otorgándoles más espacios en estas instancias. La dificultad que subyace a este razonamiento, sin embargo, es que las mujeres participan poco en política, no necesariamente porque tengan menos acceso a esos espacios (aunque algo de eso existe), sino porque el modo en que opera nuestra sociedad hace que ello sea mucho más costoso para las mujeres que para los hombres. Se trata, entonces, de causas sociales mucho más profundas, de dinámicas culturales que no pueden ser erradicadas solo con poner a disposición de las mujeres escaños desde los cuales influir.

2. Un problema profundo

Una mirada a nuestra sociedad basta para darse cuenta que, para las mujeres, estar presente en determinados espacios muchas veces supone una elección que implica grandes renunciaciones. Dichas renunciaciones usualmente son mayores que aquellas que deben hacer los hombres. Los ejemplos son múltiples, pero pensemos en la clásica disyuntiva entre tener un trabajo demandante y tener una familia (el asunto se vuelve más dramático en aquellos casos en que ni siquiera hay una elección, y las mujeres se ven obligadas a alejarse de sus familias para sustentarlas). O, más acorde al tema que comentamos, dedicarse de manera profesional a la política y tener una familia. El problema tiene dos

⁹ Moción parlamentaria, ver: bcn.cl, Historia de la ley. https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7733/HLD_7733-749aod2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf

dimensiones. Por un lado, pareciera siempre haber una elección, como si no se pudieran compatibilizar distintas opciones de vida; y por otro, la elección parece ser más costosa para la mujer.

Una parte del problema se puede explicar por lo que el filósofo francés, Pierre Manent, llama la organización de las separaciones¹⁰, lógica que según él impera en las sociedades modernas. En efecto, éstas últimas tienden a parcelar, distinguir y separar las distintas dimensiones de la vida social, de manera que ella nunca es vista como un todo - como una -, sino que solo se entiende a través de sus distintas esferas. Así, la vida familiar es una dimensión específica y separada del mundo laboral, la política corre por carril separado a la vida privada, y la educación es absolutamente distinguible de la ética. Dichas esferas no tienen ningún canal de comunicación con las demás, y lo que ocurre en una, se piensa, no debiese influir en las otras. La vida en sociedad, entonces, toma un orden diferente según la esfera de la vida desde la que se mire, y muchas veces se vuelve difícil el diálogo entre los diversos subsistemas sociales. Como consecuencia, el desarrollo humano no se concibe como algo integral, sino que se separa en parcelas independientes. Así, las sociedades modernas crean una suerte de exclusión entre los distintos bienes que lo componen. En el ejemplo que veíamos, el servicio al país a través de la política se presenta como incompatible con entregarse a los hijos (u otra alternativa).

Sin embargo, el desarrollo humano es complejo y supone una gran variedad de bienes, como el esfuerzo, la entrega a otros o la amistad. Al ignorar ese hecho y mirar la existencia humana solamente desde una dimensión, se construye una falsa dicotomía entre todos esos bienes. La vida humana, por el contrario, se desenvuelve en múltiples ámbitos, por lo que cualquier aproximación a ella necesariamente debe pensar cómo la misma persona opera en sistemas distintos.

Desde luego, esa lógica tiene efectos en todos, pero repercute de manera especial en las mujeres, para quienes el sacrificio de optar por una u otra alternativa suele ser mayor al del hombre. La pregunta es por qué.

Esta segunda dimensión del problema tiene que ver con la estricta separación de roles asociados a mujeres y hombres. En nuestras sociedades, las responsabilidades de cuidado, crianza y educación suelen asociarse mucho más a las mujeres, transformándolas muchas veces en responsables exclusivas

¹⁰ Manent Pierre, *Curso de filosofía política*, (IES), 2016, Cap. I.

de tales labores¹¹. Parte de esto se explica por el modo en que se ha comprendido la maternidad. Es cierto que hay elementos naturales que la hacen incompatible, al menos momentáneamente, con otras actividades. Pero hay otros que, aunque no se siguen de la maternidad, se atribuyen a ella. Así, por ejemplo, la responsabilidad en el cuidado se asocia a la madre o a la hija mucho más que al padre o al hijo. En el ámbito de la crianza, la baja responsabilidad solo contribuye a cargar más la mano a la mujer, para quien se vuelve entonces más difícil el desarrollo en otras dimensiones de la vida. Sin duda, si es que tales responsabilidades se compartieran, se recibiera más ayuda o existiera un entramado institucional y social que lo hiciera factible, más mujeres participarían en política y en otras instancias. Sin embargo, al no poder distribuir las responsabilidades, el costo para la mujer de participar en esos espacios es mayor.

Ahora bien, ambas dimensiones del problema, la necesidad de siempre elegir entre alternativas que se presentan como excluyentes y la estricta distinción de roles, se alimentan mutuamente y agravan el problema. Por ejemplo, como la vida familiar está separada de todas las otras instancias de la vida social, y las labores de cuidado de la familia suelen asociarse a la mujer, más se perpetúan los roles que se atribuyen a ella y; al revés, mientras más se asocian, por ejemplo, las labores de crianza a la mujer, menos espacio hay para que se desarrolle en instancias distintas. Así, las sociedades contemporáneas no pueden sino ser ciegas a las causas de la baja participación femenina, pues ellas se ordenan según aquella lógica que separa y divide. Basta pensar en los horarios de trabajo, las dinámicas de la política o los parámetros para medir el éxito, para darse cuenta de que las posibilidades de realizar otras actividades o cultivar otras dimensiones de la vida son bajísimas.

Las trabas, entonces, para que las mujeres participen en las diversas instancias de la vida social, y en especial en política, son más profundas que la sola falta de espacios para hacerlo. El punto es que no basta ofrecer espacios o puestos para que ella participe, porque aun teniendo la posibilidad

¹¹ Esto se ha agudizado durante la pandemia, como demuestran diversos estudios. Así, por ejemplo, el Centro de Encuestas y Estudios Longitudinales de la UC evidencia que las mujeres dedicaron 9 horas semanales más que los hombres a tareas domésticas, y 14 horas más en el cuidado de niños de 14 años. “Estudio Longitudinal empleo covid-19: datos de empleo en tiempo real” 13 de agosto 2020. Disponible en: <https://www.uc.cl/site/efs/files/11364/presentacion-estudio-empleo-covid19-13082020.pdf> Según un estudio del ESE Business School de la Universidad de Los Andes, la pandemia aumentó la carga de trabajo dentro del hogar de las mujeres debido a la igual distribución de dichas tareas, la falta de redes de apoyo y el impacto en el empleo femenino. “La brecha de género de la pandemia”, Centro de Estudios Financieros ESE Business School, N° 38 septiembre. Disponible en: https://ese.cl/ese/site/artic/20200921/asocfile/20200921101435/tema_analisis_oct_2020.pdf

de ocuparlos, su presencia ahí puede suponer renunciar a otro lugar; y hay muchas mujeres que no están dispuestas a incurrir en ese costo o que simplemente no pueden permitirse hacerlo. Esto último supone un problema adicional que se relaciona con la homogenización de los espacios. Si la solución que encontramos a la baja participación femenina en política es poner a su disposición escaños o puestos de responsabilidad, pero no hacemos nada más, dichos espacios serán ocupados solo por aquellas mujeres que no tienen que elegir entre otras opciones, o bien, dicha elección no supone para ellas un costo. Por ejemplo, mujeres sin familias o con los recursos suficientes para contratar apoyo en las labores que ella implica. Así, las instancias de participación perderán en riqueza de puntos de vista en la medida en que solo un tipo de mujeres llega a ellas. Como advierte Jean Claude Michéa, puede que tengamos asambleas políticas con porcentajes altos de mujeres, pero tremendamente homogéneas¹². Si dichos espacios deben reflejar la diversidad de puntos de vista presentes en una sociedad, tal escenario es un contrasentido.

Reflexiones finales

No es necesario buscar razones que justifiquen la participación de las mujeres en política, pues el solo hecho de ser parte de una comunidad la faculta para participar en la decisión de los asuntos comunes en igualdad de condiciones. En ese sentido, es un asunto de justicia que la mitad de la población tenga la oportunidad de influir en aquellas cuestiones que afectan a todos. Dicho de otro modo: aunque no tuviesen nada distintivo que aportar en los espacios políticos, las mujeres han de participar en ellos por su sola pertenencia a la sociedad.

Con todo, y dada su ausencia en lugares relevantes para la vida en común, todos los miembros de la sociedad debiesen estar interesados en promover su presencia en dichas instancias. No solo por un asunto de justicia, como decíamos, sino porque con la presencia de las mujeres toda la sociedad gana. Por un lado, las mujeres poseen una cierta especificidad que introduce una nota distintiva en los espacios deliberativos que es positiva para la democracia. Por otro, si las mujeres no se incorporan adecuadamente, inevitablemente se desperdician talentos, preparación y miradas que aportan al desarrollo integral del país. En último término, la presencia de las mujeres en las diversas

¹² Dissentmagazine.org, An interview with Jean Claude Michéa, 7 de junio, 2019, https://www.dissentmagazine.org/online_articles/an-interview-with-jean-claude-michea

instancias de la vida social implica un aporte que beneficia a todos y, por eso, trabajar por la mujer es en definitiva trabajar por toda la sociedad¹³.

Así, si por distintas razones consideramos justo y deseable que las mujeres tengan una presencia más significativa en espacios relevantes dentro de la sociedad, como el político, debemos esforzarnos por erradicar las causas que le impiden participar en ellos. De este modo, debemos apuntar, en primer lugar, a superar la mentalidad según la cual los distintos ámbitos de la vida son absolutamente independientes unos de otros. En ese sentido, urge replantearse, por ejemplo, nuestra cultura laboral, que con frecuencia no deja espacio para ninguna otra actividad. En segundo lugar, es imprescindible promover y fortalecer la corresponsabilidad y las ayudas a las madres y mujeres que se dedican al cuidado de adultos mayores, hijos y otros, de manera que no sea la mujer la que cargue sola con responsabilidades que no tienen por qué ser exclusivamente suyas. Cambios en esos sentidos son los que permitirán que las mujeres tengan una presencia significativa no solo en la política, sino en otros espacios de toma de decisiones y en distintas instancias de la vida social. Y cuánto ganaría nuestro país con eso.

13 Siles y Caviedes, “El cuerpo en disputa: hacia una experiencia común de lo femenino” en *Primera persona singular*, (IES), 2019, pg. 108.

LA EMERGENCIA

LA EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DURANTE LA PANDEMIA DE COVID-19: UN ANÁLISIS DESDE LA PROPORCIONALIDAD

Pablo Soto Delgado¹

Pablo Aguayo Aubel²

“Las facultades que permite este estado de catástrofe y las medidas específicas que iremos adoptando se harán en función del conocimiento, la ciencia, la opinión de los expertos, y según la evolución que este virus tenga en nuestro país, y todas ellas van a ser debida, oportuna y verazmente informadas a toda nuestra población.”

Sebastián Piñera

Resumen

Con ocasión de la pandemia de COVID-19, Chile se encuentra desde marzo de 2020 bajo una declaración de estado de catástrofe por calamidad pública. A este respecto, el presente artículo lleva a cabo una doble labor: por una parte, explica los fundamentos normativos de ese estado de excepción constitucional y su implementación por parte del Gobierno, y por otra, analiza dicha medida y los instrumentos empleados durante su vigencia a la luz del principio de proporcionalidad, cuestionando la necesidad e idoneidad de dicho régimen extraordinario.

1. Introducción

En marzo de 2020 se declaró en Chile un estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública (“EECCCP”) en el contexto de la pandemia mundial de COVID-19³. Dicha situación, que por definición debe ser ex-

¹ Profesor del Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: pablo.soto@uach.cl.

² Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Coordinador del Programa de Derecho Público en la misma facultad. Correo electrónico: pablo.aguayo@mail.udp.cl.

³ Subsecretaría del Interior, Decreto N° 104, 18 de marzo de 2020 (en adelante, “Decreto N° 104”). Cabe señalar que todos los decretos y resoluciones a los que se hace referencia en el presente documento se encuentran publicados en el Diario Oficial y, por lo mismo, la fecha que para ellos se indica en todo este trabajo es la de su publicación.

traordinaria y ajena a la normalidad, se renovó sucesivamente⁴, y ha sido prorrogada en dos ocasiones con intervención del Congreso⁵, convirtiéndose así la excepción constitucional en una situación permanente. Durante el EECC-CP se han limitado derechos constitucionales y la población del país quedó jurídicamente sujeta a la autoridad militar.

Para decretar un estado de excepción, prorrogar y establecer medidas durante su transcurso debe existir una necesidad que lo justifique. Al respecto, el argumento que se invocó por parte del Presidente de la República, incorporado en el decreto mismo que resolvió la imposición del EECCCP, fue la necesidad de adoptar providencias que permitieran enfrentar la crisis sanitaria⁶. Posteriormente, con ocasión de la primera prórroga de aquel estado de excepción con autorización del Congreso, al haber transcurrido un año desde su adopción, el Gobierno enfatizó que, de no existir el EECCCP, no se podría proporcionar ayudas económicas para enfrentar la pandemia⁷, ni establecerse toques de queda⁸. Extrañamente, además, el Presidente Piñera declaró que la excepción resultaba necesaria para militarizar la Araucanía⁹.

La legitimidad de las razones para decretar un estado de excepción y de las medidas que se toman en tal contexto es un aspecto de máxima relevancia en una democracia constitucional. Por ello, es necesario someter a escrutinio tales fundamentos. Es lo que intenta hacer este texto, que examina si ha sido apropiada la justificación para establecer dicho régimen. Al efecto, se emplea como parámetro el principio de proporcionalidad, que constituye un estándar específico que debe satisfacerse en la excepción, y se analizan las providencias

4 Subsecretaría del Interior, Decreto N° 269, 16 de junio de 2020; Subsecretaría del Interior, Decreto N° 400, 12 de septiembre de 2020; y Subsecretaría del Interior, Decreto N° 656, 12 de diciembre de 2020.

5 A la fecha de cierre de este texto, el Congreso ha autorizado la prórroga ya en dos ocasiones, lo cual consta en: Subsecretaría del Interior, Decreto N° 72, 13 de marzo de 2021; y Subsecretaría del Interior, Decreto N° 153, 30 de junio de 2021.

6 Decreto N° 104, considerandos 8°-10°.

7 Presidente de la República, Oficio Gabinete Presidencial N° 241, 5 de Marzo de 2021, considerando 10°. En el mismo sentido, se refirió Juan José Ossa, Ministro de la Secretaría General de la Presidencia, al debatirse en el Senado la prórroga del estado de excepción de catástrofe, con fecha 10 de marzo de 2021. Véase, Senado.cl, Estado de excepción hasta el 30 de junio: por mayoría Senado ratifica oficio presidencial, 10 de marzo de 2021.

8 *La Tercera*, Minsal defiende renovar Estado de excepción como base para restricciones de movilidad del Paso a Paso: “Nos parece fundamental”, 6 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/minsal-defiende-renovar-estado-de-excepcion-como-base-para-restricciones-de-movilidad-del-paso-a-paso-nos-parece-fundamental/BWBBOQLJR5EHHHWGS4H72NC2R4/>.

9 *La Tercera*, ¿Prorrogar o no? Las dudas que levanta en el gobierno una nueva renovación del estado de excepción, 13 de mayo de 2021, página 9.

concretas que a juicio del Ejecutivo no pueden adoptarse sin el EECCCP. Si de esta indagación resulta que (i) las medidas podían tomarse igualmente sin la excepción, (ii) no se han ejercido efectivamente los poderes extraordinarios otorgados al Presidente por la Constitución, y (iii) no existe justificación suficiente sobre la idoneidad de los instrumentos utilizados, ello significa que el EECCCP puede resultar desproporcionado.

Además de esta introducción, el trabajo se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, se explica el régimen positivo de la excepción constitucional de catástrofe por causa de calamidad pública, para luego presentar la regulación administrativa del control de la pandemia de COVID-19 en Chile desde febrero de 2020, y posteriormente analizarla conforme a los parámetros de la proporcionalidad. El trabajo termina con una síntesis y algunas breves consideraciones para la nueva Constitución respecto al EECCCP.

2. La regulación constitucional y legal del EECCCP

Los estados de excepción son “régimenes especiales establecidos en la Constitución en los que se habilitan potestades extraordinarias, necesarias y proporcionales para la defensa del orden constitucional, en el evento que se dé alguna de las situaciones de anormalidad institucional tipificadas en el texto y que, no pudiendo ser eliminadas o contrarrestadas por las atribuciones ordinarias previstas en la Constitución, exigen la adopción de medidas excepcionales, con sujeción a lo dispuesto en la Carta Fundamental”¹⁰. El objetivo de este conjunto de habilitaciones es el restablecimiento de la normalidad en una sociedad democrática¹¹, y su regulación se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico interno a nivel constitucional, legal, y en tratados internacionales vigentes¹².

El entramado normativo del EECCCP se halla en los artículos 39, 41 y 43 de la Constitución, y en los artículos 6°, 7° y 8° de la Ley N° 18.415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción (“LOCEE”). Puede ser declarado por el Presidente de la República en caso de que exista una calamidad pública,

¹⁰ Contreras Pablo y García, Gonzalo, *Diccionario Constitucional Chileno*, (Tribunal Constitucional), 2014, p. 436.

¹¹ Ferrer, Eduardo y Herrera, Alfonso, “La suspensión de Derechos Humanos y Garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención Americana Sobre Derechos Humanos”, en Esquivel, Gerardo, Ibarra, Francisco y Salazar, Pedro (coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Estudios jurídicos*, Tomo II, (Universidad Nacional Autónoma de México), p. 105.

¹² Artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

concepto que comprende aquellas “situaciones, de causas humanas o naturales, de una magnitud tal que generen un grave daño al normal desarrollo de la vida social y la economía, afectando significativamente a personas o bienes dentro del territorio de la República”¹³. La causal de calamidad pública puede ser interpretada ampliamente¹⁴, y comprendería, entre otros eventos, terremotos, sequías, envenenamiento de aguas y las pandemias¹⁵.

De acuerdo con el citado artículo 8° de la LOCEE, el EECCCP puede regir por un plazo máximo de noventa días, y puede ser prorrogado por el Presidente de la República en caso de que subsistan las circunstancias que motivaron su declaración. Ahora bien, el EECCCP no puede extenderse por un periodo superior a un año, a menos que se cuente con el acuerdo del Congreso Nacional, conforme al artículo 41 inciso 2° de la Carta de 1980.

La declaración de un EECCCP tiene como consecuencias, por un lado, que se otorgan al Presidente de la República diversas atribuciones que le permiten limitar derechos constitucionales¹⁶; y por otro, necesariamente implica una militarización del territorio declarado en estado de excepción, así como la sujeción a los institutos armados de las personas que en él habitan o transitan, puesto que, tal como lo dispone el artículo 41 inciso final de la Constitución, una vez que se decreta dicho régimen extraordinario, las zonas afectas a la medida quedan bajo la dependencia del Jefe de la Defensa Nacional, designado por el Presidente de la República. La autoridad militar puede, entre otras cosas, controlar la entrada y salida de la zona declarada en estado de catástrofe, el tránsito en ella, y establecer condiciones para la celebración de reuniones en lugares de uso público, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7° de la LOCEE.

De acuerdo con el artículo 43 inciso 3° de la Constitución, durante la vigencia del EECCCP, el Presidente tiene atribuciones que le permiten limitar la libertad ambulatoria, el derecho de reunión y el derecho de propiedad. En tal sentido, puede establecer toques de queda, fijar aforos máximos para la celebración de reuniones y practicar requisiciones de bienes, entre otras

13 Contreras Pablo y García, Gonzalo, *Diccionario Constitucional Chileno* (Tribunal Constitucional), 2014, p. P. 444.

14 Pfeffer, Emilio, “Estados de excepción constitucional y reforma constitucional”, en *Ius et Praxis*, número 8 (1), (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca), 2002, pp. 223-250. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100013>.

15 Cea, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, Deberes y Garantías. Tomo II*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2012, p. 64.

16 Artículos 39, 41 y 43 de la Constitución Política de la República.

medidas. La misma norma dispone que el Presidente se encuentra facultado para adoptar todas las providencias extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada. Las facultades referidas pueden ser ejercidas por el Presidente de la República, o puede delegarlas en el Jefe de Defensa Nacional total o parcialmente, según lo dispuesto en el artículo 6° de la LOCEE.

En lo que respecta a los controles del EECCCP, el artículo 45 de la Constitución establece una distinción entre, por una parte, los fundamentos y circunstancias de hecho del acto general que lo decretó, lo cual no es judicialmente recurrible, y por otra parte, los actos particulares que afectan derechos constitucionales pueden ser impugnables ante la jurisdicción. Esto deja intactas, por ejemplo, las acciones constitucionales de protección y de amparo¹⁷. En cuanto al control político, conforme al artículo 41 inciso 2° de la Constitución, este proviene de (i) la obligación que pesa sobre el Presidente de informar al Congreso acerca de las medidas adoptadas durante la excepción, (ii) la posibilidad de que el Parlamento deje sin efecto el EECCCP ciento ochenta días después de decretado, en caso de que hubiesen cesado absolutamente las razones para establecerlo, y (iii) la participación del Congreso en la prórroga del estado de excepción por un período mayor a un año, aun cuando solo puede aprobar o rechazar la extensión sin introducir modificaciones, con arreglo a lo prescrito por el artículo 40 inciso 2° de la Constitución.

3. Desde la alerta sanitaria al EECC por COVID-19 en Chile

3.1. La configuración basada en el artículo 36 del Código Sanitario

Con fecha 8 de febrero de 2020, debido a la emergencia internacional declarada por la Organización Mundial de la Salud (“OMS”) a causa de la pandemia de COVID-19¹⁸, se decretó en Chile una alerta sanitaria en todo el territorio nacional¹⁹. Según lo dispone el artículo 36 del Código Sanitario²⁰, aquella cir-

¹⁷ Adicionalmente, en este mismo artículo se regulan las indemnizaciones por las requisiciones, lo cual es reenviado por la Constitución a la LOCEE; también se indican allí las condiciones bajo las cuales proceden las indemnizaciones a causa de las limitaciones a la propiedad.

¹⁸ WHO.int, Declaración sobre la reunión del Comité de Emergencia del Reglamento Sanitario Internacional (2005) acerca del brote de nuevo coronavirus (2019-nCoV), 23 de enero de 2021.

¹⁹ Subsecretaría de Salud Pública, Decreto N° 4, 8 de febrero de 2021 (en adelante, “Decreto N° 4”).

²⁰ Ese artículo reza: “Cuando una parte del territorio se viere amenazada o invadida por una epidemia o por un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produjeran emergencias que signifiquen

cunstancia permitió al Presidente conferir al Ministro de Salud las facultades para adoptar todas “las medidas extraordinarias que sean necesarias para enfrentar un eventual brote de Nuevo Coronavirus en el país”²¹.

De acuerdo con el citado artículo 36 del Código Sanitario, las facultades que puede otorgar el Presidente a las autoridades sanitarias son innominadas, lo cual significa, como se ha dicho en otro lugar, que “el ordenamiento jurídico otorga a la Administración sanitaria un vasto ámbito de discrecionalidad que, en principio, se justifica en que la contención de la pandemia exige medidas que no necesariamente son determinables de antemano, como por lo demás ha acontecido durante la [pandemia de] COVID-19”²². En ese contexto, con anterioridad a la declaración de la excepción constitucional, a las autoridades sanitarias se les concedieron distintas facultades extraordinarias de carácter administrativo, y otras atribuciones que les permiten intervenir directamente en los derechos de las personas, mediante el Decreto N° 4, y su modificación por el Decreto N° 6²³.

Entre las distintas facultades de carácter administrativo que el citado decreto otorgó a la autoridad sanitaria pueden destacarse las siguientes: (i) coordinar las acciones que ejecuten los organismos del sector de salud, los demás organismos de la administración y las entidades privadas, conforme a los convenios que se celebren, y las demás acciones que las autoridades sanitarias estimen necesarias para enfrentar la emergencia; (ii) adquisición directa de bienes, servicios o equipamientos necesarios para el manejo de la urgencia, sin un proceso de licitación previo; (iii) disponer la realización de trabajos extraordinarios para el personal de su dependencia y asignarlos en comisión de servicio; (iv) contratar personal bajo las normas del Código del Trabajo; contratar a ex funcionarios acogidos a beneficios de incentivo de retiro; contratar a médicos extranjeros con título revalidado y, asimismo, a estudiantes que estén cursando sexto año en adelante de la carrera de medicina; (v) requerir a las municipalidades las medidas sanitarias, de aseo y ornato, necesarias para

grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, podrá el Presidente de la República, previo informe del Servicio Nacional de Salud, otorgar al Director General facultades extraordinarias para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia”.

21 Decreto N° 4, considerando 17°. En el mismo sentido se refirió el ex Ministro de Salud, Jaime Mañalich. Véase, Minsal.cl, Ministerio de Salud decreta Alerta Sanitaria por Nuevo Coronavirus, 7 de febrero de 2021.

22 Soto, Pablo, Guiloff, Matías y Aguayo, Pablo, “Un estado de excepción constitucional superfluo por Covid-19 y la regulación deficitaria de la pandemia”, Enestrado.cl, 10 de octubre de 2020.

23 Subsecretaría de Salud Pública, Decreto N° 6, de fecha 7 de marzo de 2020 (“Decreto N° 6”).

contener la propagación del virus (vi) coordinar la distribución de productos farmacéuticos y elementos de uso médico que se requieran para satisfacer la demanda de la población; (vii) entregar, a título gratuito u oneroso, medicamentos, dispositivos médicos u otros elementos sanitizadores a grupos objetivos previamente definidos por esta autoridad sanitaria; (viii) reasignar servicios clínicos y unidades de apoyo de la red asistencial de salud; (ix) suspender las cirugías electivas y programadas, que no sean de urgencia; (x) autorizar provisoriamente hospitales de implementación acelerada y el funcionamiento para la entrega de prestaciones de salud a inmuebles que no estén autorizados como establecimientos asistenciales; y (xi) facultades conferidas a CENABAST, vinculadas a la importación de medicamentos y provisión de insumos a establecimientos privados de salud y farmacias.

Adicionalmente, tal como se señaló, a las autoridades sanitarias se les concedieron potestades limitativas de derechos para poder enfrentar la crisis sanitaria, entre ellas: (i) disponer la prohibición de funcionamiento de establecimientos y lugares de trabajo que pongan en peligro a las personas que trabajan o asisten a ellos; (ii) disponer medidas necesarias para evitar aglomeraciones en espacios públicos y cerrados; (iii) denegar la entrada de personas en zonas afectadas por COVID-19 a las personas no afectadas; (iv) disponer la prohibición temporal de desembarco de pasajeros de naves y aeronaves; (v) suspender las clases en establecimientos educacionales y las actividades masivas en espacios cerrados; (vi) disponer el aislamiento de personas contagiadas o con sospecha de estarlo; (vii) aplicar todas aquellas medidas y recomendaciones emanadas de la OMS en el contexto de las obligaciones adquiridas en virtud del Reglamento Sanitario Internacional²⁴; (viii) disponer de la fuerza pública, según lo dispuesto en el artículo 8° del Código Sanitario, para hacer efectivas las medidas establecidas; (ix) ordenar el uso obligatorio de mascarillas y otros dispositivos médicos afines en medios de transporte, salas de clases, lugares de trabajo y en cualquier otro lugar de acceso público o donde exista aglomeración de personas; (x) prohibición de quemas controladas; (xi) denegar la entrada al país de ciudadanos extranjeros no residentes en Chile, sospechosos o afectados por el COVID-19.

En este escenario, y con anterioridad a la declaración del EECCCP, el Ministerio de Salud adoptó medidas como²⁵: (i) la suspensión de clases en todos

24 En conformidad a los artículos 15 y ss. del Reglamento Sanitario Internacional, según lo dispone el artículo 3.18 del Decreto N° 4.

25 Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 180, 16 de marzo de 2020; Subsecretaría de

los jardines infantiles y colegios del país; (ii) restricciones de aforo en eventos públicos; (iii) cuarentenas obligatorias para personas provenientes de determinados países; cuarentenas para personas que hayan tenido contacto estrecho con alguien contagiado por COVID-19; cuarentenas de los centros del SENAME; cuarentenas para las personas contagiadas e, igualmente, cuarentenas para personas que se hayan realizado el examen PCR para diagnosticar COVID-19 y que el resultado de este se encuentre pendiente; (iv) restricciones de visitas y reuniones en los hogares de adultos mayores; y (v) instruir a Gendarmería de Chile a tomar las medidas sanitarias que sean necesarias para evitar el contagio de la población penal.

Por otro lado, con fecha 16 de marzo de 2020, el Ministerio del Interior, en uso de las facultades que le otorga el artículo 3° del DL 1094, ordenó “el cierre para el tránsito de personas, de todos los lugares habilitados para el tránsito de extranjeros hacia el territorio nacional”, autorizando el egreso, y disponiendo que dicha medida no afectaría a las personas con nacionalidad chilena y extranjeros con residencia regular, y la carga desde y hacia el territorio nacional, entre otros²⁶.

3.2. La regulación de la pandemia apoyada en la excepción constitucional

Con fecha 18 de marzo de 2020 el Gobierno decretó el EECCCP²⁷, justificando su decisión en la necesidad de adoptar “medidas excepcionales por parte de la autoridad para asegurar a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica”²⁸.

Atendido a que el EECCCP puede ser declarado únicamente por el plazo de noventa días, según lo dispone el artículo 8° de la LOCEE, este fue prorrogado sucesivamente. La primera extensión²⁹ obedeció a las mismas consideraciones que motivaron su establecimiento, destacando su necesidad “para proteger la salud y la vida”³⁰ de los chilenos. Posteriormente, con fecha 12 de

Salud Pública, Resolución Exenta N° 183, 17 de marzo de 2020; y, Subsecretaría de Salud Pública, Resolución exenta N° 188, 217 de marzo de 2020.

26 Subsecretaría del Interior, Decreto N° 102, 17 de marzo de 2020.

27 Decreto N° 104.

28 Decreto N° 104, considerando 8°.

29 Subsecretaría del Interior, Decreto N° 269, 16 de junio de 2020.

30 *El Mostrador*, Presidente Piñera prorroga por 90 días el Estado de Excepción por la pandemia del Covid-19, 15 de junio de 2020, Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/dia/2020/06/15/presidente->

septiembre de 2020 se prorrogó por segunda vez el estado de excepción³¹ con tal de poder “contar con las herramientas adecuadas para proteger la salud de las personas y entregar facultades al Gobierno y la autoridad sanitaria para seguir estableciendo medidas de protección, tales como cuarentenas, cordones y aduanas sanitarias y toque de queda”³². La última prórroga de 2020, de fecha 12 de diciembre³³, se fundamentó en las mismas razones.

Habiendo casi transcurrido el plazo de noventa días contados a partir de la última prórroga, el Gobierno se encontraba impedido para extender nuevamente la vigencia del EECCCP por sí solo, ya que para establecer la medida por un término superior al de un año se requiere la autorización del Congreso Nacional. De ahí que, con fecha 05 de marzo de 2021, el Presidente de la República remitió un oficio dirigido al Senado y a la Cámara de Diputados³⁴, solicitando que se autorizara la renovación del estado de excepción hasta el 30 de junio, ya que este permitiría implementar el Plan Paso a Paso (“PPP”)³⁵⁻³⁶ y, porque, sin el EECCCP no se podrían establecer cuarentenas, toques de queda, ni tampoco disponer de las fuerzas armadas al servicio de la autoridad sanitaria³⁷, destacando su utilidad para militarizar la Región de La Araucanía en el contexto de los conflictos existentes³⁸. Asimismo, se esgrimió que había “varios beneficios aprobados por el Congreso cuya vigencia está asociada a la permanencia del estado de excepción”³⁹. El 10 de marzo el Congreso aprobó

pinera-prorroga-por-90-dias-el-estado-de-excepcion-por-la-pandemia-del-covid-19/.

31 Subsecretaría del Interior, Decreto N° 400, 12 de septiembre de 2020.

32 Gob.cl, Presidente Piñera anuncia extensión de Estado de Excepción por 90 días, 11 de septiembre de 2020.

33 Subsecretaría del Interior, Decreto N° 646, 12 de diciembre de 2020.

34 Presidente de la República, Oficio Gabinete Presidencial N° 241, 5 de Marzo de 2021.

35 Cuya última actualización se encuentra en: Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 644, 15 de julio de 2021. Asimismo, véase: Gobierno de Chile, Actualización al Plan Paso a Paso. Nos Cuidamos, 15 de julio de 2021. Disponible en: https://s3.amazonaws.com/gobcl-prod/public_files/Campa%C3%BIas/Corona-Virus/documentos/paso-a-paso/Documento_actualizacion_Paso_a_Paso.pdf

36 Gob.cl, Congreso aprueba prórroga del Estado de Excepción Constitucional hasta el 30 de junio, 10 de marzo de 2021.

37 División de Relaciones Políticas e Institucionales del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, “Minuta Sesión de Sala. Cámara de Diputados”, 9 de marzo de 2021.

38 *La Tercera*, ¿Prorrogar o no? Las dudas que levanta en el gobierno una nueva renovación del estado de excepción, 13 de mayo de 2021, página 9.

39 *La Tercera*, Gobierno ingresa al Congreso proyecto para poder extender el estado Catástrofe hasta el 30 de junio “en atención al contexto epidemiológico actual”, 5 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.latercera.com/politica/noticia/gobierno-ingresa-al-congreso-proyecto-para-poder-extender-el-estado-catastrofe-hasta-el-31-de-junio-en-atencion-al-contexto-epidemiologico-actual/43EO2ZW77JH>

la renovación⁴⁰. Esta, sin embargo, no fue la última extensión del EECCCP, puesto que el 25 de junio de 2021, nuevamente con autorización del Congreso Nacional, el Gobierno extendió la vigencia de la excepción hasta el 30 de septiembre de 2021⁴¹, otra vez refiriéndose al carácter indispensable del EECCCP para establecer las medidas del PPP y decretar cuarentenas y toques de queda, así como para fijar las condiciones de funcionamiento de lugares que pueden recibir público y los cierres de fronteras⁴².

Durante la vigencia del EECCCP, el Decreto N° 4 del Ministerio de Salud, que declara la alerta sanitaria, ha sido modificado en reiteradas oportunidades, en consideración a la necesidad de nuevas atribuciones para enfrentar la pandemia⁴³, otorgando facultades adicionales que habilitan a las autoridades sanitarias a limitar derechos, tales como: (i) fijar precios sobre todos los bienes y servicios para atender necesidades sanitarias; (ii) limitar el número máximo de los bienes y servicios que podrán ser vendidos y entregados a cada persona; y, (iii) facultades de fiscalización y sanción de acuerdo al Libro X del Código Sanitario. Asimismo, y en consideración a los mismos motivos, se les confirió a las autoridades sanitarias las potestades administrativas para: (a) transferir a las entidades administradoras de establecimientos de atención primaria de salud, los recursos necesarios para que estos efectúen la trazabilidad de las personas contagiadas con COVID-19 y sus contactos; y (b) autorizar prescripciones de medicamentos por períodos más extensos.

En estas circunstancias, se han adoptado, entre otras, las siguientes medidas: (i) cuarentenas, cordones y aduanas sanitarias⁴⁴; (ii) restricciones al derecho de reunión; (iii) obligación de uso de mascarillas en medios de

PVIJA4UMJSHM74M/

40 Gob.cl, Congreso aprueba prórroga del Estado de Excepción Constitucional hasta el 30 de junio, 10 de marzo de 2021.

41 Subsecretaría del Interior, Decreto N° 153, 30 de junio de 2021.

42 Presidente de la República, Oficio Gabinete Presidencial N° 749, 23 de junio de 2021. En el mismo sentido, véase: *La Tercera*, Para entender: Qué medidas puede tomar el gobierno en un Estado de Catástrofe y cuál es la diferencia con una alerta sanitaria, 25 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/para-entender-que-medidas-puede-tomar-el-gobierno-en-un-estado-de-catastrofe-y-cual-es-la-diferencia-con-una-alerta-sanitaria/EZDZFLWHDNDOLBUBUEQ5OMZQM4/>

43 Al respecto, véase: Subsecretaría de Salud Pública, Decreto N° 10, 25 de marzo de 2020; Subsecretaría de Salud Pública, Decreto N° 19, 6 de junio de 2020; Subsecretaría de Salud Pública, Decreto N° 23, 3 de julio de 2020; Subsecretaría de Salud Pública, Decreto N° 28, 20 de agosto de 2020; y, Subsecretaría de Salud Pública, Decreto N° 12, 09 de abril de 2021.

44 Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 202, 22 de marzo de 2020.

transportes, espacios cerrados y espacios públicos⁴⁵; (iv) cierre de cines, teatros, gimnasios, pubs, discotecas, y también el cierre de atención al público en restaurantes, cafeterías y análogos⁴⁶; y (v) la fijación del precio a pagar por examen PCR; y de la renta en el arriendo de los inmuebles con uso médico⁴⁷; de precios en determinadas prestaciones de salud⁴⁸; y, de la renta arriendo de monitores⁴⁹, cánulas nasales y ventiladores⁵⁰.

4. La excepción constitucional bajo la lupa de la proporcionalidad

La razón de fondo por la cual se han establecido el EECCCP y las medidas durante su vigencia ha sido, concretamente, controlar la pandemia. Como se dijo, esta justificación debe satisfacer los parámetros de la proporcionalidad, lo cual significa que cabe preguntarse, en torno a la excepción y a las providencias específicas, si estas se apegan o no a los estándares de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. Según se señaló en la introducción de este trabajo, si las medidas señaladas podían haberse tomado sin la excepción, si los poderes extraordinarios que tiene el Presidente no se han ejercido, y/o si no hay antecedentes suficientes para concluir que esas providencias eran útiles para aplacar la pandemia, el EECCCP podría quedar sujeto a cuestionamientos desde la proporcionalidad. Todo esto se analiza en lo que sigue.

4.1. La proporcionalidad como estándar en el estado de excepción

Es usual que a través de sus decisiones las instituciones públicas limiten ciertos derechos fundamentales, como la propiedad y la libertad ambulatoria⁵¹, lo cual se debe a que la intervención de la autoridad sobre los derechos puede

45 Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 644, 15 de julio de 2021.

46 Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 200, 20 de marzo de 2020.

47 Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 209, 25 de marzo de 2020.

48 Como consta en los siguientes actos administrativos: Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 258, 15 de abril de 2020; y Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 418, 4 de junio de 2020.

49 Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 418, 4 de junio de 2020.

50 Subsecretaría de Redes Asistenciales, Resolución Exenta N° 505, 29 de agosto de 2020.

51 Díaz, Iván, "La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales", en *Revista de Derecho*, vol. 36, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2011, p. 170.

ser indispensable para satisfacer otras necesidades o intereses⁵². La decisión del Presidente de la República de establecer un EECCCP en consideración a la pandemia de COVID-19 sería una expresión de lo anterior.

Por supuesto, las decisiones de la autoridad que impliquen limitaciones a algún derecho deben justificarse. Como ha explicado Mureinik, en un país democrático, donde existe un Estado de derecho, debe imperar una cultura de la justificación. En el ámbito constitucional y administrativo esto quiere decir que las autoridades deben colmar la legítima expectativa que tiene la población de que el ejercicio del poder público sea justificado⁵³. Una herramienta analítica utilizada para evaluar la justificación de la intervención pública en los derechos individuales es el examen de proporcionalidad⁵⁴.

En lo que respecta a la materia específica de este trabajo, según lo ha indicado García, tanto la decisión de decretar un estado de excepción constitucional, como la de prorrogarlo y, asimismo, la adopción de medidas en su contexto, deben satisfacer el principio de proporcionalidad⁵⁵; lo mismo se ha sostenido desde el derecho comparado precisamente a propósito de la pandemia de COVID-19⁵⁶. Esto obedece a que únicamente puede acudir al derecho de excepción en “una situación objetiva de suma gravedad ante la cual los medios ordinarios que posee un Estado resultan insuficientes para afrontarla”⁵⁷.

Bajo el análisis del test de proporcionalidad, para que una medida se justifique debe ser necesaria, idónea y proporcional en sentido estricto. La revisión de la necesidad significa calificar el carácter indispensable del establecimiento del estado de excepción y las medidas adoptadas en él. En ese sentido, solo se debe decretar un EECCCP cuando la regulación ordinaria no permite enfrentar ni resolver la situación de hecho que justifica su adopción, y, asimismo, en

52 Posibilidad que corrobora el artículo 32.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos, al disponer que: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

53 Mureinik, Etienne, “A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights”, en *South African Journal on Human Rights*, 10 (1), pp. 31-32.

54 Díaz, Iván, “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho*, vol. 36, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2011, p. 170.

55 García, Gonzalo, “Los Estados de Excepción Constitucional: Un nuevo derecho de excepción”, en Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, (Lexis Nexis), 2005, pp. 451-487.

56 Álvarez, Vicente, “El Coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 86-87, marzo-abril, 2020, pp. 8-9.

57 García, Gonzalo, “Los Estados de Excepción Constitucional: Un nuevo derecho de excepción”, en Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, (Lexis Nexis), 2005, p. 464.

su contexto se debe establecer aquellas medidas que sean las menos lesivas para los derechos e intereses individuales. Por su parte, el análisis de idoneidad es un juicio acerca de la aptitud de la decisión para lograr la finalidad que fundó su establecimiento. En fin, valorar la proporcionalidad en sentido estricto implica poner en una balanza la intervención estatal y el objetivo propuesto, debiendo la limitación de derechos ser inferior al beneficio que se pretende obtener⁵⁸.

El principio de proporcionalidad ha sido reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos para los regímenes de excepción⁵⁹, donde los “Principios de Siracusa” (“PS”)⁶⁰ son la fuente más relevante en la materia⁶¹. Dichos principios establecen los criterios oficiales para la interpretación y aplicación de las normas sobre limitación y derogación de las disposiciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”) para los estados de excepción⁶². En ese sentido, los PS disponen, entre otras cuestiones: (i) la prohibición de arbitrariedad en las limitaciones que se

58 Se sigue aquí a Valdivia, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo*, (Tirant lo Blanch), 2018, p. 235.

59 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Las medidas de emergencia y el COVID-19: Orientaciones, 27 de abril de 2020. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Events/EmergencyMeasures_COVID19_ES.pdf; Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N° 29 (2001), sobre el artículo 4° del PIDCP, 31 de agosto de 2001, párrafo 4; Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Declaración sobre la suspensión de obligaciones dimanantes del Pacto en relación con la pandemia de COVID-19, 30 de abril de 2020; y, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Declaración 1/20, COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales, 09 de abril de 2020.

60 Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Situación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Nota verbal de fecha 24 de agosto de 1984 enviada al Secretario General por el Representante Permanente de los Países Bajos ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, 28 de septiembre de 1984.

61 Contreras Pablo y García, Gonzalo, *Diccionario Constitucional Chileno* (Tribunal Constitucional), 2014, p. p. 440.

62 Cuestión regulada en el Artículo 4 del PIDCP, el cual dispone que:
“1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.
3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión”.

establecen; (ii) la prohibición de desviación del fin en relación a estas; y, (iii) que las limitaciones sean necesarias, lo cual implica su análisis bajo el test de proporcionalidad, ya que se prohíbe al poder público utilizar “medios más restrictivos de lo que sea necesario para lograr el propósito de la limitación”, recayendo la carga de justificar la necesidad de la limitación en el mismo Estado⁶³.

Ahora bien, incluso obviando los principios del derecho internacional de los derechos humanos respecto a la excepción, la exigencia de justificar la decisión de establecerlo y de emplear las facultades que este concede, no es algo extraño al derecho público doméstico. Por lo mismo, todo acto administrativo, sin importar su naturaleza o autoridad que lo dicte, debe ser motivado. Este requisito se refiere a que el acto debe expresar las razones de hecho y fundamentos de derecho que sostienen el proceder de la administración, atendiendo la finalidad pública perseguida⁶⁴.

El requisito de motivación de los actos administrativos tiene fuente expresa en el artículo 11 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos (“LBPA”), según el cual: “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”, lo que se reitera en el artículo 41 de la misma ley: “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”.

Ya se indicó que no cualquier justificación invocada por la administración resulta legítima para habilitar su intervención sino que esta debe ser razonable, lo que implica la existencia de un equilibrio entre el medio utilizado y la finalidad que se persigue. No basta con que un acto administrativo exponga los motivos considerados en su dictación, sino que además estos deben guardar una proporcionalidad con el fin que se propone. En ese sentido, la falta de motivación y/o la ausencia de proporcionalidad producen un acto viciado. Como señala Bermúdez, el error o ausencia de justificación de un acto y, en consecuencia, la arbitrariedad en su dictación, constituyen un vicio por exceso o abuso de poder⁶⁵. Asimismo, existirá el vicio si al analizar la motivación de un acto adminis-

63 Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas ha indicado que se debe justificar con precisión el establecimiento del estado de excepción y de las medidas adoptadas bajo su vigencia. En ese sentido, véase: Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N° 29 (2001), sobre el artículo 4° del PIDCP, 31 de agosto de 2001, párrafo 5.

64 Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, (Legal Publishing), 2014, p. 118.

65 Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, (Legal Publishing), 2014, p. 119.

trativo se verifica una desproporción en cuanto a la finalidad perseguida, ya sea por falta de idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad estricta⁶⁶.

La decisión de establecer un estado de excepción y las medidas adoptadas en su contexto no son ajenas a los requisitos antes dichos. Si bien el Presidente de la República ejerce facultades que emanan directamente de la Constitución para establecer el EECCCP, no se puede desatender que estas decisiones se concretan a través de actos administrativos, ni tampoco que facultan al Jefe de Estado para limitar derechos de particulares. En ese sentido, las actuaciones referidas deben motivarse, por aplicación del artículo 11 de la LBPA, y las justificaciones expresadas deben guardar proporcionalidad con la finalidad perseguida, que en la situación actual de Chile supone ser la de enfrentar la crisis sanitaria por COVID-19.

Entonces, la decisión de establecer el estado de excepción, así como cada una de las medidas adoptadas durante su vigencia, deben manifestar los argumentos de hecho y de derecho que les sirven de fundamento y explicar cómo aquellas son útiles para enfrentar la crisis sanitaria, cuestión que, por lo demás, es una exigencia legal, contenida en el artículo 53 de la Ley orgánica constitucional de bases generales de la administración (“LOCBGAE”), según la cual: “El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz”.

En suma, el EECCCP y las medidas que se deciden durante su vigencia deben ser conducentes, proporcionales e indispensables o necesarias, lo cual implica que no se encuentran disponibles medios menos gravosos para lograr la misma finalidad propuesta.

4.2. Las medidas restrictivas de la libertad ambulatoria y de reunión parecen ser una cuestión de legalidad

Uno de los aspectos de la proporcionalidad consiste en que la respectiva decisión estatal no tenga una alternativa menos gravosa. Esto quiere decir que, de existir varias opciones para concretar un determinado efecto querido por el poder público, este debe escoger aquellas medidas que menos afecten los derechos y la normalidad institucional del país. Como es obvio, la excepción constitucional es la determinación más extrema posible, puesto que, de acuerdo con la Constitución, admite la intervención directa del Ejecutivo en las

66 Corte Suprema, Rol N° 3598-2017, 19 de junio de 2017, considerando 7°.

libertades de los ciudadanos, con un limitado control por parte de los tribunales, porque da lugar a un régimen administrativo extraordinario, y militariza, desde la supervigilancia y el control, la vida cotidiana.

Cualquier pandemia exige una regulación que impida su propagación y, para este efecto, se emplean restricciones al movimiento de las personas y se limitan las aglomeraciones. A este respecto, la pregunta que cabe efectuar para el análisis de proporcionalidad es si en el ordenamiento jurídico nacional existen atribuciones ordinarias suficientes para decretar dichas medidas o si solo pueden tomarse en un esquema de excepción constitucional por calamidad pública.

La respuesta para lo anterior se halla en lo dispuesto en la combinación entre el artículo 36 del Código Sanitario y el Reglamento Sanitario Internacional, vigente en Chile desde el año 2005⁶⁷. Conforme al primero, la autoridad sanitaria adquiere facultades extraordinarias amplísimas con tal de controlar la pandemia, algo que el Gobierno comprendió con claridad al declarar la emergencia sanitaria mediante el Decreto N° 4 de febrero de 2020, y su modificación a través del Decreto N° 6, antes de dictarse el EECCCP. En efecto, estos actos administrativos establecieron que el Ministro de Salud podría disponer providencias para: evitar aglomeraciones en espacios públicos y cerrados; denegar la entrada de personas no afectadas en zonas afectadas por COVID-19; prohibir el desembarco de pasajeros de naves y aeronaves; suspender las clases en establecimientos educacionales; suspender actividades masivas en espacios cerrados; aislar personas contagiadas o con sospecha de estarlo; y aplicar medidas y recomendaciones emanadas de la OMS dentro del ámbito del Reglamento Sanitario Internacional.

De acuerdo con este último cuerpo normativo, varias son las medidas restrictivas de la libertad y de reunión que es posible adoptar durante una pandemia. Así, el artículo 18 admite que, entre las recomendaciones de la OMS a ser seguidas por parte de los Estados que han promulgado el Reglamento Sanitario Internacional, se encuentran las cuarentenas, los aislamientos, o las prohibiciones de ingreso o salida a áreas afectadas por la enfermedad.

En suma, el Gobierno reconoció al inicio de la pandemia que para establecer restricciones a la libertad de desplazamiento y de reunión no se requiere la excepción constitucional. Esto constitucionalmente es admisible desde que, como debería ser claro ya, las restricciones y limitaciones a los derechos no

67 Promulgado con fecha 17 de septiembre de 2008, por: Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto N° 230.

solo se producen en medio de una excepción constitucional, sino que son parte de la actividad regular de la administración del Estado, en la medida que se haga conforme al ordenamiento y previa habilitación legal. Por cierto, podría cuestionarse la falta de determinación de la regulación si solo se considera la amplitud del artículo 36 del Código Sanitario⁶⁸, sin embargo, esto es distinto de que no haya habilitación legal para actuar, menos cuando se complementa esa norma con lo dispuesto por el Reglamento Sanitario Internacional. Todavía más: esa falta de determinación es funcional a un contexto en el cual puede estar justificada, a saber, una pandemia mundial que puede requerir medidas no tasadas.

Lo anterior tiene consecuencias para el análisis de proporcionalidad planteado en este trabajo. En efecto, si existía habilitación legal para decretar restricciones a la libertad ambulatoria y de reunión específicamente para el contexto de una pandemia, algo que el Gobierno reconoció a través de los Decretos N° 4 y 6, la excepción constitucional no era la única opción disponible, sino que existía un régimen de normalidad apto para adoptar las mismas medidas. Por esta vía, es posible cuestionar la proporcionalidad del EECCCP.

4.3. La justificación insuficiente del toque de queda

El toque de queda es una restricción del derecho de libertad de desplazamiento que implica la prohibición de circular en espacios públicos por un lapso determinado que, en la práctica, suele extenderse durante la noche y la madrugada. Su declaración se efectúa por el Jefe de la Defensa Nacional designado por el Presidente. A diferencia de las cuarentenas, la única vía para decretar un toque de queda es a través del establecimiento de un estado de excepción.

En Chile el toque de queda ha estado vigente desde el 22 de marzo del año 2020⁶⁹, siendo una de las justificaciones que ha invocado el Gobierno para extender la vigencia del EECCCP⁷⁰. Sin embargo, a la fecha no se ha entregado una justificación suficiente que respalde su idoneidad y necesidad, más allá del señalamiento genérico de que esta medida serviría para reducir los contagios. Los criterios para adoptar la decisión de establecerlo son

68 Ferrada, Juan Carlos, "La exclusión del control judicial de las medidas sanitarias a través del Recurso de Protección: ¿una vuelta a la 'doctrina del acto político'?", en Rojas, Christian, Ferrada, Juan Carlos y Méndez, Pablo (coords.), *Derecho público y emergencia. Respuestas ante el COVID-19*, (Thomson Reuters), 2021, pp. 316-317.

69 Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 202, 22 de marzo de 2020.

70 T13.cl, Presidente Piñera anuncia la extensión del Estado de Catástrofe que vence el 13 de marzo, 1 de marzo de 2021.

desconocidos, y hasta el 8 de julio de 2021⁷¹ no se había fijado parámetro alguno para la determinación de su duración horaria.

Al revisarse la idoneidad y la necesidad del toque de queda para enfrentar la pandemia de COVID-19 es posible formular dos cuestionamientos, lo que se explica enseguida.

En primer lugar, la idoneidad de la medida no es concluyente. El Gobierno no ha divulgado antecedentes que permitan concluir cómo el toque de queda disminuye la tasa de contagios; tampoco ha entregado datos sobre la eficacia concreta de la medida durante su vigencia y por más de un año no se explicitaron los criterios para sus constantes modificaciones horarias⁷². No existe información para analizar la efectividad del toque de queda y, dado a que el mayor contacto de personas ocurre durante el día, el impacto puede ser mínimo⁷³. Un razonamiento concordante ha tenido la Corte Suprema: deambular por las vías públicas de noche en infracción al toque de queda, incluso acompañado, no es per se una actividad generadora de riesgo para la salud pública⁷⁴.

En segundo término, tampoco se ha justificado la necesidad de la medida. Como se indicó, el toque de queda implica la militarización de la zona en la que recae, siendo los encargados de fiscalizar su cumplimiento los funcionarios de las fuerzas armadas. Controlar militarmente a la población es una decisión más gravosa que hacerlo civilmente o bajo el régimen ordinario de policía. En este sentido, el Gobierno no ha entregado las razones que harían preferible el toque de queda, en el ejercicio de las facultades otorgadas por el EECCCP, en vez de una cuarentena o confinamiento nocturno, cuya fiscalización se encuentra a cargo de la autoridad sanitaria con auxilio de la fuerza pública, en línea con lo dispuesto en el Decreto N° 4 de 2020 de alerta sanitaria⁷⁵.

71 En ese sentido, véase: T13.cl, Gobierno anuncia cambios en toque de queda: serán dos horarios y variará por región, 8 de julio de 2021; 24horas.cl, Cambios al toque de queda: las 4 regiones que modificarían el horario desde este jueves, 12 de julio de 2021; y, Adnradio.cl, Cambio en el horario de toque de queda: ¿Qué le falta a la RM y a otras regiones del país para optar a esta medida?, 22 de julio de 2021.

72 Esas modificaciones constan en: Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 693, 21 de agosto de 2020; Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 934, 5 de noviembre de 2020; Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 1.106, 23 de diciembre de 2020; Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 167, 25 de febrero de 2021; Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 233, 13 de marzo de 2021; Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 317, 5 de abril de 2021; y, Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 481, 19 de mayo de 2021.

73 Adnradio.cl, Académico UC y efecto sanitario del toque de queda: “Yo diría que debe ser mínimo”, 2 de marzo de 2021.

74 Corte Suprema, Rol N° 125.436-2021, 25 de marzo de 2021, considerandos 10°-11°.

75 Decreto N° 4, artículo 3.7.

4.4. Las restricciones a la propiedad en realidad limitan la libertad de empresa

En el discurso público se ha sostenido que sólo la excepción constitucional posibilitaría la fijación de precios de ciertos bienes o servicios necesarios en el control de la pandemia. Lo anterior, apoyado en lo dispuesto por el artículo 43 inciso 3° de la Constitución, según el cual, el EECCCP permite al Presidente de la República “establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad”. Sin embargo, al revisarse las medidas que fijan los precios es posible detectar los defectos de este argumento.

En efecto, el precio es un elemento que, cuando se ejerce una actividad económica, forma parte de la libertad de empresa. Como lo ha explicado Agüero, una de las manifestaciones precisas de ese derecho consiste en “que el empresario tiene la facultad de elegir proveedores y clientes, fijando de consuno el precio de las transacciones”⁷⁶. Desde el punto de vista constitucional, el precio establecido en contratos que operan en un entorno donde el prestador de servicios o proveedor de bienes es un empresario, se halla protegido directamente por la libertad de empresa establecida en el artículo 19 numeral 21° de la Constitución y no, en cambio, por la propiedad. Así, como la prestación de servicios de toma de muestra y laboratorio en un examen PCR para detectar el COVID-19 es en Chile una actividad empresarial, la regulación de su precio es una intervención en el derecho a desarrollar una actividad económica lícita.

La libertad de empresa no es de aquellos derechos expresamente susceptibles de ser limitados de manera directa durante la vigencia del EECCCP y, por lo mismo, el artículo 43 inciso 3° de la Constitución no puede ser la disposición que funda la limitación del precio en ámbitos donde hay particulares que ejercen actividades económicas. Residualmente, pues, la única norma que queda en el sistema para sustentar la intervención es el artículo 36 del Código Sanitario, a menos, claro está, que se defienda un vacío normativo y la total antijuridicidad de la fijación de precios por parte del Ejecutivo.

Por cierto, cuando la Constitución autoriza las limitaciones a las libertades de locomoción, reunión y propiedad, indirectamente se restringen otros derechos que dependen de estos: si se limita el derecho de reunión, indirectamente se vulnera el derecho a ejercer un culto libremente. Sin embargo, esto no opera a la inversa: la Constitución no autoriza restringir un derecho indirectamente involucrado —lo que acontece con la propiedad al intervenir el precio— con tal de limitar un derecho que directa y específicamente protege

⁷⁶ Agüero, Francisco, “Informe en Derecho. Límites constitucionales a la fijación de precios de medicamentos”, 2018, p. 5, citando a De Juan.

una posición jurídica de su titular (el derecho a desarrollar una actividad económica una de cuyas expresiones es el precio de los bienes y servicios que el empresario ofrece).

Lo que se viene diciendo significa que el fundamento para limitar los precios de los bienes y servicios en el contexto de la pandemia no pudo ser el artículo 43 inciso 3° de la Constitución. Por lo mismo, la única cobertura con la que cuenta la autoridad sanitaria para lo anterior es el artículo 36 del Código Sanitario. Si esto es así, tampoco estaría justificada la excepción constitucional, puesto que sin ella se acometen limitaciones a la libertad de empresa. Conforme a este razonamiento, bastando con el régimen de normalidad para regular esa medida, el EECCCP podría considerarse desproporcionado porque se emplea la regulación más gravosa cuando existe un régimen menos invasivo disponible.

4.5. Las razones para las prórrogas en el Congreso puestas en cuestión

Cuando llegó el turno de solicitar al Congreso la aprobación de las prórrogas del EECCCP, el Ejecutivo declaró que sin la vigencia de este no se podría seguir ayudando económicamente a las personas afectadas por la pandemia. Además, el Presidente se refirió públicamente a la necesidad de la excepción para militarizar la Araucanía, contando con la colaboración de las fuerzas armadas por períodos más extensos de los que permite el Estado de sitio, cuya duración es solo de 15 días⁷⁷⁻⁷⁸. Por último, para justificar la segunda solicitud de renovación, agregó que sin ella no se podrían cerrar las fronteras, lo que fue reiterado por el Ministro de Salud⁷⁹. Estas razones se evaluarán a continuación.

En primer lugar, es necesario señalar que no se requiere la vigencia del EECCCP para proveer ayudas económicas a la población durante la pandemia de COVID-19, ya que estas han sido establecidas por ley: los Ingresos Familiares, focalizados y universales, tienen como fuente las leyes N° 21.230, 21.243, 21.251 y 21.352, mientras que los bonos COVID, dirigidos a la reactivación económica, se encuentran regulados, por ejemplo, en las leyes N° 21.323 y

77 En ese sentido, véase: 24horas.cl, Presidente Piñera afirma que “vamos a extender el Estado de Catástrofe que termina el 13 de marzo”, 1 de marzo de 2021; Radio.uchile.cl, Presidente Piñera anuncia que solicitará extender estado de Catástrofe por otros 90 días, 1 de marzo de 2021; y, *La Tercera*, ¿Prorrogar o no? Las dudas que levanta en el gobierno una nueva renovación del estado de excepción, 13 de mayo de 2021, página 9.

78 *La Tercera*, ¿Prorrogar o no? Las dudas que levanta en el gobierno una nueva renovación del estado de excepción, 13 de mayo de 2021, página 9.

79 *El Mostrador*, Ministerio de Salud confirma primer caso de la variante delta del Covid-19 en Chile, 24 de junio de 2021.

21.354. En lo que respecta a su origen, estas normas fueron iniciativas del Presidente de la República en uso de las facultades constitucionales ordinarias⁸⁰. Así, argumentar que estos beneficios requieren la vigencia de un estado de excepción, debido a que su texto condiciona su aplicación al mismo, es un argumento incorrecto que solo tiene como origen un problema de técnica legislativa: se vincularon las ayudas a la subsistencia del EECCCP, algo que no es una imposición del ordenamiento jurídico nacional, por lo cual pudieron existir otras opciones regulatorias. Lo anterior no aplica solo para las leyes que conceden ayudas económicas, sino que para todas aquellas que han sido dictadas con el propósito de enfrentar la crisis sanitaria desde su origen. Así, una modificación general a la condición de aplicación de esas leyes desvanecería la necesidad del EECCCP: bastaría con vincularlas a la existencia y duración de la crisis sanitaria producida por la pandemia de COVID-19.

En segundo lugar, la militarización de la Araucanía no puede servir de fundamento legítimo para mantener la vigencia del EECCCP, de lo contrario, habría una desviación del fin de los actos dictados con ese propósito. Como se dijo, son las afirmaciones del Presidente de la República aquellas que propusieron esta justificación, planteamiento que es problemático porque, tal como consta en el Decreto N° 104 y en sus prórrogas, la excepción se estableció con la finalidad específica de enfrentar la crisis sanitaria y no con el objetivo de resolver los conflictos de la zona sur del país. En ese sentido, si se establecen medidas para militarizar la Araucanía, desprovistas de una finalidad netamente sanitaria, podría existir una desviación de poder, toda vez que se están ejerciendo atribuciones para una finalidad distinta del interés público que motivó el establecimiento del estatuto que faculta su imposición, lo que constituye un vicio de legalidad en el acto administrativo y, por tanto, la nulidad de la decisión⁸¹. Bajo este supuesto, habría un Estado de sitio encubierto, es decir, inconstitucional.

En tercer lugar, contrariamente a lo señalado por el Ministro de Salud, para cerrar las fronteras no se necesita la mantención del EECCCP. Con anterioridad a que este se declarara, ya se había restringido el acceso a extranjeros sin residencia regular al país⁸², lo que se pudo hacer porque en el ordenamiento jurídico nacional existen normas que permiten restringir el desplazamiento

80 Artículos 32 N° 1 y 65 de la Constitución Política de la República.

81 Valdivia, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo*, (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 220 y 240.

82 Subsecretaría del Interior, Decreto N° 102, de 17 de marzo de 2020.

interfronterizo sin que se encuentre en vigencia un régimen de excepción. Al respecto, el artículo 3º, inciso 2, del DL 1094 permite que los lugares habilitados para ingresar y salir del territorio nacional puedan ser cerrados de manera temporal o indefinida cuando concurren circunstancias que aconsejen estas determinaciones⁸³. Asimismo, el artículo 57 del Código Sanitario dispone que, “cuando el país está amenazado o invadido por peste, cólera, fiebre amarilla, viruela, tifo exantemático o cualquiera otra enfermedad transmisible, el Servicio Nacional de Salud deberá establecer medidas adecuadas para impedir la transmisión internacional de dichas enfermedades, ya sea que éstas puedan propagarse por medio de pasajeros y tripulación, cargamento, buques, aviones, trenes y vehículos de carreteras, así como por mosquitos, piojos, ratas u otros agentes transmisores de enfermedades”. Entre esas “medidas adecuadas” se halla la prohibición de embarque o desembarque de pasajeros, tripulación y carga⁸⁴.

5. Síntesis y recomendaciones para la nueva Constitución

Sobre la base de todo lo señalado en este artículo es ya posible formular una síntesis. El EECCCP declarado para enfrentar la crisis sanitaria producida por la pandemia de COVID-19 debe satisfacer el principio de proporcionalidad, lo cual implica que no deben existir opciones regulatorias menos gravosas para resolver la situación que motiva su dictación. Asimismo, la excepción ha de ser idónea y producir mayores beneficios que costos. Lo propio debe suceder con las medidas específicas adoptadas durante el régimen de excepción.

Habiéndose analizado el EECCCP y las providencias tomadas en su contexto para aplacar la pandemia se puede concluir que: (i) tanto las restricciones a la libertad ambulatoria —incluyendo el cierre de fronteras—, como las fijaciones de precios y limitaciones a la libertad económica, no requieren de la declaración del EECCCP, ya que se fundan en facultades legales; (ii) las ayudas económicas se han conferido a través de leyes, no siendo indispensable la excepción para su dictación; y (iii) no se ha justificado la idoneidad ni necesidad del toque de queda como medida para enfrentar el COVID-19. Lo anterior implica que el EECCCP puede cuestionarse por su falta de idoneidad y necesidad, esto es, por su desproporción, situación que trae como consecuencia un posible vicio de justificación en su dictación y mantención.

83 Facultad que también se encuentra consagrada por la nueva Ley de Extranjería y Migraciones, N° 21.325, en su artículo 25º, inciso 2º.

84 Artículo 57, inciso final, del Código Sanitario.

La excepción tampoco cumple con el requisito de transitoriedad, y ha habido a su respecto un discurso gubernamental que bien podría calificarse como un intento de desviación del fin del EECCCP para transformarlo en un estado de sitio encubierto en la Región de la Araucanía.

Junto a lo anterior, la desproporción del EECCCP es preocupante porque, desde el punto de vista de la adhesión ciudadana a la regulación empleada para controlar la pandemia, no tiene sentido haber usado las herramientas más incisivas del sistema —militarización inclusive— desde el inicio, puesto que, como es natural, se produce un desgaste de aquellas y cuando esto ha ocurrido, ya no es posible escalar en la severidad de las medidas porque no hay más. En tal sentido, la estrategia de usar como *prima ratio* la excepción constitucional sabotea el objetivo mismo de controlar la pandemia y constituye, pues, una política inadecuada.

Para terminar, es conveniente que exista una nueva regulación de los estados de excepción en la futura Constitución. En lo que toca a este texto, se hace necesario separar la militarización de las zonas afectadas del estado de catástrofe por calamidad pública, estatuyendo un modelo de administración civil de este régimen extraordinario⁸⁵, acudiendo solo optativamente a los institutos armados. Concordantemente, según lo han dicho Contreras y Salazar, la preeminencia en estas materias ha de estar radicada en las autoridades democráticamente elegidas⁸⁶. Acaso sea recomendable, también, una regulación más clara de la calamidad pública que permita, sin ambigüedades, a la administración del Estado hacerse cargo de los problemas que se producen en una situación tal, para lo cual debe disponer de medidas extraordinarias que directamente tengan por objeto asegurar el bienestar de la población, incluyendo transferencias de recursos. Por cierto, esto exige como contrapartida mayores controles sobre las decisiones del Ejecutivo en la materia. A este respecto, podría resultar apropiado tener un mecanismo de control desde el Congreso que no implique, como sucede en la actualidad, solo aprobar o rechazar la extensión de la excepción luego de que ha transcurrido el tiempo máximo para su vigencia.

85 Soto, Pablo, “Estado de catástrofe: Un modelo, de excepción constitucional agotado”, en *Latercera.com*, 20 de marzo de 2020.

86 Contreras, Pablo y Salazar, Sebastián, “Desconstitucionalizar para democratizar: Las Fuerzas Armadas y las Policías en la Nueva Constitución”, en *Política*, Vol. 58, N° 1, (Universidad de Chile), 2020, p. 24.

CUANDO EL ESTADO ABDICA DE ACTUAR COMO TAL. LA REQUISICIÓN ADMINISTRATIVA Y EL CASO “ESPACIO RIESCO”¹

*Flavio Quezada Rodríguez*²

Resumen

En el presente trabajo se realiza un análisis crítico de las decisiones administrativas del caso “Espacio Riesco”, en el cual un centro de eventos fue transformado en un establecimiento hospitalario de emergencia en el contexto de la epidemia de COVID-19. Así, se expone con cierto detalle su cronología jurídica; luego se explica que la vía optada por la autoridad -contratación administrativa mediante trato directo- habría sido menos beneficiosa para los intereses generales que la vía de excepción consistente en una requisición. Por último, se avanzan algunas reflexiones finales a raíz del caso analizado.

1. Introducción

La epidemia del COVID-19 ha significado importantes desafíos para los Estados, los cuales han debido recurrir a mecanismos inusuales en contextos de normalidad. Las medidas adoptadas han abierto un vivo debate en los países, en especial entre los juristas, pues han significado intensas restricciones a las libertades y derechos de las personas, así como la implementación de una legalidad sin precedentes. En Chile no ha sido distinto. Seminarios, jornadas y diversas publicaciones dan cuenta de ello. El presente trabajo pretende detenerse en un caso que resulta interesante para el derecho público chileno, tanto por lo que ahí se hizo como, especialmente, lo que se dejó de hacer: el llamado caso “Espacio Riesco”.

¹ Algunas de las ideas de este trabajo fueron adelantadas en una columna de opinión publicada en coautoría con Matías Guiloff: Ciperchile.cl, Cuando el Estado opta por no actuar como tal: el arriendo del Espacio Riesco, 26 de marzo de 2020.

² Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Valparaíso.

La genealogía de este caso se remonta, a lo menos, dos días antes de la primera declaración de estado de excepción constitucional. En efecto, el 18 de marzo de 2020, a través del decreto supremo n° 104, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el Presidente de la República declaró el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en todo el territorio nacional y por un término de 90 días. La calamidad sería la pandemia del coronavirus. Dos días antes, el Ministro de Salud de la época anunciaba lo siguiente: “Hemos cerrado hoy día un arriendo muy barato con un lugar de eventos de Santiago muy importante para alojar a más de 3 mil personas, de manera que estamos en la capacidad adecuada para soportar escenarios más complejos”³. Así, se anunciaba la transformación del centro de eventos denominado “Espacio Riesco” en un recinto médico de emergencia. Meses después se hizo público que el acuerdo anunciado por la autoridad se formalizó mediante la suscripción de dos contratos, uno de arriendo y otro de prestación de servicios, el primero con fecha 25 de marzo de 2020 y el segundo el 1° de abril del mismo año.

Luego del anuncio público se abrió un vivo debate, puesto que no se justificó claramente ante la ciudadanía la necesidad de ocupar dicho espacio ni de proceder de la forma en la cual se hizo. Posteriormente la Contraloría formuló diversos reparos de legalidad. Uno de los puntos del debate estuvo en las razones para actuar mediante la legalidad normal y no utilizar los instrumentos jurídicos que habilita la declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe. En otros términos, ¿por qué el gobierno decidió proceder a un arrendamiento y abdicó de ejercer el poder público de excepción en resguardo de los intereses generales? En lo que sigue, se procederá a una reflexión en tres tiempos: primero, realizando una breve cronología jurídica del caso; luego explicando las ventajas que habría tenido proceder mediante una medida de excepción -la requisición-; para finalizar con algunas ideas que es posible avanzar de lo previamente desarrollado.

2. Breve cronología jurídica del caso “Espacio Riesco”.

Como se señaló previamente, el 18 de marzo de 2020 el Presidente de la República declaró el estado de excepción constitucional por calamidad pública. Por otro lado, previamente, el 8 de febrero del mismo año, el Ministro de Salud ya había dictado el decreto supremo n° 4, por el cual se declaró alerta sanitaria y otorgó facultades extraordinarias de las establecidas en el artículo

3 Elmostrador.cl, Gobierno arrendó un centro de eventos para atender a 3 mil afectados por coronavirus, 17 de marzo de 2020.

36 del Código Sanitario. Entre aquellas, en el numeral 2 del artículo 2 bis, se le otorgó a la Subsecretaría de Redes Asistenciales la de disponer lo siguiente:

“Efectuar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para el manejo de esta urgencia, la cual, de acuerdo a lo establecido en el artículo 8° letra c) de la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios, quedará liberada de los procedimientos de licitación, sin perjuicio de su publicación posterior en el portal www.mercadopublico.cl.”

Es decir, se le permitió contratar vía trato directo la adquisición de bienes y servicios. En el derecho chileno, la formación de los contratos administrativos requiere un conjunto de condiciones formales más o menos exigentes, lo cual se sintetiza en el artículo 9° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Ahí se impone como regla general la necesidad de una “propuesta pública” o licitación pública, salvo que proceda algún supuesto expreso que permita la licitación privada o el trato directo. Si bien las dos primeras hipótesis son más robustas en garantías destinadas a asegurar la concreción del interés general, tienen por contrapartida que resultan más lentas, lo cual obsta a la celeridad pública que exige una situación de emergencia. En efecto, la licitación pública “...es un procedimiento concursal abierto, en que se convoca a participar con sus ofertas a quienes se interesen por proporcionar a la Administración los bienes o servicios que requiere”⁴; mientras que en la licitación privada “...la Administración selecciona a las personas que le parecen más idóneas para realizar la prestación que le interesa y a ellos dirige su proposición, señalando las bases administrativas que especifican el servicio u obra de que se trate y que contienen la normativa que habrá de regir la ejecución del contrato”⁵. Como puede verse, ambas modalidades requieren desplegar un procedimiento (la licitación o concurso) que dilataría la acción pública de forma importante.

El numeral 31 del artículo 2 del reglamento de la ley 19.886 establece una definición de trato directo, entendiendo por tal el “[p]rocedimiento de contratación que por la naturaleza de la negociación debe efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la Licitación o Propuesta Pública y

4 Cordero, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2° edición corregida, (Legal Publishing Chile), 2015, p. 429.

5 Nota N° 4.

para la Privada”; en otros términos, “...consiste en un acuerdo de voluntades que la Administración celebra con un co-contratante libremente elegido para obtener de él los bienes o servicios que necesita [...]”⁶. Se trata de un sistema excepcional que solo procede si no ha sido posible licitar⁷. Esta flexibilidad y celeridad del trato directo justifica que se utilice para situaciones excepcionales, pero, como contrapartida, eleva el riesgo de actuación contraria al ordenamiento jurídico y, en especial, de contravenciones al principio de probidad. De conformidad a la habilitación de la alerta sanitaria, el gobierno suscribió dos contratos por esta vía: (i) la resolución exenta n° 265, de 2020, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, que autorizó la modalidad de trato directo y aprobó el contrato de arrendamiento del denominado “Espacio Riesco”; y (ii) la resolución n° 13, de 2020, del Servicio de Salud Metropolitano Norte, autorizando un contrato de prestación del servicio “integral de provisión de espacios, instalaciones y servicios de apoyo” para el funcionamiento del “Centro Hospitalario Huechuraba”. Este último es el establecimiento hospitalario en el que se convirtió el centro de eventos.

Una vez anunciada públicamente esta contratación, pero antes de la suscripción de los respectivos convenios, el 5 de mayo de 2020, a raíz de una solicitud presentada por la H. Diputada Claudia Mix *et al*, la Contraloría emitió un dictamen en el cual no identificó ilegalidades concretas. Sin embargo, en dicho acto ordenó que le fuesen remitidos “a la brevedad” los contratos respectivos, como también el “acto administrativo que lo apruebe y los antecedentes que le sirvan de fundamento”⁸.

Varias ilegalidades -bastante graves- fueron establecidas con posterioridad, respecto del segundo contrato por parte de la Contraloría General de la República⁹: (i) el precio pactado no estaría debidamente justificado pues incluiría prestaciones ya comprendidas entre las obligaciones propias del primer contrato (el arriendo); (ii) tampoco se aportaron antecedentes que sustenten los valores que se asignaban a las distintas prestaciones, que diesen cuenta que se enmarcaban dentro de los precios que regularmente se pagan en el mercado, a fin de acreditar la aplicación de los principios de “eficiencia, eficacia y economía que rigen a los órganos de la Administración del Estado, conforme a

6 Nota N° 4.

7 Nota N° 4, p. 430.

8 Dictamen N° 4798, de 2020.

9 Resolución N° E17.562, de 2020, dictada por la Contraloría Regional Metropolitana de Santiago.

los artículos 3° y 5° de la ley N° 18.575”; (iii) se fijaba una cláusula de prórroga automática, contraviniendo la prohibición expresa que se dispone en el artículo 12 del decreto n° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento de la ley n° 19.886; (iv) no se disponían plazos para otorgar ciertas prestaciones, lo que impediría identificar eventuales incumplimientos de la empresa contratante, infringiendo el numeral 5° del artículo 22 y el artículo 52 del mismo reglamento señalado en el número anterior; (v) solo se detallaban algunas conductas para sancionar incumplimientos contractuales, sin prever una cláusula general al efecto; y, finalmente, (vi) se objetó que, a pesar que el contrato se suscribió el 1° de abril de 2020 el respectivo acto aprobatorio recién fue emitido el 17 de junio de ese año.

Ante estos serios reproches de legalidad, el Servicio de Salud Metropolitano Norte dictó una nueva resolución, la número 2 de 2021, en la cual autorizó, aprobó y regularizó el contrato objetado. Aquella fue tomada de razón por la Contraloría, aunque se efectuó con un alcance que, en rigor, trata de una objeción de legalidad bastante grave y no resuelta. En efecto, el ente contralor reparó¹⁰ que, aunque en esta oportunidad el servicio de salud adjuntó dos cotizaciones adicionales para intentar demostrar que el precio acordado resultaba conveniente pues se ajustaría a los precios de mercado, aquellas fueron elaboradas seis meses después de suscrito el contrato. Así, tal como señala la Contraloría, “...se colige que la autoridad de salud no adoptó oportunamente las medidas tendientes a cautelar el cabal cumplimiento de los principios de eficiencia, eficacia y economicidad que rigen su actuar”.

Tanto los reparos efectuados desde la opinión pública, como aquellos de índole jurídica explicados previamente, gatillaron también otros mecanismos de control. Uno de tipo político por parte de la Cámara de Diputados, que aprobó una comisión investigadora, y dos de índole jurídica por parte de la Contraloría, que incoó auditorías y cuyos resultados aún no son públicos. Por su parte, la comisión de la Cámara elaboró un informe emitido el 15 de diciembre de 2020, el cual luego fue aprobado por la sala el 21 de enero de 2021. En dicho mecanismo de control se contienen diversos testimonios de funcionarios y autoridades, ahondándose en los reproches de legalidad que previamente identificó la Contraloría y concluyendo la necesidad de instruir sumarios e investigaciones sumarias en el Ministerio de Salud, la Subsecretaría de Redes Asistenciales y el Servicio de Salud Metropolitano Norte.

10 Resolución N° E84472, de 2021, dictada por la Contraloría Regional Metropolitana de Santiago.

Finalmente, no deja de ser curioso que el trato directo se considere como “extraordinario” -para usar la nomenclatura del Código Sanitario-; puesto que, en realidad, se ejerció una atribución que ya se encuadraba en la legalidad “habitual” o “normal”, de conformidad a su habilitación en casos de “emergencias” y “urgencias” que dispone el literal c) del artículo 8° de la ley n° 19.886, lo cual se replica en el numeral 3 del artículo 10 del reglamento de dicha ley, tal como el propio decreto de alerta sanitaria señala. Con todo, tal como se sigue de lo anteriormente expuesto, la autoridad administrativa determinó proceder mediante la aplicación de normas que solo invocaban la legalidad normal, es decir, sin encontrar su fundamento en la declaración de excepción constitucional. Aunque se trata de contratación administrativa y, por lo mismo, derogatoria del derecho privado, la autoridad se encontraba habilitada para intervenir mediante prerrogativas exclusivas y caracterizadoras de la estatalidad moderna. Otra vía era posible, el Estado podía haberse comportado de la forma en que solo él puede hacerlo, pero no lo hizo. El Estado abdicó de actuar como tal.

3. Otra vía era posible: requisiciones de excepción constitucional

El problema del tránsito entre la legalidad de “excepción” y la legalidad “normal” ha cruzado el pensamiento teórico político occidental desde la antigüedad. Se trata de un tópico complejo, pues precisamente pareciera plantear una paradoja al intentar limitar el poder político en momentos en que muestra precisamente desnudo o bruto. Se trata, en definitiva, del problema de los límites del fenómeno jurídico en sí, de su frontera con el “no-derecho”. Chile cuenta con normas constitucionales sobre estados de excepción que, aunque fueron reformadas en democracia, aún requieren adecuarse a los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Un problema no menor está en que la ley orgánica respectiva no ha sido adecuada a la reforma del texto constitucional, lo cual ha generado discusiones políticas relevantes sobre la titularidad de ciertas atribuciones de excepción.

A raíz de la epidemia, el gobierno optó por decretar el estado de catástrofe, el cual es un estado de excepción constitucional que se establece para el caso de una calamidad pública, entendiéndose por aquella las situaciones, de causas humanas o naturales, de una magnitud tal que generen un grave daño al normal desarrollo del quehacer democrático, afectando significativamente a los habitantes del territorio nacional o una parte de él. Así, los hechos que motiven esta declaración pueden ser variados y de amplio alcance, como sismos, inundaciones, sequías, epidemias, contaminaciones por elementos químicos,

biológicos o bacteriológicos, el envenenamiento del agua que sirve a la población, entre otras situaciones¹¹.

Es declarado por el Presidente de la República determinando la zona afectada por la anormalidad, teniendo una duración máxima de 90 días, la cual es prorrogable si subsisten las circunstancias que lo motivan. Como contrapeso, el Presidente está obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas que adopte en virtud de este estado de excepción constitucional; pudiendo ponerle término a la declaración, transcurridos 180 días desde su inicio, si las razones que la motivaron dejasen de justificarlo. Por otra parte, el Presidente de la República necesitará el acuerdo del Congreso Nacional para declararlo por un período superior a un año.

Una vez declarado, las zonas respectivas quedan bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional designado por el Presidente. Esta declaración habilita al último a restringir las libertades de locomoción y de reunión. Puede, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

Los tribunales de justicia no pueden calificar los fundamentos de la declaración de excepción ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretarlos, es decir, dado que el control procede respecto de todos los restantes aspectos, podrán controlar la existencia de los hechos constitutivos de la causal, como las medidas particulares que afecten derechos constitucionales. En efecto, respecto a esto último se establece expresamente que las personas afectadas podrán siempre recurrir ante las autoridades judiciales, a través de las acciones que correspondan, con el objeto de obtener tutela de sus derechos y hacer efectivas las responsabilidades que correspondan, sean civiles, penales, administrativas de las autoridades. Es importante precisar que en esto último el control judicial rige de conformidad a las reglas de la normalidad constitucional, puesto que no se establece ninguna restricción a este respecto.

Pues bien, como se señaló, la declaración de este estado de excepción habilita, entonces, al Presidente de la República para restringir, entre otros derechos, la propiedad privada, ya sea limitando su ejercicio, disponiendo

11 En lo sucesivo se sigue la síntesis de esta materia en: García, Gonzalo y Contreras, Pablo, *Diccionario Constitucional Chileno*, (Cuadernos del Tribunal Constitucional), 2014, pp. 437-439. Un desarrollo sobre los estados de excepción constitucional en: Quezada, Flavio, "Los estados de excepción constitucional", en Por todos, Lorca, Rocio, *La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una Nueva Constitución*, (La Pollera), 2020, pp. 297-315.

requisiciones de bienes y adoptando todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad, según se sigue del inciso 3° del artículo 43 de la Constitución y la legislación orgánica en la materia. Aquellas acciones pueden conllevar una compensación, pero, en todo caso, resulta siempre posterior a la ocupación del inmueble y, salvo acuerdo entre las partes, previa declaración judicial.

De este modo, el gobierno podría haber requisado el “Espacio Riesco”, es decir, privar a su dueño temporalmente del uso y goce del inmueble y los bienes que guarnecen¹², por cuanto fuese necesario de conformidad a la duración de la catástrofe que justificó la declaración de excepción. En el derecho administrativo chileno hace falta un desarrollo doctrinal acabado de la requisición, como institución jurídica, tanto por razones prácticas, como disciplinares. Tal como lo señaló en su oportunidad Eduardo Aldunate, “[l]a sistemática de limitación y expropiación no queda completa sin una mirada a otras figuras privativas de propiedad, como la requisición y la confiscación”¹³. Con todo, en nuestro caso, al igual que en el derecho administrativo español¹⁴ o mexicano¹⁵, se le ha estudiado junto a la expropiación¹⁶; a diferencia del caso francés en el cual, aunque también se le conoce como una forma de ocupación temporal de bienes, goza de una especial actualidad como deber coactivo de una persona, física o jurídica, de prestar determinados servicios para la satisfacción de necesidades excepcionales y temporales, en especial, en su versión de concreción del principio del principio de continuidad de los servicios públicos en ciertas hipótesis¹⁷. Esta institución tendría antecedentes relativamente antiguos en el

12 Jiménez, Fernando, “Régimen jurídico del Estado de Catástrofe”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XVIII, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 1997, p. 311

13 Aldunate, Eduardo, “Limitación y expropiación: Scyllia y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad” en Revista Chilena de Derecho, vol. 33, N°2, (Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile), 2006, p. 300.

14 Escribano, Pedro, “Ocupación temporal”, en Revista de Administración Pública, N° 106, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1985, pp. 57-96. Sánchez, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, 16° edición, (Tecnos), 2020, p. 779.

15 Nava, Alfonso, “La requisición administrativa”, en Revista de Estudios de Derecho. Justicia Administrativa en México e Iberoamérica, N° 1, 2001, p. 429-445.

16 Cristina Durán, La requisición de la industria durante la Unidad Popular en relación a un concepto republicano de propiedad, Memoria de Grado para Optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2014.

17 Guglielmi, Guilles, Koubi, Geneviève y Long, Martine, *Droit du service public*, 4° Edición, (LGDJ), 2016, p. 312 a 315. Blich, Gregory, “De la grève comme d’un conflit civil: l’évolution du pouvoir de réquisition des grévistes en droit administratif”, en RFDA, Sept-Oct, 2017, p. 958-971. La obra clásica en esta materia es Ducos-Ader, Robert, *Le droit de réquisition*, thèse Bordeaux, (LGDJ), 1955.

derecho moderno, para casos de conflictos bélicos, extendiéndose en el derecho positivo para hipótesis de catástrofes o calamidades, tales como epidemias.

Considerando el derecho chileno vigente, la requisición presenta similitudes y diferencias importantes con la expropiación, y se justifica su estudio conjunto y comparativo¹⁸, puesto que ambas proceden respecto de bienes apropiables privadamente, no conociéndose entre nosotros la hipótesis francesa de requisición personal de servicios. Así, en primer lugar, se asemejan en que ambas instituciones se materializan mediante el ejercicio de potestades ablativas de la propiedad privada en tanto derecho constitucional, es decir, en ambos casos existe privación de alguno de sus atributos y aquello es, precisamente, la finalidad de la acción pública. Así, ambas tienen una finalidad ablativa.

En segundo lugar, tanto la requisición como la expropiación son instituciones propias del derecho público, evidenciándose en ellas el carácter exorbitante del derecho administrativo respecto del derecho común. En ambos casos se trata de transferencias coactivas, que se imponen sin importar la voluntad del dueño y que únicamente pueden ser realizadas por un órgano público mediando la respectiva habilitación legislativa.

Aunque tienen semejanzas relevantes, sus diferencias no son menores. Mientras la expropiación es definitiva¹⁹, la requisición es temporal. Si bien en otros ordenamientos dicha temporalidad puede deberse a diversas hipótesis, en el caso que se analiza en este trabajo la requisición lo es al estar asociada a la situación anormal que habilitó el ejercicio del poder propio del estado excepción constitucional.

En nuestro ordenamiento jurídico, el detalle del régimen jurídico de la requisición se encuentra en los artículos 17 a 21 de la Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción. En dichas normas se establece que, de disponerse requisiciones de bienes, habrá lugar a la indemnización de perjuicios contra del Fisco, sin que la interposición suspenda, en caso alguno, la adopción de la medida (artículo 17). Se trata de un acto administrativo presidencial, por lo cual ha de adoptar la forma de un decreto supremo, a menos que la facultad hubiese sido delegada.

Los funcionarios que materialicen la respectiva requisición deben levantar un inventario detallado de los bienes concernidos, dejando constancia del

18 Un análisis más detallado del régimen constitucional de la expropiación en: Flavio Quezada, "Bases constitucionales de la expropiación" en: Henríquez, Miriam y Rajevic, Enrique, *Derecho de Propiedad: enfoques de derecho público*, (Ediciones DER), 2018, pp. 87-122.

19 Salvo cierta discusión marginal respecto a la denominada reversión.

estado en el cual se encuentran. El inventario debe entregarse dentro de las cuarenta y ocho horas de dicha materialización, a quien tuviese el o los bienes en su poder en ese momento (artículo 18). Es decir, no se exige que sea necesariamente el dueño, sino que basta la entrega a la persona que estuviese físicamente en el lugar de realización de la requisición, pues lo central sería facilitar la acción pública.

Respecto a esta indemnización, es importante precisar que solo resulta exigible si se causa cierto tipo de daño bastante específico, pues no se indemnizan todos. Así, en este caso, cuando las circunstancias lo exigen, el Estado puede ocupar bienes y compensará solo aquellos daños que sean de índole patrimonial, efectivos y directos, así se sigue de las disposiciones legales y constitucionales aplicables. Efectivamente, cuando a un dueño se le priva del uso y goce de un bien, es decir, usando la nomenclatura del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución, cuando se le priva de sus “facultades esenciales” se debe indemnizar el “daño patrimonial efectivamente causado”. Este estándar se justifica pues no sería razonable que bajo la excepción constitucional se le otorgue al propietario afectado un tratamiento más favorable que el previsto para la normalidad constitucional.

Luego, la ley orgánica respectiva adiciona a la exigencia anterior que los daños sean directos para ser indemnizables, es decir, que exista un vínculo de causalidad no meramente naturalístico, sino de índole propiamente jurídico. Así, los daños indemnizables deben ser razonablemente imputados a la acción pública, considerando el contexto de anormalidad que, como acontece en una pandemia, impone a todos los individuos diversas mermas, sacrificios y cargas que pueden tener repercusión en expectativas económicas. En suma, se excluyen los daños probables o eventuales, es decir, lo que probablemente habría dejado de ganar el dueño; como también aquellos denominados “morales”, vinculados a la apreciación subjetiva o sentimental del dueño. Que el dueño deba asumir algunos de estos daños se justifica en el carácter social de la institución de la propiedad privada, del que se sigue que esta también debe servir al bienestar de la comunidad, pues es aquella la que, en definitiva, la configura²⁰. Esta aproximación ha sido acogida por la práctica constitucional chilena y resulta razonable²¹.

20 Crétois, Pierre, *La part commune. Critique de la propriété privée*, (Éditions Amsterdam), 2020.

21 Ferrada, Juan Carlos, “El derecho de propiedad privada en la Constitución Política de 1980” en: Bassa, Jaime, Ferrada, Juan Carlos y Viera, Christian, *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, (Editorial LOM), 2015, pp. 161-184.

Por otro lado, y con el propósito de establecer un adecuado reparto de cargas y beneficios entre el Estado y el privado afectado por la medida, la ley dispone que los gastos asociados a la conservación y aprovechamiento del bien le corresponden al Fisco (artículo 21), para este caso, aquellos destinados a evitar el deterioro del establecimiento como los que habrían permitido destinarlo a prestaciones médicas. Esto es de suma relevancia ya que pone de cargo del Estado todos los desembolsos que sean necesarios para que el bien pueda volver a ser utilizado para aquello que lo venía siendo hasta antes de la requisición.

Además de lo previamente expuesto, existen consideraciones adicionales que permiten afirmar que la ocupación del “Espacio Riesco”, ejerciendo las atribuciones que otorga el régimen de excepción constitucional, habría sido más beneficiosa para la sociedad que un arriendo mediante trato directo y en normalidad constitucional:

En primer lugar, mientras el arriendo a través de trato directo requiere que la autoridad acuerde todas y cada una de las condiciones como si fuera un particular más frente al dueño, las potestades previstas para la excepción constitucional permiten que el poder público imponga las condiciones que exija la necesidad social. Esto asegura que prime siempre el interés colectivo en el que la creación del respectivo régimen de propiedad privada se fundamenta.

Segundo, mientras el arriendo impone comenzar a pagar según lo dispuesto en el contrato, la requisición permite que aquello acontezca después de la decisión de un juez, es decir, mientras que el alquiler exige gasto público a la brevedad, la ocupación directa posterga el pago -a menos que haya acuerdo-. Esto no es menor, pues el costo de oportunidad social de los recursos es muchísimo mayor en un contexto de catástrofe (epidemia) que en uno de normalidad. El dinero que se debería destinar al pago del arriendo puede ser usado para otras exigencias del interés colectivo (como comprar más camas o invertir en procesos que permitan un mejor seguimiento de la expansión del virus), pudiendo postergarse el pago por la ocupación para cuando la excepción constitucional hubiese pasado. Esta consideración resulta más relevante si se tiene presente que la declaración de excepción constitucional fue prorrogada varias veces.

Tercero, mientras que un contrato de arrendamiento -que no infrinja el principio de probidad- muy probablemente establecerá una renta cercana al “precio de mercado”, la requisición permite que se compense mucho menos que aquello. En efecto, piénsese ¿qué daño patrimonialmente efectivo, de carácter directo, sufre un dueño de un centro de eventos, por no poder usarlo

en el contexto de una epidemia que impide las aglomeraciones? Difícilmente podría haberlo destinado para albergar eventos y, seguramente, habría estado cerrado durante la pandemia. Y no solo eso, el dueño además deja de gastar en la conservación de su propiedad, que ahora la financiará el fisco. Así, no es descabellado pensar que el monto de la indemnización puede ser bastante pequeño, incluso cercano a cero.

En suma, un arriendo pareciera ser mucho más gravoso para el erario público, sea porque se paga mucho más, sea porque se tiene que comenzar a pagar pronto. No existe duda alguna que el Estado puede ocupar este centro de eventos en ejercicio de sus potestades, lo que beneficia en mayor medida el interés general que la alternativa de recurrir a un contrato. Sin embargo, y no obstante ello, el Estado opta por utilizar esta última vía, decisión que, en estas circunstancias, resulta altamente beneficioso para su contraparte. Lo anterior lleva legítimamente a preguntarse, ¿por qué ayudar al titular de esta propiedad y no a otro?

4. Reflexiones finales

La “excepción”, lo “extraordinario”, la “anormalidad” y la “emergencia” son especialmente interesantes y claves para pensar un régimen democrático y el resguardo de los derechos de las personas, puesto que en la historia reciente de Latinoamérica -y en Chile no es distinto- muchas veces quienes dirigen el orden establecido han ocupado estos mecanismos para mantenerse en su posición o, incluso, para asentarla ante procesos democratizadores impulsados por la movilización social. Es decir, el riesgo de su instrumentalización para impedir avances democráticos estará siempre presente; por ello, lo relevante será pensar en mecanismos de contrapeso a los poderes excepcionales y, en especial, su control, tanto político, ciudadano como jurídico.

Sin embargo, en este caso se evidencia algo distinto, una abdicación de esos poderes, lo cual pareciera mostrar que en el momento mismo de determinación de la existencia de lo “excepcional” no se procede de igual manera ante actividades económicas relevantes que ante los individuos como ciudadanos. Por cierto, la severidad de las restricciones que ha obligado a adoptar la pandemia ha llegado a todos. No está ahí lo problemático, sino en el grado de aquella; es decir, para algunos la severidad de la legalidad de excepción es mayor que para otros. ¿Por qué es así? ¿Por qué ante este centro de eventos se adopta un camino que pareciera ser mucho más beneficioso para el particular, sin justificarse del todo en la utilidad colectiva obtenida?

Por cierto, es un tema polémico, pero ineludible, determinar qué restricciones o afectaciones al derecho propiedad privada resultan aceptables o no en contextos de excepción. Este caso podría servir para asentar una directriz: debería asegurarse que siempre prime el interés general, sea permitiéndose adoptar medidas eficaces de restricción o privación, sea consagrando intervenciones potentes para disciplinar los poderes privados y encausarlos hacia los objetivos sociales que impone la emergencia o catástrofe. Sin embargo, no puede soslayarse que las distintas propiedades privadas cumplen fines o utilidades sociales diferentes, por ello algunas deberían gozar de una especial protección, como es el caso de las que concretan el ejercicio de derechos humanos (el derecho a la vivienda adecuada o la propiedad indígena). De este modo, mientras debería permitirse que el Estado pueda tomar fácilmente el control de establecimientos sanitarios privados para destinarlos a proteger la salud de la población en un escenario de calamidad pública por una epidemia, sin que necesariamente aquello involucre una compensación significativa o sea entrabado por sus dueños; también debería protegerse muy especialmente los hogares de las familias más desfavorecidas de la sociedad como los territorios culturalmente significativos para los pueblos originarios.

EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL: UN FALLO SIN MAYORÍA Y UNA DECISIÓN SIN COMPETENCIA.

*Rocío Lorca*¹

*Luis Felipe Manques*²

Resumen

El artículo 318 del Código Penal chileno ha sido objeto de cuestionamiento por el uso masivo por parte de los órganos persecutores como herramienta del control de la pandemia del Covid-19. En la causa Rol N°8950-2020 de 5 de enero de 2021 el Tribunal Constitucional, acogió parcialmente un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 318 del Código Penal (CP) declarando inaplicable para el caso concreto la expresión “presidio menor en su grado mínimo o” contenida en el primer inciso de dicho precepto legal por considerar desproporcionada la pena privativa de libertad para el delito en cuestión. El fallo descartó en cambio que la norma infringiera la regla de legalidad penal contenida en el artículo 19 N°3 de la Constitución. En este comentario identificamos tres tipos de problemas en este fallo. En primer lugar, sostendremos que las complicadas formas que tiene este Tribunal para construir sus mayorías, expresar sus opiniones y comprender sus funciones, lo terminan transformando en un Tribunal que (a lo menos en este caso) aparece extremadamente ambicioso en el reclamo de sus poderes, pero sorprendentemente impotente en su capacidad de resolver los conflictos o problemas jurídicos que son sometidos a su conocimiento. En segundo lugar, como ya es costumbre en sus resoluciones en materia penal, en el análisis de proporcionalidad que hace el Tribunal, éste reclama una función que ha de

¹ Profesora del Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile, rlorca@derecho.uchile.cl. Este trabajo ha sido realizado en el contexto del Proyecto de investigación Fondecyt Iniciación N°11180839: Castigo, Legalidad y Pobreza, del cual la autora es la investigadora responsable.

² Ayudante del Departamento de Ciencias del Derecho, Universidad de Chile, y Asistente de Investigación del Fondecyt arriba individualizado, luis.manques@derecho.uchile.cl.

corresponder al legislador: la definición de la gravedad que representa una determinada conducta en el ordenamiento jurídico penal chileno. Finalmente, el Tribunal descarta un problema de legalidad que a nuestro juicio debería haberse acogido, por muchas de las razones que señalan los propios ministros Letelier, Pica y Pozo.

1. Introducción

En la causa Rol N°8950-2020 de 5 de enero de 2021 el Tribunal Constitucional Chileno (Tribunal), acogió parcialmente un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 318 del Código Penal (CP) declarando inaplicable para el caso concreto la expresión “presidio menor en su grado mínimo o” contenida en el primer inciso del artículo recién citado. En palabras del propio Tribunal la aplicación de dicha expresión “resulta inconforme con las garantías del artículo 19, N°s 2 y 3, constitucionales, en razón de su falta de proporcionalidad al contemplar como sanción una pena privativa de libertad.”

El requerimiento fue presentado en el contexto de un proceso penal seguido contra una persona que transitaba por la calle sin contar con un permiso temporal infringiendo la cuarentena obligatoria impuesta por la autoridad administrativa en el contexto del estado de excepción constitucional de catástrofe que se ha mantenido vigente desde el 18 de marzo de 2020, a efectos de contener la pandemia por SARS-CoV-2.³ Frente a este comportamiento el Ministerio Público presentó un requerimiento en un procedimiento monitorio por la infracción del artículo 318 del CP, solicitando la sanción de multa de 6 UTM. Dicha norma establece lo siguiente:

Art. 318 “El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales.

Será circunstancia agravante de este delito cometerlo mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades

³ Mediante la Resolución Exenta N°373, de fecha 20 de mayo de 2020 del Ministerio de Salud, la autoridad sanitaria había impuesto una cuarentena obligatoria que solo habilitaba a las personas a transitar por espacios públicos en la medida que portaran con un permiso individual temporal o un permiso colectivo. El estado de excepción comenzó a regir tras la publicación del Decreto 104 del Ministerio del Interior de 2020.

prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio.

En los casos en que el Ministerio Público solicite únicamente la pena de multa de seis unidades tributarias mensuales, se procederá en cualquier momento conforme a las reglas generales del procedimiento monitorio, siendo aplicable lo previsto en el artículo 398 del Código Procesal Penal. Tratándose de multas superiores se procederá de acuerdo con las normas que regulan el procedimiento simplificado.”

De acuerdo con la parte requirente, esta norma infringiría el principio de proporcionalidad, la igualdad ante la ley y el principio de legalidad penal. En relación con el principio de proporcionalidad e igualdad, el legislador no entregaría suficientes criterios objetivos para seleccionar la sanción concreta y en cambio le dejaría un amplio margen de discrecionalidad al órgano persecutor, pudiendo éste solicitar a su pleno arbitrio una pena privativa de libertad (presidio menor en su grado mínimo a medio) o una multa (de seis a doscientas unidades tributarias mensuales). En el caso concreto, el órgano persecutor no habría tampoco invocado criterio alguno para explicar la sanción propuesta. En cuanto al principio de legalidad, la parte requirente sostuvo que se vería infringido porque la conducta prohibida no se encontraría suficientemente descrita por el legislador, sino que dependería de las definiciones que haga la autoridad administrativa. Esto infringiría la regla constitucional de legalidad, establecida en los incisos octavo y noveno del artículo 19 N°3 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional decidió que para este caso la norma no tendría un defecto de constitucionalidad por infracción del principio de legalidad, pero sí infringiría el principio de proporcionalidad pues el delito contemplado en el inciso primero del artículo 318 del CP no tendría la gravedad suficiente como para fundar una pena privativa de libertad. En virtud de ello declaró inaplicable para el caso concreto la parte de la norma que permitiría sancionar la conducta con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, sin perjuicio de que en el caso concreto no se había solicitado una pena privativa de libertad sino el mínimo de la pena de multa contemplada por el legislador (6 UTM).

Hasta aquí llega todo lo que es claro en este caso y en la decisión del Tribunal. Tan pronto uno comienza a revisar los fundamentos del fallo, aparecen importantes anomalías que dan cuenta de un tribunal en crisis, tanto por una evidente confusión sobre el sentido y límites de su función, como por

una aparente incapacidad de arribar a acuerdos y decisiones *del órgano*, que permitan resolver los casos sometidos a su conocimiento. Para analizar este fallo, nos referiremos primero a la forma que adquiere la decisión del Tribunal y sostendremos que ella hace difícil identificar una resolución que sea genuinamente mayoritaria y además utiliza un método de análisis que por una parte la lleva a reclamar competencias que no posee y por la otra, le impide resolver el asunto sometido a su conocimiento. Una vez despejado este punto analizaremos algunos aspectos sobre la valoración que hace el Tribunal en torno a la constitucionalidad del artículo 318 del CP frente a los principios de proporcionalidad y legalidad.

2. 2. La esquivia jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno.

Como ya señalamos, este fallo adolece de diversas anomalías de forma que deben ser despejadas antes de poder revisar los fundamentos del fallo. En primer lugar, no es claro que exista de hecho un voto de mayoría que sostenga la resolución del Tribunal. En segundo lugar, la resolución del Tribunal hace uso de la cuestionada práctica de revisar una parcialidad o fragmento del precepto cuya constitucionalidad está en discusión. Esto último, genera una decisión que además de tener dudosa legitimidad, no atiende la inquietud de las partes que han recurrido al Tribunal para resolver este caso.

2.1. ¿Una resolución sin voto de mayoría?

¿Cuál es la decisión del Tribunal Constitucional sobre el artículo 318 del CP en este fallo? En un tribunal colegiado, la respuesta a esta pregunta generalmente se encontrará en su voto de mayoría: lo que opine la mayoría, es la opinión del tribunal.⁴ Y un tribunal debe trabajar para alcanzar esa mayoría, pues solo así puede resolver (como tribunal) las solicitudes que se le presentan. Estas resoluciones que han de reflejar el acuerdo de la mayoría permiten a los ciudadanos comprender la postura de un tribunal y prever la forma en la que se interpretará y aplicará el derecho en una determinada jurisdicción. Con el tiempo estas decisiones van ganando estabilidad y configuran “la jurisprudencia” de un tribunal o las doctrinas legales que lo representan. En el caso que estamos revisando, sin embargo, no es claro que haya una verdadera concurrencia de opiniones para configurar un genuino voto de mayoría. En la sentencia

⁴ En ciertos casos, los tribunales colegiados deben alcanzar quórum calificados, en dichos casos obviamente no será la mayoría sino el quórum en cuestión, lo que el tribunal deberá alcanzar para resolver un caso.

y su comunicado, el Tribunal sugiere que sí lo hay y que dicho voto (acoger parcialmente el recurso declarando inaplicable para el caso concreto la frase “presidio menor en sus grados mínimo a medio o” por infringir el principio de proporcionalidad) estaría compuesto por las opiniones concurrentes de los jueces Iván Aróstica, José Ignacio Vásquez, Cristián Letelier, Nelson Pozo, y Rodrigo Pica. Cinco jueces de los nueve que se encontraban conociendo de la causa, ciertamente representarían una mayoría si fuera cierto que todos estos jueces en efecto concurrieron en esa opinión. Sin embargo, como veremos a continuación, la sentencia no da cuenta de dicha concurrencia.

Los ministros Aróstica y Vásquez obviamente sí concurren al presunto voto de mayoría pues éste consiste en su propia opinión. Los ministros Letelier, Pica y Pozo, en cambio, están por acoger totalmente el recurso, es decir, están por declarar inconstitucional la aplicación del artículo 318 del CP en el caso concreto. En ningún momento señalan que están por acogerlo de manera parcial y mucho menos en un sentido tal que no habría de tener mayor efecto sobre la gestión pendiente. Sin embargo, en una opinión enfocada principalmente en sostener que la norma recurrida sería una ley penal en blanco contraria al mandato constitucional de legalidad, los ministros Letelier y Pica sí manifiestan un tímido acuerdo con la opinión de los ministros Aróstica y Vásquez, en el sentido de que “además” el artículo 318 del CP infringiría el principio de proporcionalidad en los términos planteados por éstos últimos.⁵ Es decir, entre estos cuatro jueces (Aróstica, Vásquez, Letelier y Pica) hay una coincidencia en relación con *uno* de los problemas de constitucionalidad de que adolecería la norma, pero una disidencia en torno a cómo resolver el recurso. Con algo de esfuerzo podríamos entonces decir que estos cuatro jueces apoyan de un modo u otro lo que se ha presentado como la decisión del Tribunal en este caso.

El asunto se complica en el caso del Ministro Pozo, porque éste, que es el quinto juez que necesitamos para conformar la mayoría, no parece adherir en ningún momento a la opinión de los ministros Aróstica y Vásquez, ni siquiera en la forma de un tímido “además.” Pozo está por acoger completamente el recurso por considerar que se infringe el principio de proporcionalidad en atención a que el tipo de comportamiento prohibido (delito de peligro abstracto) no satisface la exigencia de lesividad. Pero no parece adherir a la opinión

5 Véase el considerando 13° de la opinión de Pica y Letelier, en donde afirman que: “Es por todo lo expuesto que estos previnientes consideran que el requerimiento debe ser acogido, *además*, por ser el precepto cuestionado una ley penal en blanco (...)” (el énfasis es nuestro).

de que el problema de proporcionalidad estaría también dado por la intensidad de la pena contemplada por el legislador. Además, Pozo sostiene, como lo hizo también la Defensoría Penal Pública, que se trataría de “un delito sin conducta” lo que infringe los principios de culpabilidad y legalidad, ambos con sustento normativo en la Constitución (considerando 31° de su voto).

Lo que entonces aparece como un “voto de mayoría” en realidad no es más que un consenso sobre el juicio de que la norma adolece de algunos problemas de constitucionalidad.⁶ Pero no hay un consenso de mayoría en torno a (i) cuáles serían estos problemas, y (ii) cuál ha de ser la resolución del Tribunal. En relación con (i), en el mejor de los casos, solo cuatro jueces comparten (parcialmente) un diagnóstico: la regla que permite imponer penas privativas de libertad en el inciso primero del artículo 318 del Código Penal, es inconstitucional porque infringe el principio de proporcionalidad. En lo que dice relación con (ii), tres de los jueces de la mayoría están por acoger el recurso en su totalidad y declarar la norma inaplicable para el caso concreto, mientras que solo dos están por acogerlo parcialmente declarando inaplicable solo una parte de esta.

En virtud de lo anterior, lo que se ha presentado como el fallo del Tribunal, esto es, la decisión de acoger parcialmente el recurso y declarar inaplicable para el caso concreto la expresión “presidio menor en sus grados mínimo a medio o” no descansa en un genuino “voto de mayoría” porque no es expresiva de la opinión de al menos cinco jueces del Tribunal. Pretender construir una mayoría bajo la lógica de que la decisión de acoger totalmente incorpora necesariamente la decisión de acoger parcialmente (por cualquier parcialidad y por cualquier motivo), solo puede ser un intento por salvar la incapacidad de un tribunal de cumplir con su deber de deliberar hasta llegar a un acuerdo de mayoría para resolver los asuntos que se someten a su conocimiento.

2.2. Respuestas no solicitadas y solicitudes no respondidas.

Todavía más preocupante quizás, es una segunda anomalía de este fallo que, si bien no representa una anomalía para *este* Tribunal, sí expresa una importante desviación del tipo de comportamiento que se espera de un tribunal en un Estado democrático de derecho. De acuerdo con el artículo 93 N°6 de la

6 De acuerdo con Mañalich, la decisión de mayoría aquí se arribaría mediante un ‘consenso superpuesto’ lo que mediante la sumatoria de 3 votos implícitos a los de Aróstica y Vásquez, dilucidando que su “*modus operandi no es el propio de un tribunal*” (Véase Mañalich, Juan Pablo, “Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal”, en Prensa, 2021, pp. 42-43).

Constitución, el Tribunal tiene facultades para resolver sobre la “inaplicabilidad de un *precepto legal* cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”⁷ ¿Es la frase “presidio menor en sus grados mínimo a medio o” un precepto legal cuya aplicación se sigue en una gestión ante un tribunal ordinario o especial? Todo parece indicar que no. Esta frase difícilmente podría considerarse un precepto legal pues es más bien un fragmento de un precepto legal.⁸ Y si este fuera un precepto legal, sería discutible que estuviera siendo aplicado en la gestión pendiente desde la cual se ha solicitado la intervención del Tribunal. Recordemos que, en el caso concreto, el Ministerio Público había solicitado el mínimo de la pena de multa contemplada por el legislador (6 UTM) y no la pena de presidio.⁹

La interpretación extensiva de la idea de precepto legal que aparece implícita en el “voto de mayoría” (no así en las opiniones individuales de quienes estaban por acoger el recurso) presenta dos problemas. En primer lugar, en lo que ya es una tradición para este Tribunal, cumple la problemática función de extender su competencia más allá del ámbito que le han conferido la Constitución y las leyes. En efecto, cuando el Tribunal analiza los preceptos legales de manera “fragmentada” o “parcial” y se pronuncia sobre dichas parcialidades, en los hechos no se pronuncia sobre la constitucionalidad del precepto sino que muchas veces modifica su sentido y alcance, y en esa medida se atribuye una función de legislador positivo que no le ha sido conferida ni por la Constitución ni por la ley.¹⁰ Esto, obviamente, es problemático en un Estado democrático de Derecho, pues cuando un órgano extiende sus atribuciones más allá del ámbito conferido explícitamente por la Constitución y las leyes, no solo actúa de manera ilegal sino que además desafía la estructura de división de poderes mediante la cual se debe organizar el poder político en una república democrática.

7 El énfasis es nuestro.

8 Críticamente sobre esta forma de entender la idea de precepto o disposición, véase Atria, Fernando, “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (I): Conceptualismo constitucional”, en *Derecho y Crítica Social*, N°6 (1), 2020, pp. 147 y ss. Y véase también Atria, Fernando y Salgado, Constanza, “El Tribunal Constitucional desatado”, en *Jurisprudencia Crítica. Comentarios de Fallos 2015-2017*, ed. por Hugo Cárdenas, (Rubicon), 2018, pp. 301 y ss.

9 Si bien la Jueza del caso podría estimar insuficiente el requerimiento o la solicitud de multa del Ministerio Público conforme al artículo 392 inciso final del Código Procesal Penal (CPP), la determinación de la pena que pudiera llevarse a cabo en un procedimiento simplificado no podría exceder a la solicitada en el requerimiento (artículo 395 inciso final del CPP).

10 Véase Atria, Fernando y Salgado, Constanza, “El Tribunal Constitucional desatado.”

El segundo problema que plantea la interpretación extensiva de la idea de precepto legal es que le permite al Tribunal esquivar su deber de resolver suficientemente el problema que se le ha planteado. El Tribunal, al fragmentar la regla cuya revisión se solicita, termina resolviendo algo que no responde a la inquietud de ninguna de las partes. Lo que las partes quieren saber es si acaso el inciso primero del artículo 318 del Código Penal es contrario a la Constitución en el caso concreto. Esto es, en el proceso penal seguido contra una persona que infringió las reglas sanitarias que prohíben circular cuando se ha decretado una cuarentena, y frente a la cual el Ministerio Público ha solicitado una pena de multa de 6 UTM. Aun si concediéramos el punto de que la expresión “presidio menor en su grado mínimo a medio o” es un precepto legal que el Tribunal tiene competencia para declarar inaplicable en este recurso, es claro que *ese* no es el precepto que inquieta a la parte recurrente. Lo que lleva a la parte recurrente a solicitar la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la disposición legal en comento, es, resumidamente, la falta de criterios legales objetivos que permitan determinar cuándo corresponde aplicar una pena privativa de libertad y cuándo una pena de multa (y la cuantía de la misma), así como la falta de determinación legal del comportamiento prohibido.¹¹ Si el Tribunal no incurriera en la práctica de fragmentar las disposiciones que se someten a su conocimiento, habría estado obligado a resolver en toda su magnitud y con una genuina mayoría, el problema de constitucionalidad que de hecho se le ha formulado y que no se resuelve mediante la exclusión de la aplicación de una frase aislada del artículo 318 del CP.

En suma, las complicadas formas que tiene este Tribunal para construir sus mayorías, expresar sus opiniones y comprender sus funciones, lo terminan transformando en un Tribunal que (a lo menos en este caso) aparece extremadamente ambicioso en el reclamo de sus poderes, pero sorprendentemente impotente en su capacidad de resolver los conflictos o problemas jurídicos que sí son sometidos a su conocimiento. En una tendencia contraria, debemos exigir a este Tribunal que revise la forma en la que construye su voto de mayoría y la práctica de fragmentar las disposiciones que evalúa, para que éste logre desarrollar un proceso de deliberación que le permita llegar a

11 Véase el punto VIII. del requerimiento, referido a las supuestas infracciones constitucionales acaecidas en la causa (p. 10 y ss.): “(...) la misma norma no fija ningún parámetro de razonabilidad exigible al ente fiscal, lo que atenta contra el criterio mínimo de proporcionalidad. No se establecen criterios para determinar cómo y por qué se deberá aplicar la multa y por qué se debe aplicar la multa de 6 UTM que determinó la Fiscalía que implicó que haya presentado requerimiento en procedimiento monitorio en contra del imputado en esta causa.” (p. 11 del requerimiento).

verdaderos acuerdos sobre la base de los cuales se pueda construir una jurisprudencia constitucional. Mientras tanto, en todo caso, no nos queda más que analizar los fundamentos de este accidentado voto de mayoría.

3. El principio de Proporcionalidad y el artículo 318 del Código Penal

El test de proporcionalidad tiene como objetivo controlar la arbitrariedad en el ejercicio de poder penal y favorecer la racionalidad del mismo, exigiendo que éste sea adecuado, necesario y proporcionado para promover un fin legítimo.¹² De acuerdo con el propio Tribunal, esto se traduce en tres exigencias, una exigencia de idoneidad (adecuación medio a fin, que a su vez exige que el fin perseguido sea legítimo), una de necesidad (utilización de la medida menos gravosa para la consecución del fin), una de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación de ventajas y desventajas de perseguir el fin en cuestión).¹³ De acuerdo con la opinión de los ministros Aróstica y Vásquez, que debemos por ahora considerar como representativa de la opinión del Tribunal, el artículo 318 del CP no satisface el estándar de proporcionalidad constitucional al sancionar la conducta tipificada con “presidio menor en su grado mínimo a medio”.

De acuerdo con la opinión del Tribunal, el problema de proporcionalidad en este caso parece darse en prácticamente todas sus dimensiones. Así, habría un problema de proporcionalidad en sentido estricto, por ejemplo, cuando el Tribunal sostiene que la inobservancia de medidas sanitarias, por más que “deba tener lugar en ‘tiempo de catástrofe, epidemia o contagio’, no añade una gravedad que justifique la pena de presidio, (...) a lo más, puede derivar en la imposición de una multa acorde con el artículo 495 del Código Penal” (considerando 3° de su voto). En relación con las exigencias de idoneidad y necesidad, los ministros señalan que no habría “fundamentos, ni ahora se han aportado antecedentes, que ameriten considerar la pena de presidio como un medio para salvaguardar la salud pública” (considerando 6°) y que, por ello, todo parecería indicar que “a lo más” podría derivar en las penas de multa del artículo 495 del CP (considerando 3° de su voto). La falta de idoneidad se confirmaría además por el hecho de que el mismo legislador otorgó un indulto general conmutativo a personas privadas de libertad para evitar una alta tasa

¹² Boutaud, Emilio y Fernández, José, “Los apremios personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un análisis crítico desde la dogmática de los principios y límites penales”, en *Política Criminal*, Vol. 13 N°25, 2018, p. 351.

¹³ Véase, por ejemplo: Tribunal Constitucional, Rol 2983-16, 13-12-2016, C°29.

de contagios entre la población penal.¹⁴ En virtud de ello, la pena privativa de libertad parecería inidónea, pues no solo no es útil para salvaguardar la salud pública, sino que además podría incluso amenazarla. En suma, para el Tribunal la pena de presidio sería inconstitucional en este caso “al no guardar racionalidad ni proporción con la conducta realizada” (considerando 5° de su voto).

Diversas partes de lo que debemos entender como la opinión de mayoría del Tribunal tienen fundamentos atendibles desde un punto de vista político criminal y que han sido defendidos por diversos teóricos del derecho penal. Sin embargo, hay algunos aspectos problemáticos que quisiéramos comentar en lo que queda de esta sección.¹⁵

En primer lugar, el Tribunal tiene una forma de comprender la pregunta por la proporcionalidad de las penas que implica una preocupante invasión del espacio que le corresponde al legislador para definir la política criminal de un país. No es para nada una novedad que este Tribunal desafíe la vigencia de normas penales en virtud de su falta de proporcionalidad. En diversos fallos, dictados principalmente en recursos de inaplicabilidad de reglas de determinación de la pena contenidas en la denominada “Ley Emilia” y en la Ley de Control de Armas,¹⁶ el Tribunal ha sostenido que “una política penal basada en efectos intimidatorios carece de base empírica, resulta ineficiente y choca frontalmente con valores básicos de un Estado de Derecho.”¹⁷ En cambio el Tribunal propone que solo serían compatibles con nuestro texto constitucional penas “razonables, idóneas y proporcionales” para el fin de obtener la reinserción social de los condenados, contribuyendo de ese modo a la

14 Véase la Ley N°21.228.

15 Criticando el recurso al derecho penal en la “lucha contra la pandemia” véase, por ejemplo: Londoño, Fernando, “¿Responsabilidad penal para los infractores de cuarentena? Revisión crítica de la Ley N°21.240: más micro que macro”, en *Revista de Ciencias Penales*, Vol. XLVII, (Instituto de Ciencias Penales), 2020, p. 405; Skolnik, Terry, “Criminal Law During (and After) COVID-19”, en *Manitoba Law Journal*, Volume 43 Issue 4, 2020, pp. 175 y ss. En un contexto jurídico diverso, Lelliott et. al., cuestionan la necesidad y justificación del castigo penal por comportamientos vinculados a la pandemia de la Covid-19 en Australia, concluyendo que no sería necesario acudir al castigo penal en todas las circunstancias (o en meras infracciones a normativa sanitaria no-penal), sino que reservarlo exclusivamente cuando se presente una transmisión intencionada o maliciosa del virus. Lelliott, Joseph et. al., “Pandemics, Punishment, and Public Health: COVID-19 and Criminal Law in Australia”, en *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 44 N°1, 2021, pp. 179 y ss.; pp. 194 y ss. Por último, para el caso alemán, véase Dünkel, Frieder, “The Impact of Covid-19 on Prisons and Penal Policy in Germany”, en *Victims & Offenders*, Vol. 15 N°7-8, 2020, pp. 1113-1123.

16 Para una revisión del test de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional en materia de aplicación de la Ley de Control de Armas, véase: Villegas, Myrna, “La Ley N°17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N°20.813”, en *Política Criminal*, Vol. 14 N°28, 2019, pp. 1-53.

17 Véase, por ejemplo: Tribunal Constitucional, Rol 2983-16, 13-12-2016, C°16.

prevención general y particular del delito.¹⁸ La proporcionalidad de una pena exigiría además, que ésta se corresponda “con la gravedad del delito completo que se somete a su juicio, siendo por tanto, desproporcionada si es que no se corresponde con la gravedad del delito concretamente imputado”.¹⁹

Más allá de lo problemático que pueda ser que el Tribunal pretenda zanjar el problema de la teoría de la pena como si éste fuera un *sencillo* asunto de efectividad, en lo que nos interesa aquí el problema es la pretensión del Tribunal de arrogarse la facultad de valorar autónomamente la gravedad de los delitos.²⁰ En el caso que estamos discutiendo, el Tribunal considera que el delito contemplado en el artículo 318 del CP no tiene la gravedad que ameritaría la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio. Pero ¿de dónde ha sacado esto el Tribunal? ¿no es acaso la intensidad de la pena lo que, a lo menos en parte, indicaría la gravedad que el delito representa para una determinada comunidad en un determinado momento histórico? Y si hay alguien que tiene que hacer esa definición no puede sino ser el legislador, pues es éste y no el Tribunal quien representa la voluntad popular. A menos que el Tribunal piense que hay una medida de gravedad que es previa o externa al debate político, y que por alguna razón él se encontraría en una posición epistemológica privilegiada para acceder a ella. Pero esto último es obviamente improcedente en el contexto de un Estado democrático de Derecho.²¹

Un segundo problema que tiene la revisión del asunto de proporcionalidad por parte del Tribunal, es que éste muestra una cierta fijación con la privación de libertad ignorando el impacto que las penas de multa pueden tener para las personas condenadas, la mayoría de las cuáles son personas de muy bajos recursos.²² Las mismas razones que el Tribunal invoca para cuestionar la pena privativa de libertad, podrían invocarse para cuestionar la pena de multa que en el artículo 318 tiene un amplio margen, pues va desde 6 UTM (\$312.000

18 Véase, por ejemplo: Tribunal Constitucional, Rol 3041-16, 27-03-2017, C°31.

19 Nuevamente, véase: Tribunal Constitucional, Rol 3041-16, 27-03-2017, C°38.

20 Lo que aparece inconsistente con el arduo debate que sigue vigente sobre este punto en las disciplinas filosóficas y empíricas que estudian el problema penal.

21 Waldron, Jeremy, *Law and disagreement*, (OUP Oxford), 1999, pp. 164-187. y Waldron, Jeremy, “The core of the case against judicial review”, en *Yale Law Journal*, Vol. 115 N°6, 2006, pp. 1346-1406.

22 Fundación Paz Ciudadana, “Estudio sobre los niveles de exclusión social en personas privadas de libertad”, 2016 (disponible en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/estudio-sobre-los-niveles-de-exclusion-en-personas-privadas-de-libertad/>). Véase también, por ejemplo: Lorca, Rocío, “Pobreza y responsabilidad penal”, en *El castigo penal en sociedades desiguales*, coordinado por Roberto Gargarella, (Miño y Dávila Editores), 2012, pp. 173-204.

pesos aproximadamente), una cifra nada despreciable considerando que representa más del 75% del ingreso mensual mediano en nuestro país.²³ Dado que el impacto de la pena de multa es radicalmente diferente en las personas según cual sea su situación social y económica, no haber considerado problemática la pena de multa supone una cierta indiferencia frente al impacto que puede tener esta pena en las personas de bajos recursos. Esto se agrava además por el hecho de que (i) el derecho penal se aplica de manera selectiva en contra de este grupo, (ii) el impacto de la pandemia de SARS-CoV-2, ha recaído con mucho mayor fuerza en los grupos sociales más desaventajados, y (iii) el cumplimiento de las reglas sanitarias es mucho más oneroso para la población de bajos recursos.²⁴ No haber revisado la proporcionalidad de la pena de multa reproduce y profundiza la amplia desigualdad que caracteriza al diseño y ejercicio del poder penal chileno. Un sesgo que a estas alturas no puede seguirse cobijando bajo un pretendido compromiso con la imparcialidad, la generalidad y la neutralidad liberal.

4. ¿El artículo 318 del Código Penal como ley penal en blanco?

Si bien el Tribunal no acogió el argumento de la parte requirente en el sentido de que la norma revisada infringiría el principio de legalidad, dado que este fue un argumento relevante en las opiniones de tres de los ministros que concurrieron al voto de mayoría, revisaremos críticamente las razones por las cuales el punto fue descartado por los ministros Aróstica y Vásquez.

El principio de legalidad penal, establecido en el artículo 19 N°3 incisos octavo y noveno de la Constitución, establece que solo el legislador puede crear delitos y penas y que, tanto los delitos como las penas, deben encontrarse publicados con anterioridad a la comisión del delito y descritos con precisión por el mismo legislador.²⁵ Excepcionalmente, la conducta prohibida puede complementarse mediante una regla de menor jerarquía, en la medida que sea el legislador quien define los límites del comportamiento punible

23 De acuerdo con la “Síntesis de Resultados, Encuesta Suplementaria de Ingresos 2019” del Instituto Nacional de Estadísticas, publicado en octubre de 2020, el ingreso mediano mensual en Chile es de \$401.000.

24 Véase Lelliot et. al., pp. 187 y ss., Bilal, U., Alfaro, T., & Vives, A. (2021). COVID-19 and the worsening of health inequities in Santiago, Chile. *International Journal of Epidemiology*; Lorca, Rocío, “Punishing the Poor and the Limits of Legality”, en *Law, Culture and the Humanities*, N°o, 2018, pp. 1-20; Lorca, Rocío et. al., “Extrema indiferencia: La población extranjera en las cárceles chilenas”, en *Prensa*.

25 Véase en general sobre este principio y las normas referidas, Grez, Pablo “Garantías Penales (límites sustantivos al *ius puniendi*)”, en *Curso de Derechos Fundamentales*, editado por Pablo Contreras y Constanza Salgado, (Tirant lo Blanch), pp. 381-437.

(ley penal en blanco impropia). En cambio, cuando la ley penal no describe con precisión el comportamiento prohibido y entrega esta facultad al aparato administrativo, estamos frente a lo que la doctrina denomina una ley penal en blanco propia, que es generalmente considerada como contraria al principio de legalidad penal.²⁶

En lo que aparece como el voto de mayoría, los ministros Aróstica y Vásquez consideran que el artículo 318 “no puede ser catalogado como una “ley en blanco”, básicamente porque la disposición legal sí contendría la descripción de la conducta delictiva toda vez que tiene descrito el verbo rector de la misma, esto es, ‘poner en peligro’ la salud pública (considerando 1° de su voto). Pero el sentido del principio de legalidad no se satisface con la mera mención de un verbo rector, si éste no es capaz de invocar una descripción clara del tipo de conducta humana de la que debemos abstenernos o que debemos realizar.²⁷ Pues el sentido principal del principio de legalidad es controlar la arbitrariedad del ejercicio del poder penal otorgando certeza a los ciudadanos sobre las posibles consecuencias de sus cursos de acción. Esto permite a su vez, fundar el juicio de culpabilidad, pues lo que se reprocha en la condena penal es no haber cumplido con la norma de comportamiento establecida por el legislador, algo que difícilmente puede hacerse si la norma no describe suficientemente el comportamiento requerido o prohibido.²⁸

Para que la remisión de una ley penal a la potestad normativa de la administración del Estado no infrinja el mandato de determinación que forma parte de la regla constitucional de legalidad, los ministros Letelier y Pica sostienen, correctamente a nuestro juicio, que ésta debe (i) establecer el núcleo esencial de la conducta sancionada, dejando a la norma infra legal de

26 Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, (Editorial Jurídica de Chile), 1999, pp. 83 y ss.; Winter, Jaime, “El “principio” de legalidad como regla incompleta”, en *El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro en Homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, editado por Claudia Cárdenas y Jorge Ferdman, (Thomson Reuters), 2016, p. 138.

27 Véase, por ejemplo: Novoa, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General, Tomo I*, (Editorial Jurídica de Chile), 2005, p. 117: “La ley ha abandonado, en este caso [ley penal en blanco, tomando como ejemplo el artículo 322 del Código Penal], su exclusiva atribución de señalar determinadamente cuál es el hecho punible y la ha cedido a un reglamento que será el que vendrá a llenar su vacío y a completar el precepto”. En este sentido los Ministros Letelier y Pica, entienden la exigencia de tipicidad – en tanto manifestación del principio de legalidad- como la “precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta” (considerando 3° de su voto).

28 Sobre la idea de la definición previa de lo punible como límite de la potestad punitiva del Estado, véase: Van Weezel, Alex, “Tiempos difíciles para el principio de legalidad en Derecho Penal”, en *La justicia como legalidad, estudios en homenaje a Luis Ortíz Quiroga*, coordinado por Nicolás Acevedo, Rafael Collapero y Juan Pablo Mañalich, 2020, pp. 51-74.

complemento solamente elementos accidentales del tipo, (ii) la norma de complemento debe ser un reglamento general y abstracto dictado mediante Decreto Supremo, y (iii) debe encontrarse publicado en el Diario Oficial (considerando 9°). Recordemos que la conducta típica descrita en el inciso primero del artículo 318 del CP establece como comportamiento prohibido poner en peligro la salud pública “por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio.” Así, de acuerdo con los criterios de Letelier y Pica, esta norma penal no cumpliría con las exigencias del mandato de determinación legal toda vez que el núcleo del comportamiento prohibido sería la “mera desobediencia” a órdenes de la autoridad administrativa y la ley no señalaría un reglamento específico donde se encontrarían estas órdenes.

A nuestro juicio, y estando de acuerdo con la postura de Letelier, Pica y también de Pozo,²⁹ el artículo 318 del CP es un caso bastante claro de una ley penal en blanco prohibida por el principio de legalidad, pues el legislador le otorga una facultad al órgano administrativo para determinar los comportamientos que realizarían el tipo penal y esta delegación le está prohibida en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 N°3, incisos octavo y noveno de la Constitución.³⁰

Llama la atención que Aróstica y Vásquez al revisar la proporcionalidad de la pena impuesta por el legislador no identifican un problema de legalidad aun cuando señalan que el legislador cometió “una diferencia injustificada, y por ello arbitraria, *al facultar a distintos órganos administrativos, sin parámetros objetivos* mediante, a optar porque se sancione la misma conducta ya sea con una multa penal o administrativa o bien con una pena privativa de libertad, lo que a todas luces resulta inaplicable por inconstitucional” (considerando 7°).³¹ Si hubieran profundizado un poco más en esta observación quizás Aróstica y

29 Si bien Pozo se ocupa tangencialmente de este asunto, sí concurre en esta opinión al sostener que el artículo 318 del CP, se trataría de “un delito que carece de conducta”, vulnerándose el principio de taxatividad consagrado en el artículo 19 N°3, inciso noveno de la CPR (considerando 31° de su voto).

30 En este sentido véase Londoño, p. 415. Mañalich igualmente sostiene que habría una ley penal en blanco tanto en el artículo 318 como en el 318 bis, “porque el supuesto de hecho de una y otra norma de sanción queda construido a través de una remisión – dinámica – a alguna norma o directiva de complemento” (énfasis en el original), (p. 41) que además no cumple con la exigencia de taxatividad mínima, ya que “no logra perfilar los contornos de una forma de comportamiento identificable con prescindencia de alguna norma sanitaria que pudiera llenar la correspondiente cláusula en blanco” (p. 44). Mañalich además concuerda con Londoño en un problema que surge a propósito de esta indeterminación, consistente en un listado ilimitado de conductas que pudieran ser punibles, lo que dependería casi exclusivamente de la cantidad de mandatos o prohibiciones correlativos en el marco de las reglas de salubridad (p. 44).

31 El énfasis es nuestro.

Vásquez se habrían dado cuenta de que el principio de legalidad y su particular exigencia de taxatividad sí se infringen en esta regla. De haber sido así, tendríamos un genuino fallo con un voto de mayoría sustancialmente correcto.

5. Conclusiones

Esta decisión del Tribunal Constitucional se suma a una serie de pronunciamientos judiciales que han cuestionado el recurso al poder penal como una táctica para controlar la propagación del virus SARS-CoV-2. Quizás los pronunciamientos más significativos en limitar dicho recurso han venido de la Corte Suprema, pero sin duda la opinión del Tribunal Constitucional, aunque limitada en su alcance y anómala en su forma, ha tenido también un impacto en los cambios que ha sufrido la política del órgano persecutor chileno.³² A lo que sin duda se han sumado problemas de carácter práctico.³³

Como hemos señalado a lo largo de este comentario, este fallo tiene una serie de peculiaridades que han de llamar nuestra atención. En primer lugar, se trata de un fallo en el que es difícil identificar la opinión de un tribunal como una agencia distinta a sus miembros y que pueda entonces configurar una opinión de mayoría que respalde lo resolutivo del fallo. Esta anomalía se suma a una ya criticada técnica de fragmentar los preceptos legales, que en este caso lleva al Tribunal a resolver un problema que no se ha planteado en el caso y dejar sin resolver la inquietud para la cual se ha solicitado su intervención. En segundo lugar, en términos de su esquivo fundamento de mayoría, el Tribunal vuelve a insistir en una postura sobre los fines del derecho penal y la forma en que se determina la gravedad de los delitos, que desafía la división de poderes que es propia de una sociedad democrática. Finalmente, el

32 El 5 de mayo de 2021, el Fiscal Nacional instruyó a los Fiscales Regionales un cambio de criterio en la persecución del delito del artículo 318 del CP en virtud del cual la pura infracción del toque de queda no da pie para iniciar una persecución por infracción de dicha norma, lo que da cuenta de un criterio más restrictivo para su aplicación. (véase la noticia publicada en *Latercera.com*, Efectos del fallo de la Suprema: Carabineros cambia criterios para detenciones durante toque de queda, 11 de mayo de 2021). Si bien dicha comunicación no se encuentra públicamente accesible, se da cuenta de la misma en oficios de Fiscales Regionales tales como: Oficio FRM N°2378/2021 de 7 de mayo de 2021, del Fiscal Regional de la Región del Maule dirigido al Prefecto Inspector, Jefe de la VII Región Policial Maule; Oficio FR N°196/2021 de 6 de mayo de 2021, de la Fiscal Regional de Valparaíso dirigida al Jefe de la V Zona Policial de Carabineros.

33 En abril del presente año, el Ministerio Público informó que en 13 meses de la pandemia 529.357 personas han ingresado al sistema de justicia penal por cometer delitos contra la salud pública (véase: *Cooperativa.cl*, Chile acumula más de medio millón de imputados por delitos contra la salud pública, 16 de abril de 2021). Por su parte, según datos de la Defensoría Penal Pública, de los 359.000 casos ingresados en 2020, 135 mil fueron por delitos contra la salud pública, a diferencia del 2019, en que solo ingresaron 201 casos por estos delitos (Véase: *Latercera.com*, Cuenta pública de la Defensoría: uno de cada tres delitos imputados en 2020 fue contra la salud pública, 21 de abril de 2021).

Tribunal yerra a nuestro parecer, al no declarar inaplicable el artículo 318 del CP por tratarse de una ley penal en blanco que infringe el principio de legalidad establecido en el artículo 19 N°3 de la Constitución.

Por razones de espacio no hemos considerado una serie de reflexiones formuladas por los distintos integrantes del Tribunal, que sin duda ameritan consideración. Por ejemplo, el ministro Pozo ha abordado uno de los temas más controvertidos en la dogmática penal respecto al artículo 318 del CP, esto es, la cuestión de si se trata de un delito de peligro abstracto o concreto y cómo entonces determinar su sentido y alcance. En este ámbito la Corte Suprema parece haberse inclinado por la postura doctrinaria según la cual se trataría de un delito de peligro “abstracto-concreto” (o hipotético), exigiendo un nivel mínimo de lesividad en el comportamiento que excluye la posibilidad de dar por realizado el tipo por el mero incumplimiento de alguna medida sanitaria.³⁴ Pero dado que este punto no forma parte de la ya latamente comentada “decisión de mayoría,” ha de quedar como una discusión para otro día.

34 Al respecto véanse: Corte Suprema, Rol 125436-2020, 25-03-2021; Corte Suprema Rol 149239-2020, 20-04-2021; y, Corte Suprema Rol 131966-2020, 23-04-2021.

VIOLACIONES A LA LIBERTAD DE CULTOS DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

RELIGIOUS FREEDOM VIOLATIONS DURING THE COVID-19 PANDEMIC

*Macarena Bustamante Sinn*¹

*Vicente Hargous Fuentes*²

Resumen

Este trabajo es el resultado de un estudio sistemático del estado de la libertad religiosa en Chile a consecuencia de las medidas de la autoridad sanitaria dictadas con ocasión de la pandemia del Covid-19. Para ello, describimos la protección de este derecho a nivel normativo –tanto en la Constitución como en tratados internacionales–, para luego explicar el modo en que se ha desarrollado este debate en la jurisprudencia comparada. Finalmente, revisamos el notorio cambio en la jurisprudencia chilena, a propósito de dos fallos históricos que, a juicio nuestro, van en la dirección correcta. Nuestra tesis es que las limitaciones a la libertad de cultos que suspenden uniforme y generalmente la participación presencial en actos de culto, como ha ocurrido en el caso chileno, no sólo constituyen un acto de discriminación arbitraria, sino también una afectación a este derecho en su esencia. Esta afectación procede de un grave error en la forma de comprender la libertad religiosa y su contenido según su reconocimiento en el ordenamiento jurídico.

1. Introducción: el derecho a la libertad religiosa y su protección en el ordenamiento jurídico chileno

De todas las garantías constitucionales resguardadas por la acción de protección en el artículo 20 de la Carta Fundamental, la libertad religiosa, reconocida

1 Abogada del área Judicial de la Corporación Comunidad y Justicia. Licenciada en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: macarena.bustamante@comunidadjusticia.cl.

2 Abogado del área de Investigación de la Corporación Comunidad y Justicia. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: vicente.hargous@comunidadjusticia.cl.

en el artículo 19 N°6, apenas ha sido protagonista de unos pocos recursos, razón por la cual la jurisprudencia nacional con la que contamos a la fecha es más bien escasa en lo relativo a ese tema³. Con todo, algunas de las restricciones impuestas por la autoridad sanitaria para enfrentar la pandemia del Covid-19 han terminado por vulnerar el ejercicio de este derecho, trayendo como consecuencia la interposición de acciones judiciales ante los tribunales de justicia para poner fin a algunas medidas específicas que restringen su legítimo ejercicio, afectándolo en su esencia. La ausencia de jurisprudencia en la materia hace que cobren especial relevancia las recientes sentencias de la Corte Suprema acerca del derecho de los fieles católicos de asistir a misa presencial. A partir de ellas se puede profundizar mucho en las relaciones actuales entre las distintas iglesias –particularmente, la Iglesia Católica– y el Estado, así como también en el contenido específico de la libertad de conciencia y religión, sobre todo en su dimensión exterior: expresiones colectivas, difusión pública, participación en actos de culto, etc.

El carácter central de este derecho es bastante claro en el sistema internacional de los derechos humanos, es más, “la lucha por el reconocimiento de los derechos del hombre tiene su origen en el reconocimiento a la libertad religiosa y de conciencia”⁴. Ya la Declaración Universal⁵, por ejemplo, contiene, además del reconocimiento de la libertad religiosa como un derecho en su artículo 18, dos referencias a ella en su preámbulo, y también se incorpora expresamente la religión como una categoría protegida en el caso del principio de igualdad⁶.

En cuanto al contenido de este derecho, los tratados internacionales incluyen diversas garantías relacionadas con la religión, que manifiestan que ella no puede entenderse como algo reducido a la esfera privada de la conciencia.

3 Otro tanto podría decirse sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido: Badilla, Elvira, “El concepto de libertad religiosa en algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que vinculan jurídicamente al Estado de Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N°2, (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile), 2008, p. 360.

4 Badilla, Elvira: “El concepto de libertad religiosa en algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que vinculan jurídicamente al Estado de Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N°2, (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile), 2008, pp. 341-364, p. 360.

5 Aunque no es un tratado vinculante en sí mismo, sí ha sido reconocida como un antecedente capital y, quizás, el texto más influyente dentro del sistema de los derechos humanos. La relevancia de esta declaración se menciona en los preámbulos de muchos tratados (incluyendo la Convención Americana) como un antecedente clave en la historia del reconocimiento de la dignidad humana y, por ende, de los derechos humanos. Al respecto, vid. Carrillo, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después*, (Trotta), Madrid, 1999, pp. 85-96.

6 En el mismo sentido, Badilla, op.cit., p. 345. Muchos instrumentos internacionales vigentes vinculan el derecho a la libertad religiosa al principio de no discriminación, cfr. *ibid.*, p. 360.

La relevancia de las religiones en la vida social es clara. Lentamente ella se ha incorporado no sólo como una libertad individual, sino además como un “principio organizativo del Estado”⁷. En consecuencia, su protección debe también tener un correlato en la esfera pública: las religiones no son un mal a tolerar por la comunidad política, sino una manifestación social de la dimensión espiritual y la apertura a lo trascendente propias de la persona humana, por lo que la sociedad debe fomentar las diversas expresiones religiosas, siempre en un marco de respeto mutuo, dentro de la vida pública.

Por lo demás, esta tesis, sostenida por una parte de la doctrina, es plenamente coherente con la Convención Americana de Derechos Humanos, que no reduce la libertad de conciencia y religión al plano de la ausencia de coacción individual para mantener o dejar una determinada creencia: el artículo 12 de la Convención comprende entre sus garantías la facultad de divulgar la propia religión, también colectivamente, y de manifestarla en público, con limitaciones muy restringidas; además, respecto de los padres, incluye la facultad de que sus hijos reciban educación conforme a sus convicciones morales y religiosas. En efecto, el artículo 12 de la Convención dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y *divulgar* su religión o sus creencias, individual o *colectivamente*, tanto *en público* como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de *manifestar la propia religión* y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen *derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*”⁸.

El compromiso con los derechos humanos que existe en nuestra época debe traducirse, por ende, en una *promoción* activa del ejercicio del derecho a

7 Sardaña, Javier; Orrego, Cristóbal, *Poder estatal y libertad religiosa*, (Universidad Autónoma de México), México D.F., 2001, p. 37.

8 Convención Americana de Derechos Humanos, art. 12. Las cursivas son nuestras.

la libertad religiosa, es decir, de la religión, y de las posturas éticas que sean consecuencia de cada creencia. Otra cosa significaría ver la religión como un mal que debería ser *tolerado*, como si se asumiera que la religión no es un aporte a la vida social, sino algo que la perjudica.

El rol de la religión en el contexto latinoamericano se ha entendido de manera muy especial, habida consideración de su importancia en nuestra cultura y dentro del orden social, lo que ha dejado ciertas manifestaciones en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. En el caso chileno en particular, la religión siempre ha ocupado un lugar relevante en la sociedad, cuestión que se puede ver en el proceso de separación entre la Iglesia y el Estado, cuya culminación tuvo lugar en la Constitución de 1925, el que no sin razón se ha llamado “laicidad realista”: “un Estado que asume una laicidad moderada por el realismo –laicidad realista– que lo lleva a reconocer lo religioso como un factor social presente en la sociedad chilena, a partir del cual asume una franca actitud de colaboración con lo espiritual. Las palabras proféticas pronunciadas por Pío XI con ocasión de la separación constitucional entre la Iglesia y el Estado, referidas específicamente a las relaciones con la Iglesia católica, bien pueden extenderse a todas las entidades religiosas, pues entre el Estado y ellas, al menos en estos primeros años, sin perjuicio de las ideas de los gobernantes de turno, hubo una «amigable convivencia»⁹. En todo caso, la convivencia de diversas culturas y la riqueza del mestizaje son hechos de nuestra historia de enorme relevancia, en las que la religión sin duda constituye un componente importante. En consonancia con lo anterior, las normas que afectan la esfera religiosa, incluso después de la separación Iglesia- Estado, han sido tendientes a considerar siempre una cierta dimensión exterior de la religión como parte integrante del derecho a profesar un determinado credo (podemos decir así, que se trata de un Estado laico, pero no laicista: respetuoso de las distintas opciones religiosas, sin ser beligerante contra las expresiones o el culto público de ninguna de ellas). En síntesis, esta libertad es un derecho de colectividades y un principio social que debe promoverse y guiar la acción positiva del Estado.

Ciertamente, esta comprensión positiva de la libertad religiosa no importa el privilegio de una religión específica: lo que el Estado está llamado a

9 Salinas, Carlos, “Derecho y religión en la primera legislación chilena posterior a la libertad de cultos (1925-1939): del Estado confesional a la laicidad realista”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXXVIII, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016, p. 354.

reconocer es la libertad de todas las personas y de las comunidades religiosas, promoviendo sus manifestaciones y expresiones libres en la vida social. La promoción a que nos referimos es del hecho religioso en general —es decir, la búsqueda de la verdad que cada uno hace libremente, acerca de la dimensión trascendente de la vida (también cuando esa búsqueda no lleve a una religión), así como también las acciones que sean conformes con las convicciones que se adquieran en dicha búsqueda—, lo que es insustituible, en realidad, para una auténtica libertad de las conciencias en el plano individual, pues constituye una base indispensable para la paz social: “aquí es donde mejor podemos reconocer la sujeción y fundamento que el principio de libertad religiosa mantiene respecto al derecho fundamental de libertad religiosa, ya que la promoción del hecho religioso por parte del Estado refleja la nueva perspectiva que en materia de derechos humanos viene dándose en los países cuya protección es mayor en materia de tales derechos. Desde aquí se impone al derecho estatal una función promotora, pero no intervencionista: promotora de las libertades civiles, no de la actuación estatal”¹⁰.

Si miramos detenidamente cada uno de los párrafos del artículo 12 de la Convención, podremos constatar que este concepto particular de libertad religiosa se desprende inequívocamente de dicho artículo. De hecho, el segundo párrafo es el único que se refiere sólo a la inmunidad de coacción, es decir, la faz individual de este derecho (“nadie puede ser obligado a”), y todos los demás incorporan, de una u otra forma, aspectos de manifestación exterior, de colectividad o referidos a la esfera pública. El primer párrafo incluye la libertad de profesar y *divulgar* las propias convicciones o la propia religión, individual o *colectivamente*, tanto *en público* como en privado. Por su parte, el tercero trata manifestaciones externas de las creencias y religiones, con ciertas limitaciones, dirigidas a sectas violentas o creencias que imposibiliten la convivencia pacífica (las limitaciones establecidas en “la ley y que sean *necesarias* para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”). El cuarto párrafo, por último, se refiere al derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación religiosa y moral conforme con sus convicciones; podemos decir que este derecho protege a toda la familia como pequeña comunidad religiosa, que sería la primera manifestación social de esta libertad.

De la misma manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en su artículo 18 no sólo la libertad de adoptar o mantener una

¹⁰ Sardaña, Javier, Orrego, Cristóbal; op.cit., p. 40.

determinada religión o creencias, sino también la “libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza” y no menos importante, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación religiosa y moral conforme con sus propias convicciones.

Es manifiesto, por ende, que la literalidad de los tratados no reduce el concepto de libertad religiosa a una mera afirmación personal o subjetiva, sino que incluye también la manifestación de esas creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado y, además, la facultad de *participar* en actos de culto. Todo esto, como ya hemos mencionado, con limitaciones muy restringidas. El contenido detallado de este derecho en los tratados internacionales no es menor, pues, como es sabido, al tenor del artículo 5° de nuestra Constitución, es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que sean garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Respecto de nuestra Carta Magna, la libertad religiosa se encuentra reconocida en el numeral 6° del artículo 19 de la misma, el cual señala en su inciso primero que la Constitución asegura a todas las personas “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”. Si bien no detalla todo el contenido ya mencionado, que sí es explícito en los tratados internacionales, podemos afirmar sin problemas que dicho contenido se encuentra virtualmente dentro de la redacción citada del texto constitucional. En efecto, la norma no protege una mera concepción subjetiva, sino también la manifestación de las creencias y el ejercicio del culto.

A partir del artículo 19 N°6, parte de la doctrina ha distinguido entre libertad de conciencia y libertad de creencias. Por ejemplo, Humberto Nogueira define la libertad de conciencia como “la facultad de toda persona para formarse su propio juicio, sin ningún tipo de interferencias; el derecho de pensar con plena libertad”¹¹. La libertad de creencias, por otro lado, dentro de la cual se comprende la libertad religiosa, tendría a juicio de Nogueira dos dimensiones, una objetiva y otra subjetiva. La dimensión subjetiva de la libertad de creencias “implica la facultad de desarrollar o no una fe en un ser

11 Nogueira, Humberto, “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Ius et Praxis*, 12 (2), (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca), 2006, p. 13-41. Disponible digitalmente en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200002&lng=es&nrm=iso (Fecha de consulta: 16/6/2021, 19:38 hrs.).

superior, asumiéndola individual y colectivamente, practicándola en público o en privado, mediante el culto, las prácticas, las enseñanzas, el cumplimiento de los ritos y ordenando su vida según sus exigencias, como asimismo el Derecho a no declarar la religión que se profesa, evitando así ser objeto de discriminación o perjuicios por asumir y ejercer un determinado credo o realizar actos religiosos, [mientras que,] en su dimensión objetiva, implica la pertenencia o no a una comunidad de creyentes”¹². Con todo, este artículo protegería también la libertad religiosa, en sus dimensiones objetiva y subjetiva. La libertad de culto, a juicio de Nogueira, constituye la dimensión subjetiva externa de la libertad religiosa, por la cual “la fe trasciende el plano del fuero interno de la persona y se manifiesta socialmente”¹³.

Por su parte, Silva Bascuñán, habla de tres bienes protegidos por el contenido de este derecho: la libertad de conciencia (interior), la manifestación (exterior) de las creencias y el ejercicio libre (y público) de cultos. En consonancia con eso, el autor habla de “libertades religiosas”¹⁴. De la misma manera, aunque no use esas palabras, Cea Egaña considera que la norma contenida en el artículo 19 N°6 inciso primero incluye tres elementos, que son los ya mencionados¹⁵. En tanto, Ángela Vivanco los distingue como “tres garantías vinculadas, pero distintas”¹⁶. Estos tres autores están contestes en que la tercera de estas garantías se refiere a lo que se ha llamado libertad de cultos. El acto de culto no es lo mismo que la manifestación oral o escrita de una creencia o de una fe religiosa, sino que se refiere a la intervención o participación en ritos y ceremonias, como asistente o como celebrante¹⁷. El culto, los ritos, expresan exteriormente, “tanto en forma individual como colectiva, el homenaje que se debe a la divinidad, agradeciendo e implorando sus favores y ofreciéndole el sacrificio, que simboliza la inferioridad del hombre, el arrepentimiento ante su conocida imperfección, la satisfacción del justo enojo de Dios”¹⁸.

12 Vid. nota al pie n°10.

13 Nogueira, Humberto, op.cit., p. 24.

14 Cfr. Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XI, (Editorial Jurídica de Chile), Santiago, 2006, pp. 234-247.

15 Cfr. Cea, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, (Ediciones Universidad Católica), Santiago, 2004, pp. 207-208.

16 Vivanco, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, tomo II, (Ediciones Universidad Católica), Santiago, 2004, p. 366.

17 Cfr. Vivanco, Ángela, op. cit., p. 367.

18 Silva Bascuñán, op.cit, p. 242.

A partir de una primera mirada a nuestra sociedad actual, se podría concluir que es bastante esperable que en Chile la libertad religiosa no sea objeto de vulneraciones y, por ende, que sea necesario su resguardo mediante la interposición de un recurso de protección. Sin embargo, en los últimos meses hemos sido testigos de diversas perturbaciones en el legítimo ejercicio de este derecho fundamental. El primero de ellos –quizás el más patente– se ha visto reflejado en decenas de ataques a templos religiosos de distintos credos, particularmente iglesias cristianas, los cuales han tenido lugar desde octubre de 2019¹⁹. Dichos actos de vandalismo van desde vidrios quebrados y saqueos hasta incendios provocados por parte de ciertos particulares. La mayoría de estos casos ha provocado una simple condena política de cara a la prensa, pero prácticamente nulas consecuencias legales para los agresores o para las autoridades responsables²⁰.

Teniendo en cuenta lo ya expuesto, dividiremos este trabajo en cuatro partes. La primera, consistente a las medidas sanitarias adoptadas a nivel nacional y regional entre febrero y julio de 2020 –antes de la implementación del Plan: “Paso a Paso: Nos Cuidamos”–, sus repercusiones en el ejercicio de este derecho fundamental y la reacción de los Tribunales Superiores de Justicia. En segundo lugar, analizaremos en paralelo jurisprudencia emanada de distintos tribunales extranjeros a propósito de las restricciones al culto en sus países, haciendo breve referencia a las diferencias existentes con la situación

19 Así se hizo presente en: Comunidad y justicia (2020): “Informe sobre violaciones a la libertad religiosa en Chile con ocasión de la visita *in loco* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, 2020. Disponible digitalmente en <http://www.comunidadjusticia.cl/wp-content/uploads/2020/05/informe-libertad-religiosa-cyj-febrero-2020-1.pdf> (Fecha de consulta: 29/6/2021, 9:59 hrs.).

20 Hay quienes podrían objetar que en tal caso no se trataría de una violación a un derecho humano, por tratarse de un delito cometido por particulares. Esta objeción es falsa, por dos motivos (aunque no es el tema principal de este artículo, no podemos pasar de largo sin esbozar siquiera brevemente una refutación de esa tesis, habida consideración de su relevancia). En primer lugar, porque en el Derecho interno de Chile la protección de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución comprende los casos de vulneración por parte de particulares, contra quienes se puede ejercer acción de protección. Como se reconoce en el artículo 5° de nuestra Carta Magna, existen unos derechos inherentes o esenciales de la persona humana, que son reconocidos o garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. En segundo lugar, porque también ante el derecho internacional de los derechos humanos el Estado de Chile es responsable no solamente por sus acciones, sino también por sus omisiones en la protección de los derechos humanos, y puede vulnerarlos directa o indirectamente. A juicio nuestro, en este caso, la falta de protección policial incluso frente a avisos previos y la ausencia absoluta de persecución por parte de la autoridad –es decir, los nulos esfuerzos para investigar, prevenir y sancionar estas vulneraciones a ciertos credos y por detener la sensación de inseguridad frente a ellas que tuvieron los creyentes por tanto tiempo– hacen que el Estado de Chile sea responsable internacionalmente. Uno de los autores de este trabajo ha hecho presente este argumento en la Cámara de Diputados, en la comisión especial investigadora de las violaciones a los Derechos Humanos durante el Estado de Emergencia de 2019; la minuta de su intervención esta disponible en <http://www.comunidadjusticia.cl/wp-content/uploads/2020/05/exposicion-comision-estado-de-emergencia-marzo-2020-1.pdf> (fecha de consulta: 30/06/2021, 5:59 hrs.).

nacional. Tercero, revelaremos el giro jurisprudencial que se produjo a principios del año 2021, como consecuencia de la interposición de dieciséis recursos de protección a lo largo del país, exigiendo el respeto al derecho de los fieles católicos a asistir a la Santa Misa. Por último, nos referiremos a los desafíos actuales que enfrentan los católicos y creyentes, esbozando ciertos principios que, a la luz de estos autores, debieran regir el actuar de la Administración en estas materias.

2. Las restricciones a la libertad de cultos durante los primeros meses de la pandemia en Chile

Con ocasión de las primeras medidas sanitarias adoptadas para combatir el contagio y propagación del Covid-19 (entre los meses de febrero y julio de 2020), los creyentes fueron víctimas de un ataque al ejercicio de este derecho fundamental que, aunque más silencioso que los ataques a los templos de fines del año 2019, resulta más profundo y directo en contra del culto. Esta nueva vulneración no es sino consecuencia de las excesivas restricciones al libre ejercicio del culto impuestas por la autoridad sanitaria. Tomaremos como ejemplo el caso de la diócesis de Santa María de Los Ángeles.

Como primera medida para enfrentar la pandemia que se estaba esparciendo por el mundo, el 8 de febrero de 2020 se publicó en el Diario Oficial el Decreto N°4 del Ministerio de Salud, el cual decretó el Estado de Alerta Sanitaria en nuestro país. En su artículo tercero, dicha autoridad otorgó ciertas facultades extraordinarias a las Secretarías Regionales Ministeriales (en adelante “SEREMI”) de Salud, como la de “disponer de la prohibición de funcionamiento de los establecimientos y lugares de trabajo, que pongan en peligro a las personas que trabajan o asisten a ellos”²¹, y de “disponer de las medidas necesarias para evitar aglomeraciones de gente en espacios cerrados o abiertos que puedan fomentar la propagación del virus”²². Algunas semanas después, y luego de que se confirmaran los primeros casos de coronavirus en el país, se publicó en el Diario Oficial el Decreto N°104, que “Declara Excepción Constitucional de Catástrofe, por Calamidad Pública, en el territorio de Chile”, estado que se mantiene vigente a la fecha en que se escriben estas líneas.

En razón de la situación ya descrita, el Ministerio de Salud fue dictando una serie de Resoluciones Exentas, disponiendo de medidas sanitarias para

21 Decreto N°4 del año 2020 del Ministerio de Salud, art. 3, n°8.

22 Decreto N°4 del año 2020 del Ministerio de Salud, art. 3, n°12.

el control de la pandemia. Entre ellas, cobró especial relevancia la Resolución Exenta N°203 de fecha 24 de marzo de 2020, que dispuso tanto la prohibición de eventos públicos con más de 50 personas por un período, de manera indefinida²³, como el cierre de los cines, teatros, pubs, discotecas, gimnasios, y lugares análogos²⁴.

Debido a las circunstancias del momento –sobre todo, por la incertidumbre respecto del Covid-19, sus consecuencias, la falta de una vacuna, etc.– varias entidades religiosas de distintos credos decidieron suspender los cultos con asistencia presencial de público, aun cuando la norma vigente no los prohibía. Otras, en cambio, establecieron protocolos sanitarios para que las personas pudiesen asistir a las ceremonias de culto religioso minimizando al máximo los riesgos de contagio. En cuanto a la Iglesia Católica, cada diócesis optó por una u otra alternativa, autónomamente. En el caso de la diócesis de Santa María de los Ángeles, el Obispo pidió a los sacerdotes seguir celebrando misas con público, instruyendo a los fieles a no intercambiar el saludo de la paz mediante gestos que involucraran contacto físico, a asistir con mascarilla, a recibir en lo posible la Comunión en la mano, aumentar el número de misas para evitar aglomeraciones, entre otras medidas²⁵.

Sin embargo, con fecha 23 de marzo de 2020, la Seremi de Salud de la Región del Bío Bío (de la cual depende la ciudad de Los Ángeles), dictó la Resolución Exenta N° 1094, la cual prohibía la celebración de actividades deportivas, religiosas y culturales y que constituyeren aglomeración de personas; pero permitiendo a la vez un aforo de 50 personas en los locales comerciales²⁶. Así, fundándose tanto en dicha Resolución, como en el Estado de Catástrofe y Alerta Sanitaria vigentes, el día 29 de marzo de 2020, tras un proceso de fiscalización por las distintas iglesias de la diócesis de Los Ángeles, se procedió a clausurar varias de éstas, por el hecho de continuar abiertas y continuar celebrando misas.

Ante esto, un grupo de laicos interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Concepción en contra de la Seremi de Salud respectiva. La acción judicial se fundaba en dos argumentos principales, a partir de los cuales se llegaba a la conclusión de que tanto la Resolución referida como

23 Resolución Exenta N°203 del Ministerio de Salud, 24 de marzo de 2020. Apartado VII, N°24.

24 Resolución Exenta N°203 del Ministerio de Salud, 24 de marzo de 2020. Apartado VII, N°27.

25 Cfr. Carta del Obispo Felipe Bacarreza sobre la Misa dominical, 20 de marzo de 2020. Disponible digitalmente en: <http://www.iglesia.cl/40144-carta-obispo-felipe-bacarreza-sobre-misa-dominical.html>

26 Resolución Exenta N°1094 del Seremi de Salud de la Región del Bío Bío, 23 de marzo de 2020.

el acto de clausura eran ilegales y arbitrarios, afectando los derechos fundamentales de los recurrentes a la libertad de culto y a la igualdad ante la ley.

El primero de ellos se fundaba en lo dispuesto tanto en el artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷, como en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁸, los cuales señalan que hay ciertos derechos que no admiten suspensión, nunca, ni aún en situaciones de excepción constitucional, dentro de los cuales se encuentra la libertad de conciencia y religión. No estando así autorizada para prohibir las actividades religiosas, la Resolución referida dictada por la autoridad sanitaria y el acta misma en que se consignaba la clausura de los templos, resultaban ilegales, pues contravenían asimismo lo dispuesto en los artículos 5 inciso 2°, 6 y 7 de la Carta Fundamental. Asimismo, reclamaron los recurrentes que ambos actos impugnados adolecían de arbitrariedad, toda vez que aplicaban un trato desigual a situaciones que, de hecho, son iguales en lo que se refiere a las posibilidades de contagio. En efecto, las medidas sanitarias ordenadas por la Seremi a los locales comerciales podían ser igualmente adoptadas por los templos y parroquias. Además, vulneraban el principio de proporcionalidad y fundamentación que debe regir a todo acto administrativo, toda vez que el fin de la norma –evitar los contagios por Coronavirus en la población– claramente podía cumplirse con medidas menos lesivas para los derechos fundamentales de las personas.

A partir de lo ya expuesto, se solicitó al Ilustrísimo Tribunal que, junto con adoptar las medidas que estimase necesarias para reestablecer el imperio del

27 Artículo 4°, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. *La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18 (...)*” (las cursivas son nuestras).

28 Artículo 27, Convención Americana de Derechos Humanos: “1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. *La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos:* 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (*Libertad de Conciencia y de Religión*); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

derecho, dejara sin efecto el Acta de clausura emanada por la Seremi de Salud respectiva, revocando así la prohibición de funcionamiento de los templos clausurados por la misma.

El recurso de protección fue declarado inadmisibile tanto por la Corte de Apelaciones de Concepción, como por la Corte Suprema. La primera fundó su decisión en que el recurso intentado no decía “relación con cautelar el respeto y ejercicio de garantías constitucionalmente protegidas, sino (...) con la adopción de estrategias propias de la determinación de políticas públicas para hacer frente a la afectación sanitaria que aqueja al país, gestión que es privativa del Ejecutivo y que no corresponde a los Tribunales de Justicia establecer”²⁹. Resolviendo una apelación subsidiaria –luego de rechazada la reposición por el tribunal a quo–, el Excelentísimo Tribunal confirmó la resolución de la Corte de Apelaciones, fundándose en el inciso segundo del artículo 19 N° 6 de la Carta Fundamental, que señala que “las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias, bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas”.

A pesar de la negativa a dar protección a este derecho fundamental por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, la Resolución objetada fue finalmente dejada sin efecto de oficio por la autoridad sanitaria regional, la cual dictó en reemplazo la Resolución Exenta N°1509 y luego la Resolución Exenta N°1529, fundándose esta vez en la norma vigente a nivel nacional –la Resolución Exenta N°203, a la que ya nos referimos–, y manteniendo, por tanto, la prohibición de celebrar eventos públicos con más de 50 personas.

Respecto de la actitud de la Judicatura –que se mantuvo, por lo demás, durante el primer año de la pandemia– de no admitir a trámite ninguna acción de protección que cuestionara alguna medida sanitaria dispuesta por el Ejecutivo para el manejo de la crisis, es necesario profundizar. Es cierto que, conforme al artículo 45 de la Constitución vigente, los tribunales de justicia no pueden calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar un estado de excepción constitucional. No obstante, “respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda”³⁰. He ahí que, cuando de derechos fundamentales se trata, siempre se puede recurrir ante los tribunales de

29 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 7800-2020, 7-04-2021.

30 Cfr. Artículo 45 inciso primero, Constitución Política de la República.

justicia, a fin de que ejerzan el control correspondiente respecto de los actos de la Administración. Sólo así, las limitaciones al ejercicio del poder contenidas en la Carta Fundamental resultan efectivas, y los derechos de los ciudadanos, respetados.

Así también, cabe señalar que para que una acción de protección pueda ser admitida a trámite, la causa de pedir no tiene que ser el mérito, la oportunidad o conveniencia de una determinada decisión adoptada por el Ejecutivo, puesto que ello es de su competencia privativa, no pudiendo ser objeto de intromisiones por parte del Poder Judicial. Sí son revisables, en cambio, los actos de la Administración, en cuanto se alega su inconstitucionalidad y/o ilegalidad y ellos afectan derechos fundamentales. Al respecto, y como bien señala el profesor Juan Carlos Ferrada Bórquez, a fin de distinguir cuándo corresponde impugnar la ilegalidad de un determinado acto por el recurso de protección, y cuando en cambio, por otras vías judiciales o administrativas, “sería procedente el recurso de protección, como proceso de impugnación del acto administrativo, en aquellos casos en que se pretende la tutela de un derecho fundamental de aquellos especialmente amparados por esta vía, y el acto impugnado supone una privación perturbación o amenaza de los mismos. En cambio, será aplicable el proceso especial en aquellos casos en que se discuta la mera legalidad o regularidad del acto administrativo en general, o la protección de un derecho no fundamental o un interés legítimo –en los casos que proceda–, pero sin que esté comprometido directa e inmediatamente un derecho fundamental del particular. Lo anterior también operaría en el caso del recurso de protección y el proceso de nulidad de Derecho Público (...). Así, si lo solicitado por el actor es el amparo de un derecho fundamental, el proceso que corresponde utilizar es el recurso de protección. En cambio, si lo perseguido es la impugnación de la validez del acto, protegiendo un derecho o interés del actor, el proceso elegido debe ser la nulidad de Derecho público, ya que no hay en juego derecho fundamental comprometido en la especie”³¹.

De igual modo, y en cuanto a la cosa pedida contenida en cualquier acción de protección en que se impugna un determinado acto administrativo, ésta no puede consistir en que el Tribunal que conoce del asunto adopte una determinada política pública, pues ello también compete al Ejecutivo de manera

³¹ Ferrada, Juan Carlos, “Los procesos administrativos en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVI, Valparaíso, Chile, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2011, 1° semestre, p.275.

privativa. Lo que debe solicitarse en cambio –y tal como se hizo en el recurso presentado por los laicos de la ciudad de los Ángeles–, es que se declare cuándo la autoridad recurrida ha traspasado los límites constitucionales y legales dentro de los cuales debe regir su actuar, ordenándola a adoptar en consecuencia, las políticas públicas que estime más convenientes para el caso concreto, pero siempre siendo respetuosa del ordenamiento jurídico al que está sujeta y a los derechos fundamentales de las personas.

Ocurre en estos casos algo semejante a lo que ocurría respecto de la conocida polémica por la inexistencia de los tribunales que resolvieran asuntos contenciosos administrativos³²: así como los tribunales de justicia no pueden abstenerse de conocer asuntos que le son sometidos a su conocimiento, porque de esta manera dejarían en indefensión a una persona, del mismo modo no pueden los tribunales excusarse en la imposibilidad de revisar los actos de la administración durante la pandemia, cuando están en juego los derechos fundamentales.

3. La experiencia extranjera y la jurisprudencia comparada relativas al libre ejercicio del culto.

Siendo el coronavirus un fenómeno mundial, en todos los países los Gobiernos optaron por decretar medidas, con diversos grados de intensidad, para evitar la propagación y el contagio de la enfermedad entre sus ciudadanos. Con todo, dichas políticas no quedaron exentas del debido control por parte de los Tribunales de Justicia en todos los países: en muchos de ellos los tribunales no dudaron en ordenar la revocación de algunas de tales medidas, cuando contravenían las normas constitucionales del país³³.

Como primer ejemplo –centrándonos únicamente en la defensa del libre ejercicio del culto– tenemos al Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el cual a principios de la pandemia fue llamado a analizar la prohibición general de reuniones en iglesias, mezquitas y otros templos impuesta por el gobierno, sin permitir ningún tipo de excepciones. En su orden del 2 de mayo de 2020, el tribunal resolvió provisionalmente que dicha prohibición del Lander

32 Soto Kloss, Eduardo (2015): “Lo contencioso administrativo y los Tribunales Ordinarios de Justicia. Excepción de incompetencia”, en *Revista de Derecho Público*, 21/22, (Facultad de Derecho Universidad de Chile), passim.

33 Todos los casos que expondremos a continuación fueron descritos en informes en Derecho acompañados en los recursos de protección en favor de la libertad de culto interpuestos en Chile. Estos informes en derecho fueron presentados por la organización internacional “Alliance Defending Freedom” y la Corporación Comunidad y Justicia. Cfr. Henríquez, Tomás, Informe en Derecho en causa de protección Rol N° 10.757-2020 seguida ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, 23-12-2020, p. 3-4.

de Baja Sajonia era inconstitucional, por vulneración grave del derecho a la libertad religiosa bajo su constitución³⁴.

Pocos días después, el 18 de mayo de 2020, el Consejo de Estado Francés ordenó al Primer Ministro modificar en un plazo de 8 días los actos administrativos que dispusieron una prohibición general y absoluta de actividades religiosas en lugares de culto, debiendo reemplazarlas por medidas proporcionadas al combate de la pandemia. Junto con señalar que la participación en ceremonias colectivas –particularmente, en lugares de culto–, constituía un componente esencial de la libertad religiosa, sostuvo que prohibir del todo las actividades religiosas constituía un acto de discriminación arbitraria, toda vez que otras actividades de mayor o igual riesgo de contagio se encontraban permitidas³⁵. Así también, unos meses más tarde, con fecha 29 de noviembre de 2020, el mismo Consejo acogió la impugnación a nuevas regulaciones del gobierno francés que establecían un límite fijo de 30 personas para las ceremonias religiosas, con independencia del tamaño del templo en que se llevaran a cabo, en circunstancias de que el límite de personas en otros recintos y para otras actividades se encontraba fijado en relación con el tamaño de los lugares. Una vez más, el Consejo de Estado concluyó que la prohibición establecida resultaba ser desproporcionada, especialmente en atención a las diferencias de trato identificadas, ordenando por tanto al gobierno modificarlas a la brevedad³⁶.

En forma similar, la Sala Constitucional de la República y Cantón de Ginebra, Suiza, fue requerida por un grupo de ciudadanos suizos reclamando la vulneración de sus derechos fundamentales, por cuanto el gobierno suizo había impuesto la prohibición general de celebrar servicios religiosos, con la sola excepción de la celebración de matrimonios o funerales, con hasta 5 y hasta 50 partícipes. En su decisión, la Sala Constitucional acogió la impugnación tomando nota de que la infracción a la libertad religiosa era seria, “privando a los fieles de toda posibilidad de práctica litúrgica”. En forma decisiva,

34 Ver, Bundesverfassungsgericht (Tribunal Federal Constitucional de Alemania), Segunda Sala, Primer Senado, decisión de 29 de abril de 2020, disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200429_tbvq004420.html;jsessionid=6BECFA96894F86CABDDDBDC64451F7AE1.2_cid392 (Fecha de consulta: 30/06/2021, 11:08 hrs.).

35 Ver, Conseil d'État (Consejo de Estado Francés), decisión del 18 de mayo de 2020, disponible en: https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/2020/05-mai/440366-et-suivants-m.-w-etautres.anon_compl.pdf

36 Ver, Conseil d'État, Consejo de Estado Francés, decisión del 29 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/limite-de-30-personnes-dans-les-etablissements-de-culte-decision-en-refere-du-29-novembre>

la Sala Constitucional observó que “a primera vista se constata que existen medidas de carácter menos incisivo que harían posible alcanzar el objetivo sin requerir una interferencia así de significativa con los derechos”³⁷.

Con todo, fueron la Corte Suprema de Estados Unidos y el *Outer House* del Tribunal Supremo Escocés, quienes más profundizaron en el fondo de la cuestión, es decir, no sólo sobre la discriminación arbitraria realizada en perjuicio de los cultos religiosos, sino sobre todo en el carácter esencial y primario del derecho fundamental asociado a ellos. En efecto, en la sentencia del Supremo Tribunal norteamericano de noviembre de 2020, se sostuvo firmemente que “aunque algunos puedan observar los servicios religiosos por televisión, tal participación remota no es lo mismo que la asistencia presencial: los católicos que ven la Misa desde la casa no pueden recibir la Comunión”³⁸, señalando además que el no poder asistir presencialmente a la Eucaristía producía en ellos un daño irreparable. De modo similar, luego de analizar los argumentos de los peticionarios, el *Outer House* escocés, reconoció en su fallo del 24 de marzo de 2021 que “es fundamental para la fe cristiana practicada por los peticionarios la importancia de congregarse físicamente para realizar el culto colectivo, comunión, bautismo y ministración congregacional a través de dones espirituales. En lo que respecta al catolicismo romano (...) la celebración eucarística, en una misa dominical pública, es de particular importancia. La asistencia a misa se considera un elemento esencial, no opcional, de la fe católica. El sacramento de la confesión sólo se puede administrar en presencia del sacerdote y el bautismo, que es el medio por el cual los niños ingresan a la Iglesia Católica, también requiere presencia física. La ley canónica establece las condiciones para el culto colectivo público, que implica, entre otras cosas, la reunión física de cristianos para la oración, la proclamación del Evangelio cristiano y la celebración de la Sagrada Comunión por parte de los cristianos reunidos en un solo lugar. Además, los edificios de las iglesias tienen

37 Ver, Sala Constitucional, República y Cantón de Ginebra, A / 3993/2020 - ABST ACST / 40/2020, decisión de 03 de diciembre de 2020, disponible en: http://ge.ch/justice/donnees/decis/cst/show/2543080?meta=dt_decision%3A%5B01.11.2020+TO+*%5D&doc=

38 Supreme Court of the United States, Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York, 25-11-2020, p. 5: “There can be no question that the challenged restrictions, if enforced, will cause irreparable harm. The loss of First Amendment freedoms, for even minimal periods of time, unquestionably constitutes irreparable injury”. *Elrod v. Burns*, 427 U.S. 347, 373 (1976) (plurality opinion). If only 10 people are admitted to each service, the great majority of those who wish to attend Mass on Sunday or services in a synagogue on Shabbat will be barred. And while those who are shut out may in some instances be able to watch services on television, such remote viewing is not the same as personal attendance. Catholics who watch a Mass at home cannot receive communion, and there are important religious traditions in the Orthodox Jewish faith that require personal attendance”.

un significado particular dentro del catolicismo (por eso rezar en casa no es equivalente a orar en una iglesia), toda vez que éstos se consideran un espacio sagrado. La gracia sacramental no se puede recibir de un servicio grabado o transmitido por video. Por todas estas razones, tengo claro que el efecto del cierre de los lugares de culto supone que los peticionarios (...) se encuentren efectivamente impedidos de practicar o manifestar su religión, por muchas transmisiones o plataformas de internet que puedan existir”³⁹.

Esta jurisprudencia muestra con claridad que en países de incuestionables credenciales de respeto por los derechos humanos –tal es el caso de los países europeos mencionados– se dio al menos un trato igualitario a las ceremonias religiosas, en comparación con otras actividades. En los casos de Escocia y Estados Unidos incluso se fue más allá, profundizando en el contenido de la libertad de cultos y, en consecuencia, en el deber del Estado de respetar el carácter presencial de algunos de ellos, como un elemento esencial e inseparable de la libertad religiosa.

4. La implementación del llamado “Plan Paso a Paso” y las nuevas vulneraciones al libre ejercicio del culto religioso.

Luego de unos meses desde la entrada en vigor del Estado de Excepción de Catástrofe, y para unificar las medidas sanitarias a nivel nacional, el Gobierno ideó un plan orientado a una liberación paulatina y progresiva de las medidas, llamado “Paso a Paso: nos cuidamos”, el cual fue publicado en el Diario Oficial a través de la Resolución Exenta N° 591 del Ministerio de Salud, el 25 de julio de 2020. Se establecieron así cinco pasos o “fases” en las que se podía encontrar una comuna, dependiendo del porcentaje de casos activos que tuviera: Cuarentena, Transición, Preparación, Apertura Inicial y Apertura Avanzada. De acuerdo a este Plan, los cultos religiosos se encontraban prohibidos tanto en las comunas en Cuarentena, como los fines de semanas y festivos en las comunas de Transición.

La afectación a este derecho fundamental se hizo más patente luego de que la autoridad sanitaria, consciente de la “fatiga pandémica” que vivía la población (es decir, el agotamiento social frente al cumplimiento de medidas muy restrictivas), renovó, en enero de 2021, el Plan Paso a Paso. Dichas modificaciones –contenidas en la Resolución Exenta N°43 del Ministerio de

³⁹ Outer House, Court of Session, Opinion of Lord Braid, Reverend Dr. William J U Phillip and Others for Judicial Review of the closure of places of Worship in Scotland, P. 74/21, 24-03-2021, paragraph 60-61 (traducción propia).

Salud, publicada el 14 de enero de 2021–, incluyeron más facilidades para que los establecimientos comerciales y los restaurantes pudiesen recibir clientes (de modo que se eviten quiebras innecesarias de pequeñas o medianas empresas). Así también, atendida la necesidad de las personas de disfrutar de un tiempo de descanso luego de un año bastante difícil, se creó el Permiso Único de Vacaciones, el cual daba la posibilidad de que las personas que se encontraran en Fase 2 (o “Transición”) pudieran salir de vacaciones a cualquier otra comuna que se encuentre en la misma Fase o en una “superior”. Otras medidas fueron la incorporación de un horario especial para que las personas puedan realizar actividades deportivas al aire libre, cualquiera sea el Paso en que se encuentre la comuna en que residan, y la limitación de un máximo de cuatro semanas de duración para la etapa de Cuarentena. Con todo, la asistencia presencial a las ceremonias religiosas seguía prohibida, tanto en comunas en Cuarentena, como los fines de semana y festivos en las comunas en Transición.

Frente a dicha medida, cientos de laicos católicos de distintas regiones del país se organizaron para interponer un total de 16 recursos de protección frente a diversas Cortes de Apelaciones. Así, se interpuso uno en Arica, uno en Copiapó, dos en Valparaíso, dos en Santiago, dos en San Miguel, dos en Rancagua, dos en Talca, uno en Concepción, uno en Temuco, uno en Valdivia y uno en Puerto Montt. Esta vez, dos de ellos –correspondientes a las Cortes de Arica y Concepción– fueron declarados admisibles de manera inmediata; mientras que los otros catorce fueron admitidos a trámite gracias a la decisión de la Corte Suprema de acoger las apelaciones subsidiarias deducidas en contra de las resoluciones de los tribunales de primera instancia señalando “que, del mérito de los antecedentes, aparece de manifiesto que en el libelo interpuesto en autos se han mencionado hechos que eventualmente pueden constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, razón por la que el recurso debió haber sido acogido a tramitación”⁴⁰.

Sin embargo, el giro jurisprudencial del Máximo Tribunal fue más allá, al revocar las sentencias definitivas de las Cortes de Apelaciones de Arica y Concepción que rechazaban las acciones de protección deducidas ante ellas,

⁴⁰ Corte Suprema, Rol 14.157-2021, 26-02-2021. En el mismo sentido, Rol 14.197-2021, 2-03-2021; Rol 14.211-2021, 3-03-2021; Rol 14.363-2021, 14-03-2021; Rol 14.370-2021, 04-03-2021, Rol 14.371-2021, 4-03-2021; Rol 14.554-2021, 2-03-2021; Rol 16.925-2021, 10-03-2021; Rol 17.012-2021, 10-03-2021; Rol 17.100-2021, 10-03-2021; Rol 17.168-2021, 10-03-2021; Rol 17.169-2021, 10-03-2021; Rol 17.174-2021, 10-03-2021; Rol 19.037-2021, 22-03-2021.

acogiendo finalmente ambos recursos mediante dos fallos inéditos (prácticamente idénticos entre sí).

En concreto, la Excelentísima Corte declaró que a los recurrentes “les asiste el derecho fundamental que les posibilita concurrir al culto dominical presencial debiendo la autoridad respectiva establecer un sistema de permisos para tal fin, que les permita desplazarse con este objeto, debiendo en la ceremonia religiosa respectiva cumplirse los aforos máximos determinados por la autoridad con motivaciones sanitarias, considerando los espacios abiertos o cerrados en que se lleven a efecto y de acuerdo a las fases o etapas del plan generado a estos efectos”⁴¹.

Asimismo, de ambos fallos se desprende que el Máximo Tribunal reconoce que los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo pueden ser objeto de restricción, más no de suspensión: “nunca se podrá suspender absolutamente el ejercicio de tales derechos, por cuanto ello está expresamente descartado por el ordenamiento constitucional”⁴². Además, la Corte Suprema reconoció que, ni siquiera a propósito de un estado de excepción constitucional, puede suspenderse la libertad religiosa, sino que sólo sería posible restringir las libertades de locomoción y reunión⁴³, que nunca podría afectarse en su esencia este derecho y que siempre debe respetarse el principio de igualdad cuando se regule su ejercicio⁴⁴. El Máximo Tribunal reconoció que no se respetó en estos casos, al existir “un tratamiento

41 Corte Suprema, Rol 21.963-2021, 1-04-2021, parte resolutive. De igual modo se había resuelto en la causa Rol 19.062-2021, revocando la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, sin perjuicio de que en este caso, se declara el derecho del “recurrente”, por tratarse de una sola persona quien interpuso la acción respectiva.

42 Corte Suprema, Rol 19.062-2021, 29-03-2021, considerando 6°. También se trata esta idea en el considerando 4°. Como ya hemos mencionado, esto se repite de idéntico modo en la sentencia Rol 21.963-2021, de fecha 1-04-2021.

43 Corte Suprema, Rol 19.062-2021, 29-03-2021, considerando 8°: “(...) La libertad de religión y de culto, presuponen sin embargo de forma expresa la posibilidad de ser objeto de contriciones generales en su ejercicio- moral, buenas costumbres y orden público-. Sin embargo, ello no autoriza a entender que, en estados de excepción, tal libertad pueda suspenderse o imponer condiciones que impidan, en los hechos, su ejercicio, pues dichas situaciones excepcionales sólo admiten tales restricciones cuando constan expresamente en las normas constitucionales y legales que las regulan. En este caso, tanto la ley orgánica ya citada como las normas constitucionales sobre estados de excepción sólo admiten en estado de catástrofe (...) al Presidente de la República restringir las libertades de locomoción y de reunión (...). Ninguna de estas facultades admite ser interpretada como una habilitación para suspender o restringir la libertad de religión y de culto garantizada en el artículo 19 N°6 de la Constitución”.

44 Corte Suprema, 19.062-2021, 29-03-2021, considerando 6°: “(...) la regulación que se dicte no podrá, en ningún caso, afectar la esencia de las garantías, como tampoco imponer condiciones o requisitos que impidan su ejercicio, por cuanto incluso el legislador no está habilitado normalmente para ello (art. 19, N°26 de la Constitución), (...) y, cualquier reglamentación que se dicte debe tener en consideración el principio de igualdad entre las distintas actividades a que se refiere, entre las cuales no es posible establecer discriminaciones arbitrarias, por cuanto ello afecta la dignidad de las personas”.

diferenciado injustificado y, por ende, discriminatorio”⁴⁵, por no permitir actividades de culto en Cuarentena o Fase 2, en circunstancias que en sí se permite la realización de otras actividades respetándose aforos y otras medidas de resguardo sanitario.

Ahora bien, la mayor de las novedades de estos fallos es la que trata la posibilidad de participar presencialmente en la misa dominical: esta participación, reconoció la Excelentísima Corte, no puede ser suspendida, sino que sólo cabe restringir su aforo por razones sanitarias de emergencia; salvo esta limitación, “el derecho se puede ejercer sin otra restricción”⁴⁶. Esto se explica no por un capricho ni un privilegio de ciertas reuniones, sino por una adecuada comprensión de la libertad religiosa. Conforme a la fe católica –es decir, con las creencias de los católicos protegidas por la Constitución y por tratados internacionales– la misa (especialmente la dominical) es esencial para la vida religiosa del creyente católico, y su participación necesariamente es presencial: esta participación es el núcleo de la vida espiritual de los católicos y, por tanto, su prohibición importa la suspensión del derecho a la libertad de religión y de culto: “Para la regulación y doctrina de la religión que profesa el requirente, la misa dominical presencial está en el centro de sus creencias, indisolublemente ligada a la manifestación de sus convicciones religiosas más profundas. La misa dominical presencial sería el núcleo de su religión. Esto no por definición del recurrente, sino por las definiciones normativas y de autoridad de los que conducen la religión y el culto que profesa”⁴⁷.

Podemos decir que estas sentencias constituyen fallos históricos al dar un giro en una materia capital en defensa de un derecho humano como la libertad religiosa. Lo primero que destaca es el reconocimiento de que este derecho no puede ser suspendido. “Lo que ha hecho la Corte Suprema ha sido corregir la errónea interpretación del artículo 27 de la Convención Americana. La Corte de Apelaciones de Arica había entendido que los artículos 30 y 32.2 de la Convención permitían la “suspensión” del derecho de libertad religiosa”⁴⁸. En segundo lugar, este fallo es verdaderamente un avance histórico porque, al

45 Corte Suprema, 19.062-2021, 29-03-2021, considerando 10°.

46 Corte Suprema, 19.062-2021, 29-03-2021, considerando 8°.

47 Corte Suprema, 19.062-2021, 29-03-2021, considerando 8°.

48 Corvalán, Javiera; Precht, Jorge: “Libertad Religiosa y Derecho Internacional: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 29 de marzo de 2021, ROL 19.062-2021”, en Diario Constitucional, 2021, disponible en <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/libertad-religiosa-y-derecho-internacional-comentario-a-la-sentencia-de-la-corte-suprema-de-29-de-marzo-de-2021-rol-19-062-2021/> (fecha de consulta: 30/06/2021, 11:47 hrs.).

reconocer la importancia central de los sacramentos y su carácter presencial en la fe católica, reconoció autonomía de cada culto –en el modo y lugar de su celebración– respecto de las autoridades estatales. En efecto, al tenor del artículo 19 N°26 de la Constitución, el Estado no puede afectar en su esencia el derecho a la libertad de cultos, pero los elementos de la esencia de cada culto dependen del credo de que se trate, y no de las disposiciones de orden temporal, que son las que dicta el Estado. De esta manera, el carácter presencial de la participación en la eucaristía en el culto católico, y de la recepción de los sacramentos en general, forma parte del núcleo esencial del contenido del derecho a la libertad religiosa, que comprende –como ya señalamos– la manifestación de las creencias y el ejercicio libre del culto. Este carácter presencial se refiere al contenido de la creencia: para los creyentes católicos, la asistencia presencial a misa no es lo mismo que observar por vía telemática su celebración, pues sólo en la primera se *participa* del acto de culto, estando presente en el sacrificio que se celebra.

5. Conclusiones y perspectivas de futuro de cara a la lucha por la igualdad de trato

Con ocasión de lo ordenado por el Excelentísimo Tribunal, el Gobierno anunció el 1 de abril ciertas modificaciones a las medidas sanitarias cuya ilegalidad y arbitrariedad fueron reconocidas por la Excelentísima Corte Suprema. Primero, se permitió la celebración de cultos religiosos con un aforo máximo de 5 personas. Esta medida generó polémicas, particularmente en lo relativo a las celebraciones de los matrimonios religiosos, toda vez que para la celebración de un matrimonio o un acuerdo de unión civil, se permitía la asistencia de diez acompañantes, además de los novios y el oficial del Registro Civil⁴⁹. En cambio, la regulación aplicable para el resto de las actividades consideradas “esenciales” (supermercados, bancos, tiendas comerciales, etc.) es bastante más permisiva: el aforo máximo se determina caso a caso en razón de la

49 Fue así que, por medio de la Resolución Exenta N° 414, publicada en el Diario Oficial el día 30 de abril de 2021, se modificó el N° 51 de la Resolución Exenta N° 43, permitiendo ahora la celebración de cultos religiosos en comunas en Cuarentena con un aforo máximo de 10 personas. Fundamentalmente por razones políticas, días más tarde, mediante la Resolución Exenta N° 463, publicada el 14 de mayo de 2021 en el Diario Oficial, se duplicaron los aforos permitidos para los cultos religiosos, tanto en las comunas en Cuarentena como en las comunas en Transición. Así, a la fecha en que se escriben estas líneas, para el caso de las comunas en cuarentena, el aforo permitido es de 10 personas en lugares cerrados y en el caso de lugares abiertos, de 20 (Resolución Exenta N° 43, numeral 51°, inciso tercero). En tanto en las comunas en Transición, se permiten 20 personas si el lugar es cerrado y 40 si el lugar es abierto (Resolución Exenta N° 43, numeral 64°, incisos segundo y tercero). Todo ello, respetando siempre la norma de que el aforo total no puede exceder de 1 persona por cada 8 metros cuadrados de superficie útil.

superficie útil del lugar, teniendo como único límite que se respete la proporción de 1 persona por cada 8 metros cuadrados de superficie útil⁵⁰, y que se cumplan las demás medidas sanitarias (uso de mascarilla, limpieza y desinfección de manos y espacios, información al público).

Ya se han interpuesto acciones de protección contra esta diferencia de trato injustificada, pero su tramitación se encuentra todavía vigente. En efecto, no habiendo en las actividades de culto religioso un riesgo sanitario mayor que en el resto de las actividades incluidas en el párrafo anterior, cumpliéndose las mismas medidas sanitarias, vulnera la igualdad ante la ley y, por ende, constituye una discriminación arbitraria, el establecer aforos más restrictivos sin justificación razonable. Asimismo, las medidas que se aplican a los cultos religiosos perturban de manera ilegítima el derecho a la libertad de culto, regulándolo de una manera que lo afecta en su esencia, impidiendo su libre ejercicio, sin que la autoridad tenga facultades para intervenir en asuntos amparados por la autonomía de las confesiones religiosas.

La pandemia ha traído muchos debates en la esfera política nacional, pero también ha permitido –tanto en Chile como en jurisprudencia comparada– una comprensión más profunda acerca del contenido de la libertad religiosa como algo más que un derecho a no ser coaccionado a creer cosas contrarias a las propias creencias o a obrar contra la propia conciencia. La libertad religiosa tiene un sentido que incorpora las manifestaciones externas, individuales y colectivas, y las manifestaciones sociales del hecho religioso, como algo que debe ser valorado y promovido, y no simplemente tolerado. En los casos comentados resueltos por la Corte Suprema ha quedado en evidencia que el culto de las distintas religiones es un asunto cuyo contenido no puede ser definido por la autoridad sanitaria –ni por autoridad estatal alguna–, sino que depende del credo de que se trate. Otra cosa importaría la imposición uniforme y para todos de un ateísmo social, que asumiría que lo esencial para todos es solamente la vida terrena, sin respetar así las visiones de quienes creen en una dimensión religiosa y espiritual del mundo y de la vida. Se trata de un asunto que para los Estados es inviolable, y que una comprensión adecuada de los derechos humanos debería llevar a respetar y promover.

⁵⁰ Vid. Resolución Exenta N° 43, 55° y 71°.

DESARROLLOS DEL DERECHO PÚBLICO

AUGE Y CAÍDA DE LA DOCTRINA DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES EN CHILE COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROLES 9797-2020 Y 10.774-2021

Marianne Poehls¹

Sergio Verdugo²

Resumen

Este trabajo comenta las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile (TC) que se pronunciaron sobre la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales que incorporaban disposiciones transitorias autorizando el retiro de parte de los fondos previsionales (TC 9.797 y 10.774). Las razones normativas para justificar la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales se expresan con mayor fuerza cuando dicha doctrina se utiliza para proteger los contenidos mínimos de la democracia que las constituciones pueden ayudar a preservar—el *constitutional minimum core*. Este argumento, sostienen los autores, podría extenderse a aquellos presupuestos jurídicos que hacen posible la estabilización de aquellos procesos políticos que permiten la actividad democrática representativa. Los autores argumentan que los contenidos de las sentencias del TC no van en esa dirección. Aunque la argumentación del TC es confusa y contradictoria, es posible reconstruir el argumento central tomando en consideración ambas sentencias. La *ratio decidendi* de ambos casos se vincula al modo como el TC percibe la protección del derecho a la seguridad social y no a alguna teoría procedimental de la democracia. Ello hace que el fallo posea débiles justificaciones normativas.

1. Introducción

El 30 de diciembre de 2020, el Tribunal Constitucional acogió un

1 Ayudante de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: mpoehlsr@udd.cl

2 Profesor Asociado, Director del Centro de Justicia Constitucional y del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sverdugor@udd.cl

requerimiento del Presidente de la República³, por el cual declaró la inconstitucionalidad del proyecto de reforma constitucional que tenía por objetivo incluir en la Constitución una disposición transitoria que autorizaba el retiro anticipado de parte de los fondos previsionales. El caso se situaba dentro de una controversia política mayor que incluía varias iniciativas presentadas por parlamentarios tomando medidas para hacer frente a los efectos económicos y sociales de la pandemia⁴, y el intento del Poder Ejecutivo de controlar la agenda legislativa asociada a dichas medidas argumentando que la iniciativa en estas materias le correspondía al Presidente de la República de manera exclusiva.

Para entender el contexto, es importante tener presente que, poco antes, algunos líderes políticos de la oposición habían declarado que era más importante responder a las demandas sociales urgentes antes que obedecer la Constitución⁵, se estaba discutiendo una suerte de mutación de la forma de gobierno que le quitaba protagonismo al Presidente de la República⁶, además un célebre académico declaró que la Constitución había “fenecido”⁷. A ello se agregaban otros factores relevantes: un alto deterioro en la popularidad del Presidente Piñera y de su gobierno (sobre todo a partir de las protestas iniciadas en octubre de 2019)⁸, la mala reputación que poseían (y poseen)

3 Tribunal Constitucional, Rol 9797-2020, 30-12-2020.

4 Ejemplos de estos proyectos incluyen: Compensación a favor del Estado por la explotación de la minería del cobre y litio (Royalty Minero) (Boletín N°12.093-08), Postergación de las elecciones en consideración a la pandemia, donde el problema estuvo en una indicación parlamentaria cuyo objetivo era establecer la gratuidad del transporte pública durante esos días (Boletín N°14.138-07), entre otros.

5 Un ejemplo importante lo dio la entonces Presidenta del Senado, Adriana Muñoz, a propósito de la discusión de la admisibilidad del proyecto que buscaba extender el postnatal de emergencia, cuando declaró que prefería cometer un “sacrilegio” contra la Constitución e incluso ser destituida, antes que ignorar una demanda social urgente. (Latercera.com, La polémica alocución de la presidenta del Senado en debate por postnatal: Prefiero cometer un sacrilegio con la Constitución y ser destituida que pasar por sobre una demanda urgente de las madres, 03 de junio de 2020).

6 El senador Jaime Quintana declaró que: “Más allá de que el tiempo me haya dado la razón, yo constato un hecho de la causa: El Gobierno hoy día no halla como enfrentar una serie de proyectos. A mi no me gustan los proyectos inadmisibles, no soy un promotor del parlamentarismo de facto, simplemente lo constato”. Emol.com, Senador Quintana (PPD) dice que “parlamentarismo de facto” se da debido a la “ausencia” del Gobierno, 18 de noviembre de 2020.

7 Al respecto, Fernando Atria estimó que la Constitución vigente ha fenecido al no contar con un estándar reconocido de la conducta política. Lo cual se aprecia en los parlamentarios que presentan mociones de iniciativa exclusiva del presidente, en los presidentes de las cámaras y en las comisiones con facultades de declararlas inconstitucionales pero que no lo hacen. (Latercera.com, Un cadáver de Constitución, 23 de junio de 2020.)

8 La aprobación del Presidente era baja en la última semana de octubre de 2019 (14%), cayendo aún más para la última semana de abril de 2021 (9%). (Cadem.cl. Encuesta Cadem.)

las Administradoras de Fondos de Pensiones⁹, el sentido de urgencia y alta popularidad que medidas económicas rápidas tenían en la opinión pública y la proximidad de un período electoral que incentivaba a los parlamentarios a mostrarse críticos del Gobierno y a apoyar iniciativas.

En este contexto, y frente a las múltiples iniciativas parlamentarias que presentaban proyectos de ley, el Ejecutivo se oponía a que los parlamentarios pudieran aprobar iniciativas legislativas que habían violado la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Como un modo de contestar a este reclamo, los parlamentarios comenzaron a presentar proyectos de reforma constitucional¹⁰, argumentando que la iniciativa exclusiva solo regía para proyectos de ley y no para proyectos de que buscaban modificar la Constitución mediante disposiciones transitorias, aunque su contenido fuera el mismo, estrategia que algunos constitucionalistas consideraron como fraudulenta¹¹.

Es posible que los actores políticos no solo estuvieran interesados en el caso por las consecuencias económicas que el retiro de parte de los fondos previsionales pudiera generar en el país ni por la protección de los poderes legislativos de un Presidente de la República que perdía el control de la agenda política. También es posible que la discusión estuviera condicionada por el modo como el Congreso podía establecer las reglas para el proceso constituyente en curso. Si el contenido de las disposiciones transitorias de la Constitución podía aprobarse por tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio, sin importar el contenido de dichas disposiciones transitorias, entonces ellas podrían ser utilizadas para regular el proceso constituyente sin necesidad de alcanzar los dos tercios de parlamentarios en ejercicio requeridos para

9 En diciembre de 2019 el 94% de los chilenos estimaba necesario una reforma a las AFP. (Cnnchile.com, Cadem: 94% de los chilenos cree necesario una reforma a las AFP y Piñera sigue con 80% de desaprobación, 30 de diciembre de 2019); y en junio de 2021 se realizó un sondeo en que se estableció que la principal prioridad de la población es la reforma de pensiones. (Latercera.com, Encuesta muestra que tres de cada cuatro personas está de acuerdo con una Pensión Básica Universal, 14 de junio de 2021)

10 Ejemplos de este tipo de proyecto incluyen: Tercer y cuarto retiro de fondos de pensiones (Boletín N°13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07; y Boletín 14.210-07 respectivamente); Procedencia de una renta básica universal de emergencia (Boletín N°14.2228-07); Impuesto al patrimonio (Boletín N°13.555-07) y suspensión del impuesto específico de gasolinas de automotrices y petróleo diesel (Boletín N°14.210-07), entre otros.

11 Por ejemplo, los constitucionalistas Enrique Navarro y Sebastián Soto señalaron en un medio de prensa que: “el Derecho Constitucional no puede aceptar la “elusión constitucional”, esto es, intentar defraudar las formas del Derecho y el contenido consustancial de la Carta Fundamental por la vía de utilizarla como un continente de reglamentaciones que no son, ni por tradición ni por su naturaleza, constitutivas del pacto político”. (Elmercurio.com, Elusión Constitucional, 13 de julio de 2020). Hernán Corral, en el mismo sentido, estimó que este es un mecanismo de fraude a la ley que “al amparo de la norma del art. 127 de la Constitución que opera como “ley de cobertura”, se están soslayando las normas de los arts. 63, 65 y 93 N° 3 de la misma Constitución, que son la “ley defraudada”. (corralciani.wordpress.com, Retiro de fondos previsionales y acto en fraude de ley, 12 de julio de 2020).

modificar el Capítulo XV de la Constitución, que regula el procedimiento de reforma constitucional y establece, a partir de diciembre de 2019, las principales normas que regulan al proceso constituyente. Así, el requerimiento del Presidente de la República, solicitando al TC que declare la inconstitucionalidad del proyecto de reforma constitucional que autorizaba el retiro parcial de los fondos previsionales, podía transformarse en un litigio sobre los límites que el Congreso tenía para regular al proceso constituyente y, posiblemente, controlar las reglas de la Convención Constitucional burlando el quórum de los dos tercios.

Se trataba de un caso importante, y el TC, en un fallo dividido, acogió el requerimiento¹². El fallo, como explicaremos, es confuso y contradictorio, lo que afectaba, desde un comienzo, las posibilidades de que el mismo sirviera para orientar y disciplinar al legislador. Además, el Presidente de la República había alcanzado un acuerdo legislativo para establecer otro mecanismo de retiro mediante un proyecto de ley presentado por él¹³, y el recientemente dictado fallo del TC había sido útil para volver viable dicho acuerdo.

Poco tiempo después, como era esperable, un grupo de parlamentarios presentó un nuevo proyecto de reforma constitucional estableciendo un mecanismo similar que autorizaba el retiro parcial y anticipado de los fondos de pensiones. El Presidente de la República presentó un nuevo requerimiento, probablemente para reiterar la estrategia y el acuerdo logrado en la primera oportunidad. No obstante, en esta segunda oportunidad, el TC resolvió no acoger a tramitación el requerimiento y lo tuvo como no presentado en una resolución dividida¹⁴. Como explicaremos, esta segunda resolución es relevante para entender la genuina doctrina del TC, la que se asocia al modo como una mayoría de sus ministros percibe la protección constitucional del derecho a la seguridad social. Para esta doctrina, en estos casos es irrelevante si se vulneraron o no las atribuciones legislativas del Presidente de la República o si las prácticas parlamentarias están desestabilizando los procesos representativos en el contexto de un decaimiento institucional más generalizado. Para estos casos, lo significativo es que el contenido de los proyectos respete los derechos que pueden verse menoscabados, razón por la cual todos los proyectos que los desprotejan, sean o no presentados por

12 Tribunal Constitucional, Rol 9797-2020, 30-12-2020.

13 Ley N° 21.295 del 2020.

14 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-2021, 29-04-2021.

reforma constitucional o mediante proyectos de ley, serían inconstitucionales. Para esta doctrina, la primera sentencia no habría cumplido su objetivo de proteger los derechos de las personas, debido al acuerdo político que el Presidente de la República celebró para establecer un mecanismo de retiro mediante un proyecto de ley simple presentado mediante un mensaje. Como un nuevo acuerdo de dichas características era posible en el segundo caso, y burlar la doctrina del TC sobre la protección del derecho se hacía posible, el TC decidió no acoger el requerimiento.

Al final del día, como mostraremos, y pese a la existencia de dos sentencias recientes, hoy no existe en Chile una doctrina sobre las reformas constitucionales inconstitucionales que permita identificar criterios de aplicación judicial predecible para disciplinar las prácticas legislativas. Ello debe entenderse sin perjuicio de que sea útil que una doctrina así exista para defender los avances democráticos logrados, tal y como uno de nosotros ha argumentado en el pasado¹⁵. Si alguien cree ver en las sentencias del TC un argumento que sea defendible desde una perspectiva democrática, el mismo carece de capacidad para disciplinar prácticas legislativas y estabilizar los procesos políticos asociados generando procedimientos predecibles que faciliten la representación política. Aunque, y como mostraremos, el argumento central del TC, basado en la defensa de un modo específico de entender el derecho a la seguridad social, no se puede asociar a los fundamentos democráticos que la literatura comparada ha utilizado para justificar la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. Como explicaremos, dichos argumentos no deben sostenerse en la teoría clásica del poder constituyente ni en derechos fundamentales cuyo contenido sea esencialmente controvertido, sino que en el núcleo constitucional-democrático que otros autores han desarrollado. Lamentablemente, la tesis del TC no permite establecer esta conexión, lo que la hace vulnerable a la crítica democrática tradicional contra aquellos fallos que evalúan la constitucionalidad de las reformas constitucionales.

En este trabajo no examinamos las razones jurídicas que podrían invocarse para identificar las debilidades de la argumentación sostenida por el TC, ni tampoco analizamos los votos disidentes. Nuestro objetivo es utilizar la teoría de las reformas constitucionales inconstitucionales para criticar la jurisprudencia reciente del TC chileno, sostener que (1) ella es defendible cuando la

15 Ver Sergio Verdugo, "The Role of the Chilean Constitutional Court in Times of Change," in *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, ed. Richard Albert, Carlos Bernal, and Juliano Zaiden Benvindo (Hart Publishing), 2019.

misma se puede utilizar para defender las condiciones que hacen sostenible la democracia en el tiempo; (2) los fallos del TC no se conectan con esta manera de justificar las reformas constitucionales inconstitucionales, por lo que sus argumentos quedan expuestos a críticas democráticas fuertes.

La siguiente sección repasa brevemente las posibles justificaciones de la doctrina de la reforma constitucional inconstitucional, distinguiendo la que parece más persuasiva si se sigue una concepción competitiva y no populista de la democracia. Luego, exploraremos brevemente el origen de la teoría en Chile, observando que nuestro país ha sido generalmente hostil a la misma. Sin perjuicio de ello, explicamos las razones por las cuales es normativamente deseable defender una versión acotada y específica de dicha doctrina. A continuación, revisaremos los argumentos dados por el voto de mayoría de las sentencias recientes del Tribunal Constitucional para demostrar que ellos son confusos y contradictorios, y no pueden justificarse con los fundamentos normativos que los autores promueven.

2. La teoría de la reforma constitucional inconstitucional

La idea de la reforma constitucional inconstitucional atrajo la atención de la literatura luego de que la misma fuera invocada en Irlanda y utilizada en India¹⁶. La teoría ha migrado a muchos otros países, incluyendo jurisdicciones tan diversas como Turquía¹⁷, Colombia¹⁸, Bangladesh¹⁹ y en algunas partes de Europa, especialmente de Europa del Este²⁰. La teoría también ha sido explícitamente rechazada en otros países donde se suelen invocar argumentos

16 Ver, por ejemplo, Gary Jeffrey Jacobsohn, "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective," en *International Journal of Constitutional Law* 4, no. 3 (2006): 460–87.

17 Yaniv Roznai and Serkan Yolcu, "An Unconstitutional Constitutional Amendment. The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court's Headscarf Decision," en *International Journal of Constitutional Law* 10, no. 1 (2012): 175–207.

18 Gonzalo Ramírez Cleves, "The Unconstitutionality of Constitutional Amendment in Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy," in *Democratizing Constitutional Law*, ed. Thomas Bustamante and Bernardo Gonçalves Fernandes (Springer), 2016, 213–29; Samuel Issacharoff, Santiago García-Jaramillo, and Vicente F Benítez-Rojas, "Judicial Review of Presidential Re-Election Amendments in Colombia," *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2020, 13.

19 Po Jen Yap and Rehan Abeyratne, "Judicial Self-Dealing and Unconstitutional Constitutional Amendments in South Asia," en *International Journal of Constitutional Law* 19, no. 1 (2021): 127–48.

20 Michael Hein, "Do Constitutional Entrenchment Clauses Matter? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe," en *International Journal of Constitutional Law* 18, no. 1 (2020): 78–110. También, Michael Hein, "The Least Dangerous Branch? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe," in *Courts and Politics*, ed. Martin Belov (Routledge), 2019.

formalistas para resistir su procedencia²¹. Este argumento es simple: como el objetivo de la reforma constitucional es modificar la Constitución, a menos que existan cláusulas pétreas o límites procedimentales para su procedencia, los jueces constitucionales no están autorizados a evaluar el contenido del proyecto de reforma. De otra manera, también podrían existir objeciones basadas en el argumento contramayoritario (los jueces se opondrían a la decisión de representantes electos, muchas veces actuando con reglas supramayoritarias) o en un argumento lógico basado en un modo jerárquico y formal de entender las fuentes del Derecho.²² De este modo, el argumento sigue, la revisión de las reformas constitucionales debiese estar únicamente basada en el texto de la Constitución vigente. Este argumento, que parece común en aquellos países que poseen una tradición formalista de entender sus fuentes del Derecho, hace que los autores y jueces que han defendido la doctrina tengan que ofrecer razones especialmente poderosas para derrotar la crítica formalista. Dichos argumentos existen y se han utilizado incluso para defender la atribución de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales, aun en aquellos casos en que no existan límites explícitos en el texto constitucional.

No todas estas formas de justificación descansan en los mismos principios ni todas tienen el mismo alcance. Además, algunas de estas justificaciones pueden conducir a defender sentencias normativamente poco atractivas, como aquellas que atacan la democracia o sirven de fundamento para comportamientos asociados al constitucionalismo abusivo²³. Pese a todo, y aunque la teoría presenta importantes divisiones entre los autores y su recepción en diversos países parece controvertida (y lejos de constituir un canon global o un anticanon)²⁴, la misma se ha generalizado entre los académicos y ya forma un lugar común en los debates académicos sobre derecho constitucional

21 Richard Albert, Malkhaz Nakashide, and Tarik Olcay, "The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments," en *Hastings Law Journal* 70 (2019).

22 Ver, por ejemplo, las críticas a la doctrina de la sustitución en Colombia en el siguiente trabajo: Santiago García-Jaramillo and Francisco Gnecco-Estrada, "La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo," en *Vniversitas* 65, no. 133 (2016): 59-104.

23 Ver, por ejemplo, David Landau and Rosalind Dixon, "Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy," en *UC Davis Law Review* Forthcoming (2020).

24 Existe una incipiente literatura sobre los cánones globales en Derecho Constitucional Comparado y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ver, por ejemplo, Michaela Hailbronner, "Constructing the Global Constitutional Canon: Between Authority and Criticism," en *University of Toronto Law Journal* 69, no. 2 (2019): 248-74.

comparado²⁵. Como uno de nosotros lo ha sostenido en otro trabajo, la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales puede, bajo ciertas condiciones, formar parte del canon global, mientras que, bajo condiciones opuestas, puede formar parte de un anticanon²⁶. Un desafío ineludible que cualquier justificación debiera ofrecer, entonces, es un criterio para distinguir aquellas condiciones que hacen conveniente o deseable la procedencia de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales.

Una justificación tradicional de la teoría de la reforma constitucional inconstitucional dice relación con la idea de la *estructura básica*. Lamentablemente, esta justificación tradicional no distingue dichas condiciones y se limita a discutir los rasgos esenciales del modo y forma como se organiza la comunidad política, sean o no democráticos. Para esta tesis, el sistema constitucional no puede modificarse en aquellos aspectos que sean esenciales porque para ello correspondería invocar el poder constituyente originario. Un posible intento de los poderes constituidos de modificar la estructura básica traicionaría aquellos aspectos que, en primer lugar, sirven de fundamento para la existencia jurídica y política de las atribuciones de dichos órganos constituidos. Sus atribuciones estarían naturalmente delimitadas. Esta tesis, que se hizo popular gracias a la doctrina de la Corte Suprema India, también ha encontrado razones normativas en el trabajo del teórico nacional socialista Carl Schmitt, quien elaboró una conocida distinción entre leyes constitucionales y constituciones²⁷. La idea de Schmitt ha sido muy influyente y, conectada a teorías democráticas sobre la soberanía popular, ha sido explícitamente citada para justificar el uso de la teoría en países como Colombia²⁸. Ella también ha influido en el trabajo de académicos contemporáneos como Yaniv Roznai. En una adaptación de la teoría del poder constituyente, Roznai sostiene que el poder constituyente originario (democrático) habría delegado facultades revisoras a los jueces para preservar sus actos originales (la lógica de

25 Yaniv Roznai, "Unconstitutional Constitutional Amendments. The Migration and Success of a Constitutional Idea," en *The American Journal of Comparative Law* 61 (2013): 657–720. También, Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press), 2017.

26 Sergio Verdugo, "Global Canons, Term Limits, and the Constituent Power Theory," in *Canons in Global Constitutional Law*, ed. Mattias Kumm, Michaela Hailbronner, and Sujit Choudhry (Oxford University Press, Forthcoming).

27 Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, trans. Jeffrey Seitzer (United States of America: Duke University Press), 2008.

28 Joel I. Colón-Ríos, "Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia," en *Constellations* 18, no. 3 (2011): 365–88.

la delegación no es muy diferente de la utilizada por Ackerman en su tesis de los momentos constitucionales, aunque Ackerman no elabora una teoría del poder constituyente²⁹). Para Roznai, sería relevante examinar el modo como la reforma constitucional se acerca a dicho poder constituyente del pueblo. Así, por ejemplo, podría haber menos deferencia con el constituyente derivado si el mismo simplemente aprobara la reforma mediante representantes actuando con la regla de mayoría ordinaria, pero esa deferencia debería crecer si el procedimiento involucrara un pronunciamiento más explícito o directo del pueblo³⁰.

Al descansar en la teoría Schmittiana del poder constituyente, el argumento de la estructura básica está expuesto a serias objeciones. Entre ellas, se puede sostener que la teoría del poder constituyente también puede ser utilizada en contra del rol de los jueces. Si los jueces son los llamados a ofrecer una interpretación final de la Constitución y la Constitución se entiende en términos Schmittianos, entonces podría argumentarse que los jueces pasarían a tener el poder constituyente, lo que desafía la misma matriz Schmittiana escéptica de la capacidad y competencia de los jueces para asumir este rol. Por razones como esta, una teoría del poder constituyente también puede ser utilizada en un sentido inverso. Esto es, no para que los jueces cumplan un rol de preservar el sistema constitucional, sino que para permitir que dicho poder constituyente se pueda manifestar de manera ilimitada y con controles posteriores. Esta versión de la teoría del poder constituyente también puede estar expuesta a críticas (pudiendo dejar el sistema constitucional a merced de líderes populistas en algunos casos), pero ella es más plausible que la primera versión. Este es el modo como los jueces han entendido la teoría del poder constituyente en Francia³¹.

29 Ver Bruce Ackerman, *We the People. Foundations* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press), 1991; Bruce Ackerman, *We the People: Transformations*, vol. 2 (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press), 2000; Bruce Ackerman, *We the People: The Civil Rights Revolution*, vol. 3 (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press), 2014.

30 Ver una versión más actualizada de la tesis de Roznai en Yaniv Roznai, "Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty," in *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, ed. Richard Albert, Xenophon Contiades, and Alkmene Fotiadou (Hart Publishing), 2017, 23-49.

31 Ver una discusión sobre el uso de la teoría en Francia en Lucien Jaume, "Constituent Power in France: The Revolution and Its Consequences," in *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, ed. Martin Loughlin and Neil Walker (Oxford University Press), 2007. Ver, también, la discusión de Ackerman, donde comenta el modo como el Consejo Constitucional francés eludió declarar la inconstitucionalidad del evidentemente irregular procedimiento que Charles de Gaulle siguió para establecer un mecanismo electoral para el Presidente de la V República, eludiendo un pronunciamiento de la misma asamblea legislativa. Bruce Ackerman, *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law* (Harvard University Press, 2019).

Otras posibles objeciones contra la teoría Schmittiana acusan su naturaleza autoritaria porque, para Schmitt, los contenidos esenciales que ordenan el modo y forma de organización de la comunidad política no dicen necesaria relación con la democracia ni con las condiciones que la hacen posible.³² También, la teoría del poder constituyente puede servir para justificar comportamientos antidemocráticos de caudillos o populistas que la invocan³³. Aunque esta crítica depende de datos empíricos, la misma puede reducirse a la posibilidad de que ella ocurra³⁴. La sola ausencia de un criterio que permita utilizarla de manera democrática ha llevado a los autores a corregir la teoría del poder constituyente de un modo que la termina haciendo irreconocible³⁵. Por otro lado, la tesis del poder constituyente ha sufrido una revisión fuerte en la literatura contemporánea gracias a autores como Andrew Arato y Zoran Oklopčic³⁶. El primero ofrece una versión post-soberana de los procesos constituyentes que muestra que procesos exitosos poseen otras reservas de legitimidad donde se recogen las negociaciones y también los pactos de elite. Esta idea, que empíricamente también se puede asociar a la conexión existente entre contenidos liberales de las constituciones y a sus procedimientos elitistas de creación³⁷, parece plausible y ella nos lleva a cuestionar la verdadera utilidad de la teoría del poder constituyente.

32 La teoría también ha sido acusada de contradictoria. Para un autor, la misma requiere la utilización de límites basados en la naturaleza del Derecho y del liberalismo constitucional, pese a que Schmitt rechaza estos límites de manera explícita. Ver R. Stacey, "Constituent Power and Carl Schmitt's Theory of Constitution in Kenya's Constitution-Making Process," en *International Journal of Constitutional Law* 9, no. 3-4 (2011): 587-614.

33 David Landau, "Constituent Power and Constitution-Making in Latin America," in *Comparative Constitution-Making*, ed. Hanna Lerner and David Landau (Edward Elgar Press), 2019.

34 Ver un ejemplo en Sergio Verdugo, "The Fall of the Constitution's Political Insurance. How the Morales Regime Broke the Insurance of the 2009 Bolivian Constitution.," en *International Journal of Constitutional Law* 17, no. 4 (2019).

35 Ver, por ejemplo, Carlos Bernal, "Constitution-Making (without Constituent) Power. On the Conceptual Boundaries of the Power to Replace or Amend the Constitution," in *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, ed. Richard Albert, Carlos Bernal, and Juliano Zaiden Benvindo (Hart Publishing), 2019, 21-49.

36 Zoran Oklopčic, "Three Arenas of Struggle: A Contextual Approach to the Constituent Power of 'the People,'" en *Global Constitutionalism* 3, no. 2 (2014): 200-235; Zoran Oklopčic, *Beyond the People: Social Imaginary and Constituent Imagination* (Oxford University Press), 2018; Andrew Arato, "Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making," en *International Journal of Politics, Culture, and Society* 22, no. 4 (2009): 427-43, <https://doi.org/10.1007/s10767-009-9070-z>; Andrew Arato, *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy* (Oxford University Press), 2016; Andrew Arato, *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?* (Cambridge University Press), 2017.

37 Gabriel Negretto and Mariano Sánchez-Talanquer, "Constitutional Origins and Liberal Democracy: A Global Analysis, 1900-2015," en *American Political Science Review* 115, no. 2 (2021).

No obstante, las deficiencias normativas y empíricas de la teoría del poder constituyente no debieran hacer que rechacemos la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales en su totalidad. Ella podría, por ejemplo, basarse en una versión Rousseoniana (y no de la tradición Sieyesiana, que se conecta con el trabajo de Schmitt) del poder constituyente. Para la teoría del poder constituyente de Rousseau, que conocemos gracias a la investigación de Joel Colón-Ríos³⁸, la existencia de poderes constituidos es una precondición para el funcionamiento del sistema político. Así, la distinción entre constituyente y constituido pierde sentido y es posible encontrar aquellas condiciones que hacen posible la democracia. Esta teoría parece superior a la de Schmitt, aunque la misma no parece autosuficiente como para justificar el rol de los jueces.

Otras alternativas de justificación, aunque tal vez menos plausibles, pasan por la utilización del Derecho Natural, como lo hizo el juez Kennedy en Irlanda³⁹, o por construir algún tipo de visión Burkeana que persiga identificar la manera como un modo de defender una identidad constitucional que se ha construido históricamente, como lo ha sostenido Jacobsohn⁴⁰. Ambas alternativas también están sujetas a objeciones. El Derecho Natural no es aceptado como fuente del Derecho de manera transversal por nuestra comunidad política y, aunque lo fuera, su contenido sería probablemente objeto de disputa y fuente de incertidumbre. Además, la conexión entre el Derecho Natural y el sistema democrático liberal parece de difícil justificación (incluso inexistente), lo que derrotaría uno de los motivos más importantes por los cuales la teoría se ha considerado como útil por académicos contemporáneos⁴¹. Por otro lado, la tesis Burkeana de Jacobsohn puede resultar demasiado conservadora y vinculada con una tradición constitucional que no necesariamente defiende los principios del constitucionalismo liberal. Así, su aceptación podría ser útil en contextos limitados, pese a que podría abrir un debate histórico más importante acerca del modo como las identidades constitucionales se construyen.

38 Joel Colón-Ríos, "Rousseau, Theorist of Constituent Power," en *Oxford Journal of Legal Studies* 36, no. 4 (2016): 885-908; Joel Colón-Ríos, *Constituent Power and the Law* (New York: Oxford University Press), 2020.

39 Tom Gerald Daly, "Hugh Kennedy: Ireland's (Quietly) Towering Nation-Maker," in *Towering Judges. A Comparative Study of Constitutional Judges*, ed. Rehan Abeyratne and Iddo Porat (Cambridge University Press), 2021, 96-116.

40 Jacobsohn, "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective."

41 Ver, por ejemplo, la discusión de Landau cuando revisa la teoría en su conceptualización de la idea de constitucionalismo abusivo. David Landau, "Abusive Constitutionalism," *UC Davis Law Review* 47 (2013): 189-260.

Una alternativa más atractiva para justificar la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales es su utilización para identificar y proteger aquellas condiciones que hacen que la democracia sea sostenible en el tiempo. Así, la teoría se podría vincular a ideas normativas procedimentales, como las elaboradas por académicos como John Hart Ely⁴², Sam Issacharoff⁴³, David Landau⁴⁴, y Stephen Gardbaum⁴⁵, quienes defienden el poder de los jueces sobre la base de su competencia y capacidad para, por ejemplo, estabilizar procesos democráticos en contextos institucionales frágiles, garantizar la posibilidad de que los incumbentes puedan perder las elecciones en procesos predecibles, ayudar a evitar giros autoritarios, ensanchar los caminos de la participación política y robustecer la representación política. Esta tradición de pensamiento vincula los valores procedimentales de la democracia con el poder de los jueces, y, en teoría, resulta útil para reducir la importancia de la objeción contramayoritaria contra los jueces constitucionales en tanto su comportamiento contramayoritario estaría dirigido a preservar la democracia y a garantizarla en el futuro. Este argumento está sujeto a una crítica empírica que cuestiona la real capacidad de los jueces en la protección de dichos valores democráticos, especialmente en contextos vulnerables al populismo o en situaciones transicionales⁴⁶, pero varios autores han respondido a dicha objeción empírica con resultados relativamente satisfactorios, identificando casos y elaborando estrategias judiciales que han permitido consolidar principios políticos democráticos importantes⁴⁷.

Así, una reforma constitucional debiera reconocer que existen principios democráticos superiores que están incluidos o implícitos en la constitución

42 John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press), 1980.

43 Samuel Issacharoff, *Fragile Democracies. Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, Cambridge Studies in Election Law and Democracy (Cambridge University Press), 2015; Samuel Issacharoff and Richard H. Pildes, "Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process," en *Stanford Law Review* 50, no. 3 (1998): 643-717.

44 Landau, "Abusive Constitutionalism."

45 Stephen Gardbaum, "Comparative Political Process Theory" 18, no. 4 (2020).

46 Ver, por ejemplo, Tom Gerald Daly, "The Alchemists: Courts as Democracy-Builders in Contemporary Thought," en *Global Constitutionalism* 6, no. 1 (2017): 101-30; Tom Gerald Daly, *The Alchemists. Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders* (Cambridge University Press), 2017.

47 Ver, por ejemplo, Rosalind Dixon and Samuel Issacharoff, "Living to Fight Another Day: Judicial Deference in Defense of Democracy," en *Wisconsin Law Review* 2016, no. 4 (2016): 683-731; Erin F. Delaney, "Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative Perspective," en *Duke Law Journal* 66, no. 1 (2016): 1-67; Yaniv Roznai, "Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy," en *William & Mary Bill of Rights Journal* 29 (2020), <https://doi.org/10.2139/ssrn.3488474>; Sergio Verdugo, "How Can Judges Challenge Incumbent Dictators and Get Away with It?," en *Columbia Journal of Transnational Law* 59 (2021).

que intentan modificar. Kim Lane Scheppelle hablaba de la posibilidad de una constitución inconstitucional por contravenir la democracia⁴⁸ y Richard Albert ha reconocido distintas maneras de hacerlo⁴⁹. Aunque uno de nosotros ha cuestionado la utilidad de dicho término y de su posible aplicación⁵⁰, los ejemplos de reformas constitucionales inconstitucionales que han ayudado a fortalecer principios democráticos como, por ejemplo, defendiendo al Poder Judicial de captura o asegurando que una autoridad presidencial respete la prohibición de la reelección, muestran que la doctrina no solamente es normativamente deseable, sino que ella también puede ser útil.

No obstante, para que dicha doctrina sea atractiva, es necesario precisar su objeto, excluir las hipótesis de revisión que no digan relación con la preservación de un principio esencial para la democracia, identificar las condiciones que deben preservarse y estudiar el modo y procedimiento como los jueces pueden influir. Algunas de estas respuestas dependerán de las particularidades propias de cada país. Así, por ejemplo, utilizar el poder de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de reformas que eliminan o restringen el límite a la reelección del Presidente⁵¹, tiene más sentido en un sistema presidencial (especialmente en su versión hiper-presidencializada) que en un sistema parlamentario, y ella tiene razones más poderosas cuando la extensión del mandato presidencial podría hacer que el presidente capturara aquellas instituciones que tienen por misión controlar el poder⁵². Otro ejemplo dice relación con aquellos estados que poseen un sistema democrático que incluya

48 Kim Lane Scheppelle, “Unconstitutional Constituent Power,” *Unpublished Manuscript (on File with Author)*, 2013.

49 Richard Albert, “Four Unconstitutional Constitutions and Their Democratic Foundations,” en *Cornell International Law Journal* 50 (2017): 169–98.

50 Sergio Verdugo, “The Value of the Concept of Unconstitutional Constitutions,” *Cornell International Law Journal Online* 50 (2017): 39–46; Sergio Verdugo, “¿Es la Doctrina de las Constituciones Inconstitucionales un Instrumento Útil para Preservar la Democracia en Contextos de Fragilidad Institucional?,” *Actualidad Jurídica* 39 (2019): 143–65.

51 Sobre este punto concreto, ver, por ejemplo, Rosalind Dixon, David Landau, and Yaniv Roznai, “Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America,” in *The Politics of Presidential Term Limits*, ed. Alexander Baturo and Robert Elgie (Oxford University Press), 2019, 53–73; David Landau, “Presidential Term Limits in Latin America and the Limits of Transnational Constitutional Dialogue,” en *Law & Ethics of Human Rights Forthcoming*: 12 (2018); Tom Ginsburg, James Melton, and Zachary Elkins, “On the Evasion of Executive Term Limits,” en *William and Mary Law Review* 52, no. 6 (2011): 1807–73; Rosalind Dixon and David Landau, “Constitutional End Games: Making Presidential Term Limits Stick,” en *Hastings Law Journal* 71, no. 2 (2020): 359–418.

52 Este es uno de los argumentos más persuasivos de la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana que declaró la inconstitucionalidad de la reforma que perseguía autorizar la reelección del Presidente Uribe para cumplir un tercer mandato presidencial. Ver Corte Constitucional, C-141 de 2010.

mecanismos de participación directa que puedan afectar los derechos de las minorías, como ocurre con Suiza. En ese contexto, algunos autores justifican el uso de una versión procedimental y débil de la teoría para revisar las normas que fueron aprobadas siguiendo mecanismos de democracia directa, como ocurre con las iniciativas populares que han amenazado principios constitucionales y democráticos básicos⁵³.

Lo anterior ha llevado a Rosalind Dixon y a David Landau a preguntarse por el modo de identificar las condiciones democráticas que deben protegerse, elaborando ideas como el *mínimum core* que serviría para mantener la competitividad del sistema democrático⁵⁴, y a elaborar una teoría *delgada* (“narrow”) y limitada para defender la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales⁵⁵. Este es, a nuestro juicio, el modo más persuasivo de defender la tesis de las reformas constitucionales inconstitucionales porque permite distinguir las condiciones en que su procedencia, incluso contramayoritaria, se puede justificar con fuertes razones democráticas. No obstante, para que esta manera de argumentar sea eficaz, ella debe adaptarse a los contextos específicos.

Una pregunta interesante en un ensayo como este, que pretende comentar la jurisprudencia reciente del TC chileno, consiste en identificar si los argumentos de dicha jurisprudencia pueden o no vincularse con la tesis de Dixon y Landau. Como mostraremos en las siguientes secciones, creemos que el caso que se presenta al TC daba oportunidad para estabilizar procesos representativos y hacer que los procesos políticos asociados puedan ejecutarse de manera predecible. En una democracia polarizada, la estabilización y respeto por los procesos políticos establecidos es una condición que, si bien puede vincularse más a la idea de Estado de Derecho que a la noción de democracia, la misma puede resultar necesaria para que las condiciones de la democracia se hagan posibles. Lamentablemente, y como explicaremos, los argumentos del TC fracasaron al vincularse más con la protección de un derecho cuyo contenido es objeto de disputa (el derecho a la seguridad social) que con las

53 Rosalind Dixon and Felix Uhlmann, “The Swiss Constitution and a Weak-Form Unconstitutional Amendment Doctrine?,” en *International Journal of Constitutional Law* 16, no. 1 (2018): 54–74.

54 Rosalind Dixon and David Landau, “Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core,” in *Assessing Constitutional Performance*, ed. Tom Ginsburg and Aziz Z. Huq (New York: Cambridge University Press), 2016, 268–92.

55 Rosalind Dixon and David Landau, “Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment,” en *International Journal of Constitutional Law* 13, no. 3 (2015): 606–38.

características que deben poseer los sistemas presidenciales para permitir que la representación política opere de manera saludable en un escenario de polarización y presidencialismo minoritario.

3. La doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales en Chile

La doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales es nueva en Chile y los fallos que examinamos son los primeros en reconocerla, al menos de manera explícita. No obstante, tanto el TC como los constitucionalistas chilenos han discutido la posibilidad de utilizar dicha doctrina en el pasado. La historia normalmente comienza a contarse con el fallo del TC de 1973, relativo al proyecto de reforma constitucional comúnmente llamado de las *tres áreas de la economía*. En dicho caso, la oposición al gobierno del Presidente Allende había intentado regular los mecanismos de intervención económica para limitar las posibilidades de que la Unidad Popular pudiera implementar una parte de su programa de manera efectiva⁵⁶. El TC debía dar certeza acerca de las reglas de quórum necesarias para que el Congreso pudiera insistir ante el veto del Presidente Allende, en tanto la Constitución vigente no establecía un quórum de manera explícita. Se trataba de una pregunta de naturaleza procedimental. El TC distinguió vicios sustantivos y procedimentales, argumentando que conocer del primer tipo de vicio implicaría usurpar el poder constituyente (cuestión que no estaba autorizado a hacer). No obstante, el TC también argumentó que la Constitución no le daba competencias para revisar vicios procedimentales y que, de hacerlo, podría volver al Tribunal en un revisor indirecto de vicios sustantivos⁵⁷. La sentencia podría ser criticada sobre la base de distintos argumentos, aunque es altamente probable que su explicación se deba más a la presión de la oposición de la época que a una doctrina jurídica consistente que persuadiera a los jueces constitucionales de modo genuino⁵⁸.

El TC de los otros periodos no tuvo muchas oportunidades para pronunciarse al respecto, aunque es importante tener presente que el texto dictado

56 Ver Luis Maira, “Estrategia y Táctica de La Contrarrevolución,” in *Chile 1970-1973. Lecciones de Una Experiencia*, ed. Federico Gil, Ricardo Lagos, and Henry Landsberger (Madrid: Editorial Tecnos), 1977, 243-76.

57 Tribunal Constitucional, Rol 15-1973, 30-05-1973, C°22.

58 El mismo Enrique Silva C. reconoce que hubo presión de la oposición. Enrique Silva C., *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, second edition (2008), vol. 38 (Cuadernos del Tribunal Constitucional), 1977, 141. Ver una explicación más acabada del problema en Sergio Verdugo, “Birth and Decay of the Chilean Constitutional Tribunal (1970-1973). The Irony of a Wrong Electoral Prediction,” en *International Journal of Constitutional Law* 15, no. 2 (2017): 469-94.

en 1980, hasta el día de hoy, menciona el control de la reforma constitucional dentro de sus atribuciones explícitas. Durante la época de la dictadura, el TC rechazó el argumento de la defensa de Clodomiro Almeyda, que había cuestionado la legitimidad del poder constituyente de la Junta, diciendo que no podía revisar una manifestación del poder constituyente originario⁵⁹. En la época postdictadura, el TC declaró no poseer competencia para revisar el requerimiento solicitando la inhabilidad del entonces senador vitalicio Augusto Pinochet. Los requirentes alegaban que el exdictador no cumplía con el requisito de haber servido como Presidente de la República, pese a que el texto constitucional le daba ese título formal. El TC argumentó que responder a esa pregunta podría implicar juzgar la legitimidad de las normas constitucionales, citando el caso Almeyda para sostener que no debía revisar el acto del poder constituyente originario. En otras oportunidades, el TC pudo discutir algunos vicios procedimentales de reformas constitucionales que se estaban tramitando⁶⁰. Sin perjuicio de ello, el TC nunca elaboró una doctrina muy fundamentada en relación a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, y nunca declaró una inconstitucionalidad de ese tipo⁶¹.

Hasta antes del fallo del año 2020, la mayoría de los académicos chilenos sostenía que el poder del TC estaba limitado a la revisión de los vicios procedimentales de los proyectos de reforma constitucional en el contexto del control preventivo⁶². Este era el modo como una mayoría interpretaba el

59 Tribunal Constitucional, Rol 46-1987, 21-12-1987, C°35.

60 El TC ha discutido vicios procedimentales en algunas oportunidades. Ver, por ejemplo, Tribunal Constitucional, Rol 269-1997, 17-12-1997 y Tribunal Constitucional, Rol 464-2006, 31-01-2006. También, ver José Manuel Díaz de Valdés, “Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional,” *Sentencias Destacadas* 2006, 2007, 145-76.

61 Pese a ello, el TC sí pudo pronunciarse respecto de la constitucionalidad de leyes orgánicas constitucionales que, sin perjuicio de que no modificaban el texto formal de la Constitución, modificaban la constitución material, como ocurrió con el proyecto de ley que modificó el sistema binominal de elecciones, el que fue conocido por el TC el año 2015, sin cuestionarse las facultades del TC. Tribunal Constitucional, Rol 2777-2015, 24-01-2015.

62 Ver, por ejemplo, Francisco Zúñiga Urbina, “Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional,” en *Estudios Constitucionales*, 4, no. 2 (2006): 415; Miriam Henríquez, “El Control de Constitucionalidad de La Reforma Constitucional En El Ordenamiento Jurídico Chileno,” *Anuario de Derecho Público*, 2011, 476-77; Miriam Lorena Henríquez Viñas and George Lambeth Vicent, “¿Son Válidas Las Modificaciones al Capítulo de Reforma Constitucional? Una Reflexión Sobre La Autorreferencia Normativa de Alf Ross y Sus Detractores,” en *Estudios Constitucionales*, 13, no. 2 (2015): 153-68. También, ver Díaz de Valdés, “Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional.” En el contexto del proceso constituyente llevado a cabo por la ex Presidenta Bachelet, algunos académicos críticos del TC continuaron expandiendo una argumentación incompatible con la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. Ver, por ejemplo, Fernando Atria, *La Constitución Tramposa* (Santiago: LOM), 2013, 91; Fernando Muñoz León,

artículo 93, N° 3, de la Constitución. No obstante, unos pocos académicos habían argumentado algo diferente. Así, por ejemplo, se ha mencionado al Derecho Natural⁶³, a los derechos fundamentales⁶⁴ o a la forma republicana de gobierno⁶⁵, como justificaciones posibles para la elaboración de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. Estos argumentos eran meramente teóricos, por supuesto.

Cuando el caso del año 2020 llega al TC y la doctrina discute el problema, los argumentos, lamentablemente, estuvieron lejanos del debate normativo que explicamos en la sección precedente, pese a que dicho debate habría sido importante para precisar el alcance y la justificación de las atribuciones del TC de una manera defendible desde una perspectiva democrática. En otro trabajo publicado años atrás, uno de nosotros argumentó que existían buenas razones democráticas para que el TC no desarrollara una doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales⁶⁶. La agenda de reformas graduales que democratizaban una Constitución impuesta por una dictadura sin garantías democráticas y con enclaves autoritarios no aconsejaba, durante el período previo a la reforma del sistema binominal de elecciones, elaborar una doctrina que pudiera poner en riesgo el largo proceso político encaminado a transformar el marco constitucional vigente en una constitución democrática que pudiera ser aceptada como tal. Por el contrario, en esa época había que continuar apoyando las reformas democratizadoras y no defender una visión que podría haber justificado una defensa de la estructura original establecida en el texto de 1980. Una doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales podría haber sido contraproducente en ese contexto. No obstante, a medida que el texto constitucional se fue transformando y los enclaves autoritarios desapareciendo, más argumentos podían ofrecerse para defender el marco constitucional en contra de posibles reformas constitucionales que

“‘Chile Es Una República Democrática’: La Asamblea Constituyente Como Salida a La Cuestión Constitucional,” *Anuario de Derecho Público*, 2013, 83–87; Pablo Contreras, Domingo Lovera, and Ernesto Riffo, “Proceso (¿)Constituyente(?)”, en *Revista de Estudios de La Justicia*, 23 (2015): 79–80, 85–86.

63 Cristóbal Orrego, “Vigencia de Los Derechos Esenciales Que Emanan de La Naturaleza Humana y Su Reconocimiento En El Ordenamiento Jurídico Chileno,” en *Revista Chilena de Derecho*, 20 (1993): 63.

64 Humberto Nogueira Alcalá, “Consideraciones Sobre Poder Constituyente y Reforma de La Constitución En La Teoría y La Práctica Constitucional,” en *Ius Et Praxis*, 15, no. 1 (2009): 229, 262.

65 Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo X. Estados de Excepción Constitucional. Gobierno y Administración Interior Del Estado. Reforma Constitucional*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 2004, 264.

66 Sergio Verdugo, “La Objeción Democrática a Los Límites Materiales de La Reforma Constitucional,” en *Actualidad Jurídica*, 28 (2013): 229–314.

amenazaran sus procesos avances democráticos y los procesos representativos. Uno de nosotros defendió, entonces, la idea de elaborar una doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales sobre la base de preservar las victorias democráticas logradas en el Chile post-dictadura⁶⁷. Lamentablemente, y como se mostrará en la sección siguiente, el TC estuvo lejos de cumplir una tarea como esa.

4. Los fallos del Tribunal Constitucional

El objetivo de esta sección es buscar la posible existencia de una *ratio decidendi* común a los fallos del TC que examinaremos. Si hay argumentos contradictorios, y asumiendo que la necesidad de consistencia es una de las condiciones necesarias para que la función del TC pueda ser defendida frente a los operadores políticos que deben obedecer sus sentencias, entendemos que dichos argumentos fueron *obiter dictum*, en el sentido de que los mismos no fueron ni suficientes ni necesarios para llegar a la conclusión del TC. Si existe algo así como una jurisprudencia que permita inferir una doctrina judicial de los casos examinados, ella debería basarse en la consistencia de las razones ofrecidas, y los académicos pueden contribuir a identificar la misma cuando estudian una secuencia de casos que versan sobre el mismo punto y sus circunstancias no pueden distinguirse sino por razones externas a los procesos que les dieron lugar. Los fallos que examinaremos brevemente en esta sección muestran contradicciones argumentativas que sugieren la inexistencia de una doctrina que pueda ofrecer criterios de aplicación predecible, aunque ellas tienen un elemento común que puede ser discutido: la defensa del derecho a la seguridad social.

4.1. Sobre la primera sentencia

La sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Ejecutivo estimó que en el proyecto de reforma constitucional existía una infracción a los Capítulos I (“Bases de la Institucionalidad”) y III (“De los derechos y deberes constitucionales”) de la Carta Fundamental vigente. Además de inconstitucionalidades de forma, el TC señaló que en la iniciativa parlamentaria existían inconstitucionalidades de fondo⁶⁸. Sobre ellos, cabe seña-

67 Verdugo, “The Role of the Chilean Constitutional Court in Times of Change.”

68 La inconstitucionalidad de forma, señala el TC, se verifica en atención se debía respetar el quorum exigido para modificar el Capítulo en que se contiene el derecho a la seguridad social (2/3 de los diputados y senadores en ejercicio), el cual no fue exigido ni alcanzado, agravándose la legitimidad del hecho

lar, en primer lugar, que el TC acogió la tesis de la afectación del Estado de Derecho⁶⁹ esgrimida por el Presidente, ya que los parlamentarios (ni aun a pretexto de una situación excepcional) podían absorber una competencia que está expresamente entregada para ser ejercida por medio de una ley de quorum calificado de exclusiva iniciativa presidencial⁷⁰.

En segundo lugar, el TC acogió también el argumento por el cual se establecía que el proyecto de reforma constitucional afectaba la iniciativa exclusiva presidencial en la regulación del derecho a la seguridad social. En efecto, el TC afirmó que, si bien no se modificaron formalmente las normas de seguridad social imperantes, no puede desconocerse que el proyecto objetado incide en el sistema vigente de seguridad social⁷¹. Este argumento podría haber sido vinculado con las justificaciones democráticas y procedimentales que sirven para fundamentar el rol de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de reformas constitucionales bajo ciertas condiciones. Lamentablemente, el TC no explicitó este vínculo. Su razonamiento fue breve y escueto.

En tercer lugar, el TC consideró que se afectaba el derecho a la seguridad social resguardado por la Carta Fundamental y que sería un error utilizar argumentos de bien público o de interés general si estos terminan vulnerando los derechos de las personas (al vaciarlos de contenido real o privándolos de eficacia práctica) pues estos se convertirían en una declaración meramente nominal⁷². Luego, el Tribunal señaló que los fondos de pensiones tienen un destino predeterminado que la Constitución protegería. Dicho destino es el financiamiento de las pensiones de las personas, no siendo lícito darles una aplicación distinta a la invocada en su creación, salvo que se establezca un nuevo estado de necesidad (y sin mengua para dicho acervo)⁷³. Finalmente, el TC sobre este punto reiteró que una situación excepcional (en este caso, la pandemia) no es justificación suficiente para exonerar la inconstitucionalidad en la que incurrió el legislador⁷⁴.

al modificar la esencia de la Constitución por disposiciones transitorias y no permanentes. Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°30

69 Vulnerándose lo establecido por los artículos 6 y 7 de la Constitución

70 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°22

71 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°19.

72 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°24.

73 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°26.

74 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°28.

4.2. Sobre el segundo caso

A diferencia de la sentencia expuesta en el apartado precedente, el TC declaró inadmisibles el nuevo requerimiento de inconstitucionalidad presentado por el Presidente Piñera, pese a que los contenidos del proyecto de reforma constitucional eran similares, habían sido impulsado por iniciativas parlamentarias, y poseían el mismo objeto (autorizar el retiro parcial de los fondos de pensiones). Tras conocerse la decisión del TC, estando pendiente todavía la publicación del texto de la resolución, el ministro Iván Aróstica (quien había redactado el voto de mayoría del primer fallo), entregó una declaración a la prensa⁷⁵. En dicha declaración, adelantó que el recurso del Ejecutivo carecía de fundamentos indicando que el nuevo requerimiento no se había hecho cargo de la primera sentencia del TC. Ello porque no habría abordado, en su opinión, el hecho de que cinco ministros estuvieron en contra de admitir el primer recurso. Para Iván Aróstica, el Ejecutivo debía no solo señalarlo, sino que también esgrimir las razones de su error. Asimismo, el referido ministro advirtió que el TC no otorgó un “cheque en blanco”, en el sentido de que cualquiera podría hacer retiros de fondos previsionales, ya que el reconocimiento de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República debía entenderse en el sentido de legislar para retribuir a las personas afectadas por la pérdida o menoscabo de sus ingresos. Finalmente, el ministro afirmó que “los poderes colegisladores tienen que preocuparse de compensar, de ayudar económicamente, a las personas que están sufriendo”⁷⁶. Las palabras del ministro Aróstica fueron políticamente importantes para comprender la resolución que se publicaría luego, aunque ellas carecen, desde luego, de valor jurídico-positivo.

En la resolución que declaró inadmisibles el recurso presentado por el Presidente, el órgano colegiado inició su análisis señalando que el conflicto era de mérito político, el cual debía ser resuelto dentro de los canales establecidos en el régimen democrático que establece la Carta Fundamental y no mediante la intervención del TC, señalando además que tampoco le correspondería considerar la bondad de una política pública, su mérito o efectuar la cuantificación de una crisis económica o social⁷⁷. Luego, el TC señaló que la cuestión de constitucionalidad suscitada sería un examen global del proyecto de

75 Youtube.cl, Decisión TC: Iván Aróstica explicó rechazo a requerimiento del Gobierno contra tercer retiro, 28 de abril de 2020.

76 Advirtiendo que esta fue una de las argumentaciones del TC en la primera sentencia (Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°27).

77 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°5 y 13.

reforma constitucional, lo cual debiese hacerse cuestionándolo en conjunto con el proyecto de reforma presentado por el Presidente de la República en la misma materia (presentado con ocasión del tercer retiro de pensiones). A continuación, el TC advirtió que, dado que el texto del proyecto de reforma constitucional había sufrido modificaciones durante su tramitación, este no debía modificar el objeto de la litis planteado, no debiendo extender el examen de constitucionalidad a un texto diferente del impugnado ni a actos que no han sido específicamente cuestionados. De lo contrario, se incurriría en *ultra petita*. Este punto es esencial puesto que, según advierte el TC, el proceso sometido a su conocimiento carecería de objeto porque el cambio del texto del proyecto cuestionado derivó en que el conflicto a resolver dejó de ser actual por motivos sobrevinientes⁷⁸. No indicándose en forma precisa la cuestión de constitucionalidad planteada, el TC determinó que no correspondería acoger a tramitación el referido requerimiento.

Con todo, es necesario señalar que la resolución también reprochó el hecho de que el Presidente haya presentado (al igual que para el segundo retiro de pensiones) un proyecto en paralelo que versa sobre la misma materia e idea matriz, contradiciendo así sus reproches de constitucionalidad a través de un acto propio⁷⁹. En dicho contexto, el Tribunal afirmó que la sentencia descrita previamente (que acogió el primer requerimiento de inconstitucionalidad del Ejecutivo) fue clara al señalar que no es lícito darle un fin distinto a los fondos de pensiones, salvo que haya un nuevo estado de necesidad⁸⁰. Siguiendo esta línea, el TC considera que si el Presidente estimaba que el límite de la desviación de los fondos se aplicaba exclusivamente al Congreso, debía haberlo especificado en su requerimiento, argumentándolo en los términos del artículo 63 (que dispone los requisitos que debe contener el requerimiento) de la Ley Orgánica Constitucional del TC⁸¹.

Por último, el TC reiteró que el verdadero problema entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo era de carácter político, demostrándose esto en el hecho de que el Presidente, al igual como que ocurrió con el segundo retiro de fondos previsionales, había presentado un proyecto de ley paralelo autorizando el retiro bajo otras condiciones, lo que también habría vulnerado el derecho a

78 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°22, 30 y 32.

79 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°37 y 39.

80 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°47.

81 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°48.

la seguridad social. Así, el TC se pregunta si es pertinente y hasta competente dicho tribunal, siendo un órgano jurisdiccional, para resolver el conflicto⁸².

5. La ausencia de una doctrina sobre las reformas constitucionales inconstitucionales.

El análisis del TC con ocasión de los requerimientos de inconstitucionalidad presentados por el Ejecutivo presenta una serie de inconsistencias que no solo afectan la predictibilidad de sus decisiones, sino que también confunden a los parlamentarios y al Presidente de la República (dificultando, en consecuencia, su toma de decisiones). Para el análisis que se realizará a continuación, es necesario advertir que en lo sustantivo ambos requerimientos (que cuestionan proyectos de reforma constitucional casi idénticos) presentan, no obstante, algunas similitudes⁸³. Sobre las inconsistencias:

En primer lugar, en la primera sentencia el TC declara que tiene plena jurisdicción para resolver todas las cuestiones, tanto de forma de como de fondo, que se susciten durante la tramitación de cualquier proyecto de reforma constitucional⁸⁴. En su segunda decisión, en cambio, el TC sostiene que si bien tiene competencia para resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de reforma constitucional, es necesario delimitar con precisión el conflicto que se conocerá pues no puede extender su competencia a temas no comprendidos en la traba de la litis⁸⁵. El TC sostuvo que el conflicto sometido a su conocimiento sería de naturaleza política, preguntándose incluso si este sería competente para resolverlo (ya que este conflicto de tipo político podría, en opinión del TC, ser resuelto por los propios colegisladores mediante la tramitación de otros proyectos, el veto y la calificación de urgencias)⁸⁶. Bajo este nuevo criterio, la primera sentencia habría sido errada. Bajo el criterio de la primera sentencia, el segundo caso debiera haber sido considerado como parte de una disputa jurídica que el TC tiene facultades para resolver.

82 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°52.

83 El segundo requerimiento se funda en que el proyecto objetado desconocería el fallo del TC sobre el primer requerimiento (que sería un precedente), violentaría la Constitución al ser una enmienda implícita de sus disposiciones permanentes a través de disposiciones transitorias, afectaría el derecho de propiedad de las compañías de seguros (en el caso del denominado “anticipo” en las rentas vitalicias), entre otros.

84 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°1.

85 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°14.

86 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°52.

En segundo lugar, debemos remitirnos al examen de admisibilidad efectuado por el TC. En el primer caso, la resolución acoge a trámite el primer requerimiento dando por cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 63 y demás normas pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional (“LOC”) del TC. En el segundo caso, en tanto, el TC afirmó que no verificó el cumplimiento de los referidos requisitos, declarando inadmisibile el recurso presentado por el Ejecutivo. La inconsistencia se presenta al observar que el TC realizó interpretaciones diferentes, ya que este no consideró uniformemente que en ambos casos se tramitaban proyectos paralelos de retiros de fondos previsionales presentados por el Ejecutivo y que los proyectos impugnados originalmente habían sufrido modificaciones durante su tramitación en el Congreso. Ello se debe a que, en el primer caso, el voto de mayoría de la resolución de admisibilidad no había considerado relevante el hecho de existir un proyecto paralelo sobre la misma materia (presentado por el Presidente) ni el hecho de que el proyecto impugnado hubiera sufrido modificaciones durante su tramitación. Sin embargo, en el segundo caso se esgrimieron justamente dichos argumentos para declarar inadmisibile el requerimiento, evidenciándose un cambio de criterio.

Sobre ello conviene precisar que el referido artículo 63 de la LOC del TC establece que el requerimiento debe contener la cuestión de constitucionalidad y, cuando corresponda, el vicio o vicios de inconstitucionalidad advertidos, con indicación de las normas que se estimen transgredidas. De lo expuesto se colige, en consecuencia, que el segundo requerimiento cumplía con los requisitos legales contenidos en la LOC del TC para ser declarado admisible, puesto que no es una exigencia actualizar o complementar el requerimiento con los cambios efectuados durante la tramitación del proyecto (que es la tesis sostenida, en esta ocasión, por el TC). Así las cosas, en el segundo caso se aplicó un estándar más alto en comparación al aplicado en el primero (señalándose, por parte del TC, que el segundo requerimiento había perdido actualidad por modificación de su objeto⁸⁷).

En tercer lugar, conviene referirnos a la utilización del TC como un órgano de carácter consultivo. En efecto, el TC, resolviendo el segundo requerimiento, sostuvo que de pronunciarse el mismo respecto de una reforma constitucional idéntica en contenido y objetivo a la del proyecto de ley presentado, lo controvertido en el requerimiento sería meramente consultivo. Y que, en consecuencia, se vería obligado a revisar la conveniencia, mérito u oportunidad

87 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°30.

de la reforma constitucional, situación que carecería de sentido en dicha oportunidad en atención a que el mismo Presidente de la República encontró en la Carta Fundamental alternativas de solución diferentes después de presentado el requerimiento⁸⁸. Ello es relevante puesto que este punto no fue abordado por el voto de mayoría al realizarse el examen de admisibilidad del primer requerimiento. Con todo, cabe señalar que la disidencia de la primera sentencia coincide en prácticamente en los mismos términos efectuados por el voto de mayoría de la segunda resolución⁸⁹.

Del análisis de los fallos comentados, es posible identificar una *ratio decidendi* común empleada por el TC. Más allá de sus inconsistencias, los fallos dan a entender que el TC considera que los retiros de fondos previsionales, con independencia de quién sea el autor del proyecto y de su naturaleza (reforma constitucional o proyecto de ley), son siempre contrarios a la Carta Fundamental, a menos que estemos frente a un nuevo estado de necesidad y que se contemplen mecanismos obligatorios de reintegro de los fondos retirados. Lo relevante para determinar la constitucionalidad de los proyectos objetados, en definitiva, se vincula al modo como el TC percibe la protección del derecho a la seguridad social y no a teorías procedimentales de la democracia. La genuina doctrina del TC, luego de no considerar aquellos argumentos que dejaron de ser relevantes en el segundo caso, queda de manifiesto al analizar las justificaciones que esgrimió con ocasión del primer y segundo requerimiento de inconstitucionalidad presentado por el Presidente de la República.

En el primer requerimiento, el TC señaló que, por distintas razones, el proyecto cuestionado era contrario a la Constitución. Una de ellas se relacionaba con el destino constitucionalmente protegido y predeterminado de los fondos de pensiones, lo que impediría darles otra aplicación a menos que se establezca un nuevo estado de necesidad y sin mengua para dicho acervo⁹⁰. Afectar el derecho a la seguridad social no era lícito, tampoco, porque el mismo derecho no de aquellos que pueda ser afectado durante los estados de excepción constitucional⁹¹.

En relación al segundo requerimiento, en tanto, el TC consideró que el Ejecutivo sería incongruente por, entre otras razones, presentar un proyecto

88 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°15.

89 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 10-12-2020, C°13 del voto de disidencia de los ministros García, Pozo y Silva.

90 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°26.

91 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°27.

de ley cuyo fin era autorizar el retiro de fondos previsionales ignorando el fin constitucionalmente protegido de los fondos de pensiones. Para el TC, en consecuencia, la actuación del Presidente de la República fue contraria a sus propios actos, lo cual incidió en que, a juicio del TC, el requerimiento no cumpliera con los requisitos de admisión a trámite. Para el TC, el propio requirente, contradiciendo sus afirmaciones expuestas en el requerimiento, terminó considerando que no existía perjuicio de constitucionalidad que debiera ser resuelto por el Tribunal⁹².

En conclusión, el TC estimó que, dado que su primera sentencia no cumplió su objetivo de proteger los derechos de las personas, era inconveniente acoger el segundo requerimiento ya que su teoría sobre la protección del derecho podía ser burlada en el evento que se generase un nuevo acuerdo político que permitiese un retiro de fondos a través de un proyecto presentado por el Ejecutivo. De esta manera, el argumento sobre la iniciativa exclusiva y el quórum asociado, dejan de ser relevantes para el fallo. Ellos no son argumentos que, de manera independiente, puedan ser utilizados para declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional. Si el primer fallo parecía establecer un criterio para determinar si la iniciativa exclusiva del Presidente de la República había sido vulnerada, en el segundo caso este punto fue secundario. Por ello, lamentablemente, este argumento parece asociarse a un elemento de *obiter dictum*. El único elemento que parece sostenerse en ambas sentencias, es el del derecho a la seguridad social y al modo como se entiende su destino protegido constitucionalmente.

6. Conclusión

Aunque de los argumentos del TC se infiere que el TC parece aceptar, al final del día, la existencia de una facultad para declarar la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales, de ello no se sigue que exista una doctrina con un contenido suficientemente claro como para identificar criterios de aplicación predecible que permitan distinguir las condiciones que hacen procedente dicha sentencia de inconstitucionalidad en el contexto de la necesidad de estabilizar procesos políticos. La doctrina que puede inferirse de ambos casos hace más relevante el modo como interpretamos un derecho constitucional cuyo contenido ha sido controvertido y que, si bien puede ser invocado en otros casos, en el contexto de un proceso político irregular, dicho argumento

92 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°13.

no contribuye a dar certeza sobre el modo como nuestro sistema constitucional permite el funcionamiento de la democracia y facilita la representación. Por el contrario, el TC no fue capaz de construir un argumento que le permitiera responder a las principales objeciones que se presentan contra la teoría de las reformas constitucionales inconstitucionales, exponiendo su actuar a fuertes críticas que difícilmente podrán ser respondidas sobre la base de los valores procedimentales de la democracia.

Esta no era, por supuesto, la única alternativa que tenía el TC. Como lo explicamos en las secciones precedentes, en la primera sentencia, el argumento de la iniciativa exclusiva fue breve y presentado de una manera desconectada de las justificaciones democráticas para fundamentar el poder del TC de revisar las reformas constitucionales. En el segundo caso, el argumento de la iniciativa exclusiva se volvió irrelevante. Con ello, el TC perdió una valiosa oportunidad para contribuir a estabilizar la manera como los operadores políticos interpretan las reglas del proceso legislativo, cuestión que es relevante para que los procesos políticos y representativos puedan operar de manera predecible. Asimismo, el TC perdió una oportunidad para elaborar una doctrina sobre las disposiciones transitorias de la Constitución, la que podría haber sido útil para dar certeza respecto del debate suscitado en lo relativo a la regulación del proceso constituyente. Si el TC debe cumplir un rol esencialmente procedimental en el sistema democrático para legitimar su autoridad dentro de procesos políticos conducidos con las lógicas de la política electoral, el mismo debiera prestar más atención al modo como reconcilia la necesidad de fortalecer y estabilizar los procesos representativos con su carácter contramayoritario. En vez de hacer esto, el TC ha preferido convertirse en una entidad menos relevante, haciendo más improbable que pueda cumplir su rol con eficacia.

¿INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO DEL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE AUTORIZA EL SEGUNDO RETIRO DEL 10% DE LOS FONDOS PREVISIONALES?

Miriam Lorena Henríquez Viñas¹

Resumen

El presente trabajo analiza la sentencia Rol N° 9797-20 del Tribunal Constitucional que afirma la competencia para conocer de los vicios de constitucionalidad de forma y de fondo. La sentencia se examina críticamente por cuanto se parte de la premisa que la Constitución Política no contempla límites materiales a la reforma constitucional, ni explícitos ni implícitos. La Constitución solo ha previsto límites en cuanto al sujeto y al procedimiento de cambio. En tal sentido, el control de constitucionalidad de la reforma constitucional sólo procede sobre los aspectos procedimentales. No siendo procedente, como se hizo, un control de los vicios materiales del proyecto de reforma constitucional que autoriza el segundo retiro del 10% de los fondos previsionales.

Introducción

El presente comentario versa sobre la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, de 30 de diciembre de 2020, que acogió el requerimiento de inconstitucionalidad formulado por el Presidente de la República, Sebastián Piñera, respecto del proyecto de reforma constitucional sobre el segundo retiro del 10% de los fondos previsionales. La sentencia fue adoptada por 5 votos a favor, dirimiendo el empate la Presidenta del órgano de justicia

¹ Abogada, Universidad Nacional del Comahue (Argentina). Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile). Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado. Email: miriamhenriquez@yahoo.es - mhenriqu@uahurtado.cl

Agradezco el trabajo esmerado en la revisión de los antecedentes de la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 9797-20, sus antecedentes, contexto y referencias sobre los vicios de forma, realizado por el Ayudante de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Ariel Pérez Aubel.

constitucional². A juicio del requirente, el proyecto de reforma constitucional infringía el artículo 127 del Capítulo XV de la Constitución, los artículos 6 y 7, 19 N°18 y 65 inciso tercero y cuarto N°1 y 6³.

La facultad que tiene el Presidente de la República para plantear un requerimiento de inconstitucionalidad sobre los proyectos de reforma constitucional surge de lo previsto en la Constitución en el artículo 93 N° 3 de la Constitución e inciso cuarto. El proyecto de reforma constitucional, objeto del requerimiento, pretendía regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales, cuyo objetivo central fue autorizar a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, en forma voluntaria y excepcional, a realizar un segundo retiro de hasta el 10% de los fondos acumulados en sus cuentas de capitalización individual de cotizaciones obligatorias⁴. El mencionado proyecto contempló un artículo único, que agregaba a la Constitución Política de la República una nueva disposición transitoria cuadragésima tercera⁵.

2 Los votos de mayoría corresponden a los Ministros Brahm Barril –voto dirimente-, Aróstica Maldonado, Letelier Aguilar, Vásquez Márquez y Fernández González,

3 Más precisamente, los reproches de constitucionalidad planteados por el requirente señalaron que el proyecto de reforma constitucional infringe: a) Las normas del Capítulo XV de la Constitución, en particular el artículo 127, toda vez que se incorpora o aprueba mediante una disposición transitoria una reforma implícita a la Carta Fundamental que no respeta el procedimiento, las formas ni los quórum que se exige para reformar sus capítulos y normas. Aseveró que el proyecto reconoce un “nuevo” derecho de retiro “excepcional” y “voluntario”, el legislador/constituyente estaría vulnerando instituciones basales del orden institucional (iniciativa exclusiva del Presidente de la República) y derechos fundamentales (seguridad social); b) Los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, porque se incorpora una disposición sustantiva, pero sin enmendar normas permanentes, lesionando asimismo la supremacía constitucional; c) La naturaleza jurídica y función de las disposiciones transitorias, que es regular la vigencia temporal o territorial de la Carta Fundamental o de las reformas que se introducen a ella, o bien fijar reglas de competencia en relación a disposiciones permanentes; d) El artículo 19 N°18 (derecho a la seguridad social) al ampliarse el destino de la cotización obligatoria, y al votarse en el Congreso con un quorum inferior al requerido; e) El artículo 65 inciso tercero e inciso cuarto números 1 y 6, en relación al artículo 127 creando reglas de iniciativa legislativa parlamentaria donde la Constitución reserva dicha iniciativa al Presidente. Y que debió votarse con el quórum establecido para modificar el artículo 19 N° 18, esto es, por los 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio, y no por los 3/5; toda vez que el proyecto incide en el Capítulo III de la Constitución, y así lo ordena el propio artículo 127.

4 Boletines N° 13.736-07, 13.749-07 y 13.800-07 refundidos.

5 La disposición en comentario señala: “Cuadragésima tercera. Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición trigésima novena transitoria, excepcionalmente, y para mitigar los efectos sociales derivados del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19, autorizase a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, de forma voluntaria y excepcional, a realizar un segundo retiro de hasta el 10 por ciento de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, estableciéndose como monto máximo de retiro el equivalente a 150 unidades de fomento y un mínimo de 35 unidades de fomento. En el evento de que el 10 por ciento de los fondos acumulados sea inferior a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá– retirar hasta dicho monto. En el caso de que los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual sean inferiores a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá– retirar la totalidad de los fondos acumulados en dicha cuenta. La entrega de los fondos se efectuará en una sola cuota y en el plazo máximo de quince días hábiles contado desde la presentación

En su tramitación legislativa, la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados estimó que el proyecto requería para su aprobación, del voto conforme a las tres quintas partes de los diputados en ejercicio (93 diputados). En la Cámara de Diputados se aprobó el proyecto de reforma constitucional, alcanzándose el quorum de aprobación establecido. El requerimiento en estudio fue presentado en el segundo trámite constitucional del proyecto de reforma; y mientras el órgano de justicia constitucional conocía del mismo, el proyecto fue rechazado en el Senado al alcanzarse sólo 23 votos a favor (requiriéndose 26). En paralelo a este proyecto, el Presidente de la República inició por mensaje un

de la solicitud ante la respectiva administradora de fondos de pensiones, y estará— sujeta a la retención, suspensión y embargabilidad por deudas originadas por obligaciones alimentarias de conformidad con lo previsto en la ley No 21.254.

Las administradoras de fondos de pensiones, para el procedimiento de retiro de fondos, deberán modificar los datos del afiliado a simple requerimiento de éste, acreditando su identidad en base a la información entregada por el afiliado, sea con certificado de nacimiento, clave única o sentencia judicial ejecutoriada, y no podrán efectuar discriminación arbitraria alguna, en especial en el caso de personas que se sometieron al cambio registral de identidad establecido en la ley No 21.120.

La facultad establecida en esta disposición transitoria no es incompatible con el ejercicio del derecho de retiro establecido en la disposición trigésima novena transitoria.

Los afiliados que soliciten el retiro de fondos previsionales de conformidad con lo preceptuado en esta disposición podrán reintegrar todo o parte de dichos fondos mediante una cotización voluntaria adicional equivalente al 5 por ciento mensual calculada sobre la última remuneración cotizada y que podrá— enterarse durante todo el periodo que sea necesario para restituir el saldo retirado reajustado, sin perjuicio de su facultad de suspenderlo o discontinuarlo. La Superintendencia de Pensiones establecerá— la normativa que regule esta cotización.

Todas aquellas autoridades cuyas remuneraciones se encuentren reguladas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 bis de la Constitución Política de la República que, a la fecha de entrada en vigencia de esta reforma, hayan ejercido el derecho establecido en la ley N° 21.248, deberán, dentro del plazo de diez días hábiles contado desde la fecha antes indicada, incorporar a su declaración de patrimonio e intereses, de conformidad a la ley N° 20.880, la información relativa al retiro efectuado, con indicación del monto. Lo mismo se aplicará en el caso de que soliciten el retiro establecido en esta disposición.

Para efectos del cumplimiento de lo prescrito en el inciso segundo de la disposición trigésima novena transitoria respecto a las deudas originadas por obligaciones alimentarias, decretado el pago por el tribunal, el alimentario acreedor se subrogará, por el solo ministerio de la ley y hasta el monto de lo adeudado por obligaciones alimentarias, en los derechos del afiliado deudor. Recibida la orden del tribunal, la administradora de fondos de pensiones procederá— a efectuar el pago de conformidad a la resolución respectiva.

Ante la pluralidad de alimentarios, la subrogación que opere en favor de uno de ellos, aprovechará a los restantes. En el caso de pluralidad de alimentarios con medidas cautelares vigentes, el monto retenido se dividirá— en partes iguales según número de alimentarios. Si lo adeudado a uno o más es menor a la cuota que le correspondiere, el sobrante acrecerá— la cuota de los restantes alimentarios.

Las medidas cautelares de retención de fondos decretadas por los tribunales de familia en virtud de la disposición trigésima novena transitoria, extenderán su aplicación y vigencia a lo establecido en la presente disposición, salvo que el tribunal decrete lo contrario.

Desde la entrada en vigencia de esta disposición o desde la solicitud de retiro, según corresponda, las administradoras de fondos de pensiones deberán informar al tribunal, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el correo electrónico y el domicilio del afiliado para efectos de la notificación de las resoluciones que los tribunales deban realizar hasta hacer efectivo el pago.

Lo señalado en los incisos anteriores, sobre el procedimiento de retención de los fondos por concepto de deudas de pensiones alimenticias, regirá— para las disposiciones trigésima novena y cuadragésima tercera transitorias.

Los demás términos y condiciones de este segundo retiro se sujetarán a lo establecido en la disposición trigésima novena transitoria.”

proyecto de ley que fue aprobado, sancionado, promulgado y publicado como Ley N° 21.295, el 31 de diciembre de 2020, autorizándose a los cotizantes a realizar el segundo retiro del 10% por ciento de los fondos previsionales.

Cabe recordar, que previamente se aprobó la reforma constitucional que agregó la disposición trigésimo novena transitoria, que estableció el primer retiro del 10%, también originada en una reforma constitucional iniciada por moción parlamentaria, que no fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, siendo sancionada y promulgada por el Presidente de la República, y publicada como Ley N° 21.248, el 30 de julio de 2020, cuyo contenido es prácticamente idéntico al que se declaró inconstitucional en virtud de esta sentencia.

Varios son los asuntos que plantea esta sentencia. A modo ejemplar: 1) ¿Cuál es la naturaleza de las normas transitorias? ¿Son parte de la Constitución? ¿Cuál es su contenido y tipos? ¿Cuál es el quórum requerido para su aprobación?; 2) ¿Las normas sobre iniciativa exclusiva legislativa se aplican supletoriamente a la reforma constitucional?; 3) ¿El Tribunal Constitucional está facultado para conocer de los vicios de fondo? ¿Límites materiales explícitos e implícitos a la reforma? ¿Cuáles son los supuestos límites materiales de la Constitución Política? ¿Los límites materiales implícitos son aquellos interpretados por el Tribunal Constitucional?; y 4) ¿Cuáles son los límites materiales que no pueden modificarse según el Tribunal Constitucional? ¿Las normas contenidas en los capítulos I y III de la Constitución son inmodificables?

Desde la penúltima perspectiva (3), esto es la procedencia y alcance del control de constitucionalidad de los vicios de fondo de la reforma constitucional, abordaremos críticamente la sentencia Rol N° 9797-20. Para ello seguiremos el siguiente plan de análisis: a) Reconocer la discusión sobre la procedencia del control de constitucionalidad de la reforma constitucional y su alcance, es decir sobre los vicios de forma y fondo; b) Evaluar la posición que asumió el Tribunal Constitucional, en el fallo en comento, sobre su competencia para controlar la constitucionalidad de la reforma constitucional; c) Sintetizar la posición de la doctrina nacional sobre la existencia de los límites materiales a la reforma constitucional y la procedencia del control de constitucionalidad de los vicios de fondo; y d) Proponer algunas reflexiones finales.

2. El (auto)reconocimiento del Tribunal Constitucional para conocer de los vicios de fondo de la reforma constitucional

La procedencia y alcance del control de constitucionalidad de la reforma constitucional no está exento de debate en el Derecho Comparado. Las posturas se

dividen entre quienes sostienen que: a) Procede un control amplio – previo y represivo, de vicios de fondo y de forma - de constitucionalidad de todas las normas del orden jurídico, incluida la reforma constitucional; b) Corresponde el control previo de constitucionalidad de la reforma constitucional en lo relativo al cumplimiento del procedimiento fijado por la Constitución; c) Autoriza el control de constitucionalidad de la reforma constitucional, pero no por los órganos jurisdiccionales, sino por el mismo órgano de reforma o el Congreso; y d) No procede en caso alguno el control de constitucionalidad de la reforma constitucional⁶.

A nivel nacional, parte de la doctrina sostiene la procedencia del control de constitucionalidad amplio de la reforma constitucional – previo y represivo, por vicios de forma y fondo - por el Tribunal Constitucional. De esta forma, dicen, se aseguraría la protección de la supremacía y rigidez constitucionales de todo poder constituido, entre ellos el poder reformador. Desde esta perspectiva los límites materiales a la reforma adquieren una dimensión jurídica y política de gran trascendencia. En esta postura se inscribe Humberto Nogueira, quien estima que el ejercicio del poder constituyente instituido, en cuanto poder subordinado a la Constitución, puede ser objeto de control de constitucionalidad por el órgano jurisdiccional de defensa de la Constitución, quien deberá controlar que no sean sobrepasados los límites materiales y formales establecidos en la Carta, pudiendo determinar la inconstitucionalidad de una reforma de la Constitución tanto por infringir procedimientos como por vulnerar las líneas estructurales esenciales, la identidad y continuidad de la Constitución y la fórmula política establecida por el poder constituyente originario⁷.

Otros autores chilenos, entienden que el control de constitucionalidad de la reforma constitucional está circunscrito sólo al control previo y únicamente a los vicios de procedimiento. En este grupo destaca Francisco Zúñiga, quien sostiene la procedencia del control de constitucionalidad con carácter previo, facultativo y puramente formal⁸.

6 Henríquez, Miriam, “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno”, en *Anuario de Derecho Público*, (Universidad Diego Portales), 2011, p. 471.

7 Nogueira, Humberto, “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y práctica constitucional”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 15, N°1, 2009, p. 262.

8 En sus palabras: “El control de la reforma constitucional encomendado al Tribunal Constitucional es un control de constitucionalidad preventivo y represivo según el caso (referido esto último al control del decreto que convoca a referéndum constitucional), y facultativo, puramente formal, quedando excluido del control de constitucionalidad las infracciones configuradoras de vicios de inconstitucionalidad material e inconstitucionalidad competencial, lo cual engarza con nuestro predicamento pri-

De conformidad con esta postura, no le es dable controlar al Tribunal Constitucional si la reforma constitucional se ajustó a los límites materiales, puesto que la Constitución Política – como se analizará - no los ha fijado ni explícita ni menos implícitamente.

A pesar de ser éste un asunto discutido a nivel comparado y en nuestro medio, el Tribunal Constitucional comenzó afirmando en la sentencia N° 9797-2020 su competencia para conocer y resolver tanto los vicios de constitucionalidad de forma como de fondo que puedan suscitarse en los proyectos de reforma constitucional. Así lo señaló en el considerando primero de la sentencia: “Al Tribunal Constitucional le asiste plena jurisdicción para resolver, conforme a derecho, todas las cuestiones -de forma y de fondo- que se susciten durante la tramitación de un proyecto de reforma constitucional.”

En el considerando sexto reiteró su posición en orden a que no existen razones de texto - constitucional ni legal- para no abocarse al control sobre los vicios de fondo: “Que, a este respecto, corresponde recordar que el artículo 93, inciso primero, N° 3 de la Carta Fundamental le entrega ampliamente al Tribunal Constitucional la potestad para resolver las “cuestiones de constitucionalidad” que se susciten durante la tramitación -entre otros- de los proyectos de reforma constitucional; sin que en el resto del articulado constitucional ni en los preceptos de la Ley N° 17.997, que rigen a esta Magistratura (artículos 61-71), aparezca restricción alguna que limiten su actuar únicamente a los vicios de forma que pudieran afectar un proyecto de ley bajo examen. Antes, al contrario, en el marco de una Constitución con alto contenido material o dogmático, como es el recogido en el capítulo I “Bases de la Institucionalidad”, cuyas normas configuran un imperativo jurídico de derecho público, no resulta coherente sostener que su máximo defensor -el Tribunal Constitucional- solo podría controlar que las leyes se ciñan al procedimiento y se ajusten a las formalidades exigidas en su preceptiva, mas no a las normas sustanciales llamadas justamente a producir efectos jurídicos directos por sobre los actos del legislador.”

Además del recurso a la interpretación literal de ciertas disposiciones constitucionales y legales, el órgano de justicia constitucional recurrió a otros métodos para fundar su competencia para resolver la constitucionalidad de

mitivo en orden a que el poder constituyente derivado no tiene límites jurídicos o positivos autónomos internos, procesales (temporales) y sustantivos o materiales en la Constitución o por remisión en el Derecho Internacional Convencional que son objeto de justiciabilidad.” Zúñiga, Francisco, “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, en Revista Estudios Constitucionales, Año 4, N°2, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2006, p. 417.

los vicios de fondo, tales como la interpretación histórica, comparada, sus antecedentes jurisprudenciales previos y la doctrina. Cabe decir que la sentencia del Tribunal Constitucional incurre en ciertas deficiencias argumentativas en la justificación de su competencia que se pondrán de relieve a continuación, así como en confusiones al asimilar el control de los proyectos de ley y la reforma constitucional.

En el considerando octavo citó su jurisprudencia previa: “Que no se sostiene en derecho, por ende, lo alegado por la Cámara de Diputados en estrados, en punto a que el control del Tribunal Constitucional solo podrá ser formal, dado que esta afirmación no se encuentra tampoco avalada por la jurisprudencia ni halla respaldo en la historia del establecimiento de la Carta Fundamental. En cuanto a la jurisprudencia, el único requerimiento análogo presentado bajo la vigencia de esta Carta Fundamental fue declarado inadmisibles, pero únicamente porque este Tribunal juzgó que no se cumplía el requisito de legitimación activa por parte de los requirentes (STC Rol N° 269-97).” Si analizamos este argumento, lo curioso es que mencionó un “no antecedente” jurisprudencial previo para fundar su competencia, toda vez que sobre el requerimiento aludido no recayó sentencia definitiva de la que pueda deducirse un precedente.

En el considerando noveno, el órgano de justicia constitucional refirió a la doctrina nacional: “Que, en línea con lo señalado, la doctrina ha enfatizado la imposibilidad de que el legislador se valga de una reforma constitucional para alterar sus elementos nucleares, estatuidos en el capítulo I sobre las «Bases de la Institucionalidad» y en el capítulo III sobre los «Derechos y deberes constitucionales». Para exponer “la doctrina”, el Tribunal Constitucional refirió en el mismo considerando al profesor don José Manuel Díaz de Valdés Juliá, “[...] en un enjundioso estudio aparecido en «Sentencias Destacadas 2006», publicada por el Instituto Libertad y Desarrollo, suministra mayores antecedentes que avalan este aserto: hay motivos históricos y doctrinarios suficientes para afirmar que el Tribunal Constitucional tiene competencia para controlar la forma y el fondo de todos los proyectos de ley de reforma constitucional (Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional, pp. 168-174).” Lo particular de este argumento es que no hizo una relación de los fundamentos del único autor mencionado, sino que únicamente hizo referencia a su artículo publicado en 2006.

En el considerando décimo citó al Derecho Comparado: “Que, por ello igualmente, en el derecho comparado las reformas constitucionales no están

exentas de reproche por ser contrarias a las respectivas Cartas Fundamentales. Existe, como es sabido, la tendencia creciente a reconocer una esencia inmutable en las Constituciones locales, las cuales, bajo ciertas condiciones, no pueden ser dejadas sin efecto bajo sanción de inconstitucionalidad (Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendments*, en Oxford University Press, 2017, pp. 40- 70). En este ámbito, merecen especial consideración las razones por las cuales es posible declarar una reforma constitucional como inconstitucional. La principal se vincula con el empleo de los procedimientos de reforma para afectar el Estado de Derecho y, en lo que atañe a este caso, al modo en que está erigida la democracia (Rosalind Dixon y David Landau, *Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional amendment* en *International Journal of Constitutional Law*, año 2015, Vol. 13, pp. 606-638).” La mención al Derecho Comparado es particular por cuanto no diferencia los casos de Constituciones que contemplan límites materiales – explícitos o implícitos - a la reforma constitucional, de aquellas que no lo hacen. Lo necesario de esta distinción es que de allí surge la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por motivos de fondo; tampoco cita ejemplos de constituciones objeto de comparación, sino artículos de autores extranjeros que sí realizan ese estudio comparado.

En el considerando décimo primero anotó jurisprudencia comparada, más precisamente la sentencia pronunciada el 26 de febrero de 2010, C 141/10 de la Corte Constitucional de Colombia, en particular: “(...) debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución...o que, mediante los cambios que se introduzcan, se busque subvertirla”. Sin embargo, tal cita elude la controversia que también se plantea en Colombia sobre la existencia de límites materiales a la reforma constitucional y no contextualiza el alcance del control por la Corte Constitucional⁹.

9 El constitucionalismo colombiano no está ajeno a esta controversia. La Constitución Política de 1991 no contempla la existencia de límites materiales al poder de reforma e incluso el artículo 241 de la Carta colombiana, en el numeral 1°, solo autoriza a la Corte Constitucional para ejercer un control por vicios de procedimiento en la formación del acto reformativo de la Constitución. Como señala Sabrina Ragone: “La Constitución de 1991 no contiene cláusulas de intangibilidad explícitas, así es que es la Corte misma quien se tiene que encargar de elaborarlas. Todavía hoy no hay un listado claro de los elementos no reformables.” Ragone, Sabrina, “Control de constitucionalidad de los vicios de forma de la reforma constitucional”, en *Jurisdicción Constitucional y vicios de forma* (Miriam

En el considerando trigésimo-segundo aludió a la historia fidedigna de la Constitución para afirmar que el capítulo III es inmodificable, puntualmente refirió lo expresado en la Sesión N° 409, de 10 de agosto de 1978: “[..] la Comisión redactora de la Nueva Constitución dejó constancia que «las bases inamovibles de la institucionalidad no pueden ser objeto de reforma constitucional», lo que da cuenta de la imposibilidad de que el legislador reformador de la Constitución pueda alterar las bases fundamentales establecidas en ella.” Empero, como sabemos, el Capítulo III de la Carta Fundamental ha sido objeto de varias reformas y la Constitución no impide su modificación, sino que exige una mayoría de dos tercios para aprobar cambios a sus contenidos.

Para concluir este apartado cabe señalar que en varios pasajes de la sentencia se hacen referencias al control de constitucionalidad de la ley, en circunstancias que el objeto de control es la reforma constitucional, asimilando ambos controles cuyo objeto es sustancialmente distinto. Por ejemplo, en el considerando séptimo: “Que, la circunstancia de que el Capítulo XV de la Carta no prevea allí límites materiales a la ley de reforma constitucional, como enfatiza la Cámara de Diputados en este caso (fs. 1036), no implica que no las tenga, muy explícitamente, en aquella parte de la misma Constitución destinada a estos efectos. Tal como el artículo 66, al reglar las distintas mayorías parlamentarias con que han de aprobarse las leyes, tampoco indica lindes sustanciales o materiales, es obvio, sin embargo, que le son enteramente aplicables los límites al poder político que contemplan los capítulos I, «Bases de la Institucionalidad», y III, «De los derechos y deberes constitucionales», que estatuye el ordenamiento supremo vigente.” Al respecto cabe decir que no es comparable el alcance del control de constitucionalidad de la ley con disputado control de constitucionalidad de la reforma constitucional, aunque en este pasaje se asimilen.

Otro ejemplo de asimilación, se anota en el considerando octavo que refirió a la historia fidedigna de la Constitución Política: “En cuanto a la historia del establecimiento de la Constitución, en las Sesiones N°s. 359, de 26 de abril de 1978, y 409, de 10 de agosto de 1978, de la Comisión redactora, se dejó nítida constancia que un proyecto de ley en elaboración podía ser refutado por inconstitucionalidades de forma y de fondo.”

A semejar el control de constitucionalidad de un proyecto de ley con uno de reforma constitucional es complejo por cuanto efectivamente el primero

Henríquez, editora), (Editorial Tirant Lo Blanch), 2020, p. 92.

debe ser compatible formal y materialmente a la Constitución. Sin embargo, las reformas constitucionales buscan cambiar - ya sea agregando, eliminando o sustituyendo - una norma constitucional. De esta manera, la norma de reforma será incompatible con la norma reformada, pero no por ello inconstitucional, a menos que esté prohibida su modificación.

3. Vicios de forma y reforma constitucional

La validez/constitucionalidad de la reforma constitucional dependerá de su conformidad con el procedimiento de reforma establecido en la Constitución, así como con sus límites materiales, en caso de existir. Esta afirmación impone indagar en la naturaleza de las normas sobre la producción de la reforma (en adelante normas sobre la reforma) y las reformas concretas (en lo sucesivo normas de reforma)¹⁰. Es decir, las primeras como normas sobre la producción; y las segundas, como las normas sustantivas dictadas conforme a las anteriores.

Para analizar la naturaleza de las normas referidas, pueden distinguirse al menos dos tipos: a) Las normas sustantivas o de contenido, a través de las cuales tienen lugar las distintas manifestaciones del Derecho; y b) Las normas formales o sobre la producción, que regulan la forma en la que las normas sustantivas tienen que generarse, señalándoles el ámbito competencial y el procedimiento al que deben ajustarse para surgir válidamente¹¹.

Las normas del segundo tipo, las formales, determinarán el objeto y el procedimiento para la dictación de las normas de reforma. En tal sentido, las normas sobre la reforma son normas de competencia por cuanto fijan el ámbito posible de la reforma y el procedimiento para reformar la Constitución. La principal consecuencia de esta afirmación es que la norma de reforma que sea promulgada, por ejemplo, por un órgano distinto o por un procedimiento diferente de aquél fijado por la norma sobre la reforma, será inválida o inconstitucional¹².

Así las normas sobre la reforma, previstas en el capítulo XV de la Constitución Política, fijan por un lado el objeto de la reforma; y por otro, su procedimiento. El objeto de la reforma está referido a los órganos a quienes está atribuida la competencia de reformar la Constitución y a los límites – si

10 De Cabo, Carlos, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, (Trotta), 2003, p. 29.

11 Henríquez, Miriam, *Las fuentes del orden constitucional chileno*, (Thomson Reuters), 2016, p. 36.

12 Henríquez, Miriam, cit. N° 12.

es que estuvieran previstos - que surgen de la propia naturaleza del orden constitucional.

Si se busca establecer quién es el sujeto con competencia para realizar la reforma, surge necesariamente como respuesta el poder de revisión o poder de reforma. De conformidad con la Constitución Política, el poder de reforma está encarnado en el Presidente de la República, el Congreso Nacional y en ciertos casos – del referéndum constitucional- en el propio electorado.

Por su parte, en lo relativo a los límites de la reforma, la Constitución Política los ha previsto sólo en cuanto al sujeto y al procedimiento, renunciando a establecer de manera expresa límites materiales a la reforma. En tal sentido, un eventual control de constitucionalidad de la reforma sólo procedería sobre los aspectos procedimentales, pudiendo incluso estos mismos modificarse¹³.

4. Tipos de límites y argumentos sobre la existencia e inexistencia de límites materiales

Varios son los autores que han desarrollado tipologías sobre los límites a la reforma constitucional. En general diferencian según si los límites: a) Se encuentran dentro o fuera de un ordenamiento jurídico estatal, en autónomos (internos) o heterónomos; b) Se hallan explicitados en la Constitución, en expresos o tácitos; c) Son por un plazo determinado o no, en temporales o atemporales; y d) Son superables o no, en relativos o absolutos¹⁴.

Conforme a la tipología de los límites explícitos propuesta por Pedro de Vega, éstos pueden ser de dos tipos: temporales o materiales. Los primeros consisten en la prohibición de reformar la Constitución durante un periodo de tiempo determinado o bajo ciertas circunstancias. Los límites materiales, objeto de este estudio, son los que se refieren a una materia concreta que no puede modificarse o es intangible, con independencia del tiempo en que se quiera llevar a cabo la reforma¹⁵.

13 Este asunto fue tratado en un trabajo previo. Henríquez, Miriam; y Lambeth, George, “¿Son válidas las modificaciones al capítulo de reforma constitucional? Una reflexión sobre la autorreferencia normativa de Alf Ross y sus detractores”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 13, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2015, pp. 153-168.

14 Algunas conclusiones de este apartado se encuentran más desarrolladas en Henríquez, Miriam, “¿Límites materiales a la reforma constitucional?”, en *Una Nueva Constitución para Chile. Libro homenaje al Profesor Lautaro Ríos Álvarez* (Asociación Chilena de Derecho Constitucional) (Editorial Jurídica de Chile), 2019, pp. 291-296.

15 De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, (Tecnos), 1999, pp. 240 y ss.

Por otra parte, siguiendo a Álvarez Jaramillo¹⁶, con relación a la tipología que diferencia según si los límites se encuentran dentro o fuera de un ordenamiento jurídico estatal y su explicitación en la Constitución, los límites materiales son: a) Límites materiales heterónomos implícitos (o tácitos) deducidos de un orden normativo no jurídico, por ejemplo, cuando se subordina la Constitución a la moral o a la ética; b) Límites materiales heterónomos implícitos (o tácitos) deducidos de otro orden jurídico, por ejemplo, la adhesión expresa de la Constitución al principio de la supremacía de las normas internacionales de derechos humanos; c) Límites materiales autónomos consagrados por la propia Constitución, y por tanto explícitos. Tal es el caso de las Constituciones alemana, italiana, griega y portuguesa, que han previsto cláusulas de intangibilidad relativas a ciertas y determinadas materias. A modo de ejemplo, el artículo 139 de la Constitución italiana, explícitamente señala que no podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana; d) Límites materiales implícitos autónomos. Son los que se derivan de la doctrina y fundamentalmente de la jurisprudencia.

Desde otro punto de vista, Carbonell diferencia según la posibilidad de la superación de los límites, entre: a) Límites absolutos, esto es que en ningún caso pueden ser modificados o derogados, salvo extra jurídicamente, en cuyo caso se estaría ante una nueva Constitución; b) Límites relativos, que son aquellos que pueden ser superados válidamente, por ejemplo, mediante la reforma de la norma que establece el límite¹⁷.

Nuestra doctrina nacional se encuentra dividida en cuanto a la existencia de límites materiales a la reforma constitucional. Conforme a las tipologías expuestas, autores como Alejandro Silva Bascañán¹⁸, Humberto Nogueira¹⁹ y

16 Álvarez, Luis Fernando, *Proceso constitucional y límites materiales a la función constituyente*, Congreso Internacional. *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad* (Ediciones Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá), 2005, pp. 417 y 418.

17 Carbonell, Miguel, *Constitución, Reforma constitucional y fuentes del Derecho en México* (Porrúa), 2008, p. 245.

18 En este contexto, Silva Bascañán expone: “Si la Carta de 1980 precisa que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (art. 5° inc. 2°), el Poder Constituyente instituido o derivado, al reformar la Carta, no puede prescindir de la valla constitucional que ha tenido en cuenta el constituyente, por cuya autoridad se estableció el Estatuto Básico y se ha venido complementando y adaptando.” Silva Bascañán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo X, (Editorial Jurídica de Chile), 2004, p. 264.

19 Humberto Nogueira ha dicho: “En tal sentido, una reforma constitucional no podría abrogar o desconocer atributos básicos de los derechos fundamentales ya asegurados por la Carta Fundamental, ya que el artículo 5° de la Constitución establece un límite sustantivo o material expreso, al determinar que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los derechos esenciales que derivan de la naturaleza humana.”. Nogueira, Humberto, cit. N° 7, p. 260. Más particularmente, Nogueira Alcalá ha

José Manuel Díaz de Valdés²⁰, han identificado límites materiales autónomos y explícitos, es decir que estarían consagrados expresamente en la Constitución. Puntualmente los ubican en el artículo 5 inciso segundo, esto es en los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. A tales límites materiales autónomos explícitos, Alejandro Silva Bascuñán y Humberto Nogueira Alcalá agregan límites heterónomos explícitos, que se encontrarían en los derechos recogidos por el derecho internacional convencional como en el consuetudinario.²¹

Igualmente, un sector de la doctrina constitucional chilena estima que existen en todo ordenamiento jurídico principios que no son susceptibles de ser modificados. En otros términos, en toda Carta Política existen límites materiales implícitos autónomos para la reforma constitucional, tales como la forma democrática de gobierno y la irreversibilidad de los derechos. En nuestro medio, quien defiende con más fuerza esta posición es Humberto Nogueira, que advierte sobre la existencia también de límites implícitos “derivados del núcleo esencial de la Carta Fundamental referente a la identidad y continuidad de la Constitución como son los referentes a la república democrática y a la forma jurídica de estado constitucional democrático y Estado de Derecho.”²² Tales límites exigirían una interpretación de su existencia por los órganos que ejercen el poder constituyente derivado y por quien controla dicho ejercicio.

Contrariamente a quienes sostienen la existencia de límites materiales, coincidimos en que la Constitución Política no sustrajo expresamente

señalado la existencia de límites materiales en el sentido de la irreversibilidad de los derechos fundamentales, en los siguientes términos: “Toda reforma constitucional debe respetar la irreversibilidad de los derechos fundamentales, sin perjuicio de que ella está autorizada para ampliar el ámbito de tales derechos, aumentar sus garantías, asegurar nuevos derechos sin alterar el alcance de los ya vigentes en el orden constitucional, en definitiva, los derechos solo pueden ser reformados para mejorar su situación preexistente y potenciarlos.” Nogueira, Humberto, “Los límites al Poder Constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2, 2006, p. 444.

20 En un sentido coincidente, José Manuel Díaz de Valdés explica: “En otras palabras, no existe en el derecho absolutamente ninguna institución que pueda hoy sostenerse si no es compatible con los derechos fundamentales. Es por ello por lo que el artículo 5° de la Constitución, más que establecer un límite novedoso y de escasa aplicación práctica, está reconociendo una realidad en innegable consolidación.” Díaz de Valdés, José Manuel, *Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional*, en *Sentencias Destacadas 2006, 2006*, p. 157.

21 En palabras de Alejandro Silva Bascuñán en 2004: “Las decisiones de Chile como país soberano, expresándose en el ejercicio del Poder constituyente instituido, que actúa a través de la aprobación de un proyecto de reforma constitucional, no pueden vulnerar tampoco las restricciones que derivan tanto del derecho internacional convencional como del consuetudinario; esta fuente de restricción dará también al tribunal constitucional (sic) otra pauta a la que habrá que ajustarse al examinar un proyecto de reforma en el que hay surgido la cuestión constitucional por sentenciar.” Silva Bascuñán, cit. N° 18, p. 264.

22 Nogueira, Humberto, cit. N° 7, p. 261.

temática o asunto alguno de la reforma constitucional. Por el contrario, la Carta Fundamental permite la reforma respecto de todas sus disposiciones, incluso sobre las normas sobre la reforma, siendo toda ella revisable²³.

Otra razón para negar la existencia de límites materiales expresos es que la Constitución Política no niega la posibilidad de su revisión total. Esta posibilidad rechaza la existencia de disposiciones intangibles²⁴. Como dice Colombo Murúa: “no puede existir una constitución que autorice la reforma total y, a la vez, estipule un límite explícito en sentido estricto. Ambas instituciones son incompatibles.”²⁵

Por último, cabe señalar los problemas de los límites implícitos: el primero, es determinar cuáles son, y, el segundo, quién los determina²⁶. El principal argumento contra los límites implícitos es que estos serían los límites queridos por el intérprete, por ejemplo, el Tribunal Constitucional. Y este no podría querer donde explícitamente el constituyente no ha querido²⁷.

Conclusiones

La sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, de 30 de diciembre de 2020, acogió el requerimiento de inconstitucionalidad formulado por el Presidente de la República sobre el segundo retiro del 10% de los fondos previsionales. En ella, el órgano de justicia constitucional reconoció su competencia para resolver tanto sobre los vicios de constitucionalidad de forma como de fondo.

El análisis crítico expuesto en este comentario se orienta a reconocer el ámbito del control de constitucionalidad de la reforma constitucional, más

23 Entre varias razones expuestas en un trabajo previo, cabe destacar las siguientes: a) La Constitución Política admite explícitamente la modificación del capítulo XV con el requisito de lograr el quórum de las dos terceras partes de los senadores y diputados en ejercicio; b) La Constitución Política no prohíbe su reforma total, por tanto tampoco prohíbe lo menos, es decir, la modificación de las normas sobre la reforma constitucional; y c) Las normas sobre la reforma constitucional, tal como se encuentran estructuradas, son normas de competencia que también permiten delegar la competencia de reformar la Constitución.” Henríquez, Miriam; y Lambeth, George, cit. N° 13, p. 165.

24 Colombo, Ignacio, *Límites a las reformas constitucionales* (Astrea), 2011, p. 247.

25 Colombo, Ignacio, cit. N° 26, p. 248. A pesar de lo afirmado, el autor señala que la reforma total no es incompatible con la existencia de límites, pues todo cambio debiera mantener la esencia o sustancia de aquello modificado. “Si no se mantiene una sustancia última, un sujeto del cambio, no podrá hablarse de modificación, pues no existirá ningún elemento que nos permita identificar como lo mismo a aquello que ha mutado.” La reforma total, a juicio del mismo autor no es incompatible ni anula los límites implícitos, “en especial los provenientes del derecho natural”.

26 Hernández, Rubén “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, N° 37, 1993, p. 153.

27 Requejo, Juan Luis, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente* (Centro de Estudios Constitucionales), 1998, p. 363.

precisamente la distinción entre la naturaleza de las normas sobre la reforma y las normas de reforma. Las normas sobre la reforma van a determinar el objeto y el procedimiento de la norma de reforma, convirtiéndose así en el parámetro de validez o constitucionalidad de la misma. Cuando se trata del objeto que regula la norma sobre la reforma, surge el tema de los límites materiales que, a juicio de cierta doctrina nacional, se encuentran previstos constitucionalmente e incluso implícitamente.

Sin embargo, en este trabajo expusimos que la Constitución Política no prevé límites materiales expresos ni implícitos a la reforma, porque: a) La Constitución no contempla cláusulas de inmodificabilidad, siendo toda ella revisable; b) Los límites meta jurídicos, de haberlos, serían indisponibles incluso para el poder constituyente originario, no pudiendo ni siquiera este último impedir su reforma; c) La previsión del artículo 5 es una garantía de la supervivencia de la soberanía popular y no un límite explícito al poder constituyente; d) Los límites implícitos serían los queridos por el Tribunal Constitucional. Y este no podría establecer límites que el constituyente explícitamente no ha dispuesto.

Entonces, el Tribunal Constitucional solo está facultado para controlar si el órgano que dictó la norma de reforma es aquel señalado por la norma sobre reforma; y si la norma de reforma se dictó conforme al procedimiento establecido por la norma sobre la reforma. El Tribunal Constitucional no debió verificar, como lo hizo en esta sentencia, si la norma de reforma se ajustó a los límites materiales, pues la Constitución no los establece ni explícita ni implícitamente.

“COMATERNIDAD EN CHILE. COMENTARIOS A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL 2° JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO DEL 8 DE JUNIO DE 2020”¹

*Ximena Andrea Gauché Marchetti*²

Resumen

Este trabajo se refiere a la comaternidad en Chile a partir de la sentencia dictada el 8 de junio de 2020 por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, sosteniendo que tal decisión judicial es acertada y tiene fundamento en derecho. En el fallo referido se acogió la acción de reclamación de filiación interpuesta por una madre, declarando así el reconocimiento también como madre de su pareja y conviviente civil, quienes han formado una familia.

1 Este comentario se enmarca en la investigación que realiza la autora como Directora del Proyecto de Investigación Aplicada FONDEF “Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad”, Código ID17210111 (2021-2023).

2 Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Diplomada en Educación en Derechos Humanos por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica. Sus principales líneas de investigación son la igualdad y no discriminación, y los mecanismos de promoción y protección de derechos de grupos especialmente sometidos a vulnerabilidad: diversidades y disidencias sexuales, mujeres, e infancia y adolescencia, fundamentalmente desde el derecho internacional de los derechos humanos y las teorías de género. Profesora de Derecho Internacional, Derechos Fundamentales y Género en la Universidad de Concepción. Entre mayo de 2018 y marzo 2021 fue Subdirectora de Equidad de Género y Diversidad. Desde noviembre de 2020 es Directora del Programa institucional Foro Constituyente UdeC. Es autora de capítulos de libros y artículos en revistas de especialidad, en Chile y el extranjero. Directora de los Proyectos de Investigación aplicada FONDEF ID1710111 (2017-2020) y FONDEF ID17120111 (2021-2023) ambos denominados “Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad”. Desde 2012 es relatora para la Academia Judicial de Chile y fue electa en 2017 como integrante del Directorio de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional para el período 2017-2019, reelecta en 2019 para el período 2019-2021. Forma parte también de la Red académica ALAS (Academia, Género, Derecho y Sexualidad) <https://www.redalas.net/>, e integra el Capítulo chileno de ICON-S, Sociedad Internacional de Derecho Público. Ha prestado servicios profesionales y académicos a organizaciones de la sociedad civil en la fundamentación y redacción de proyectos e iniciativas de ley en el ámbito de los derechos humanos, ha sido Perita ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y es consultora internacional en temas de género, diversidades sexuales y derechos humanos. Correo electrónico: xgauche@udec.cl

El comentario del fallo se hará desde una mirada al acceso a la justicia y los obstáculos para las personas LGBTI³, desde el rol de las y los jueces en democracia y desde la importancia de los derechos de niños y niñas. Tales enfoques se ponen en perspectiva a partir de los antagonismos que genera la situación de la comaternidad en Chile.

Desde ahí se comparten ideas sobre la importancia que tiene la integración, la interpretación y la argumentación jurídica por parte de quien juzga, como parte del acceso a la justicia para la tutela de derechos. Además, se asume y justifica que la sentencia ha cumplido con disposiciones constitucionales y la política institucional vigente en Chile en materia de igualdad de género y no discriminación para el Poder Judicial.

El comentario incluye al final algunas reflexiones sobre las tensiones argumentales que se presentan frente a la comaternidad, procurando en todo momento el uso de un lenguaje claro que favorezca la lectura de este trabajo por toda persona interesada.

De esta forma, el comentario persigue como propósito sostener que, además de fundada en derecho, la citada sentencia debe ser destacada como un buen ejercicio de tutela judicial efectiva para la satisfacción de los derechos de colectivos de personas históricamente sometidas a barreras en el acceso a la justicia derivadas de la desigualdad estructural que les afecta, haciendo además justicia con los derechos de un niño y el principio de igualdad entre hijos.

1. Introducción.

El 8 de junio de 2020 el Segundo Juzgado de Familia de Santiago dictó una

3 Sigla que hace referencia a personas lesbianas (L), gays (G), bisexuales (B), trans o transgénero (T) e intersex (I). En relación a esta sigla, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la sigla se usa para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos. El mismo tribunal internacional ha indicado que se deben abordar estas temáticas teniendo en cuenta que suelen utilizarse conceptos y definiciones acerca de los que no existe acuerdo entre los organismos nacionales, internacionales, organizaciones y grupos que defienden sus respectivos derechos, así como en ámbitos académicos en que se debaten. Además, responden a una dinámica conceptual sumamente cambiante y en constante revisión. Por otra parte, asumir definiciones en esta materia es sumamente delicado, toda vez que fácilmente se puede incurrir en encasillamiento o clasificación de personas, lo que debe evitarse cuidadosamente. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 Identidad de Género, e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24-II-2017, párrafo 31. Se puede entender esta sigla como inclusiva de otras orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género, así como de toda diversidad corporal respecto de la norma impuesta por la sociedad. Por esa razón, a veces también se encuentra en la literatura la sigla LGBTIQ+, la que incluye así de forma expresa a las personas Queer (Q) y personas que tienen una identidad no binaria o cuyos caracteres sexuales no encajan con la definición típica de hombre y mujer (+). Fuente: Protocolo de Actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad sexual, Universidad de Concepción, p. 131 https://protocolo.fondefgeneroudec.cl/wp-content/uploads/2020/09/ProtocoloFONDEF_UdeC_Digital_Final.pdf, 21 de julio de 2021

sentencia en que acogió una acción de reclamación de filiación interpuesta por una madre, declarando así el reconocimiento también como madre de su pareja y conviviente civil, quienes han formado una familia y tienen un hijo en común, de 2 años y 10 meses a la fecha de la sentencia, nacido a partir del sometimiento de ambas a la técnica de reproducción asistida⁴.

La acción se fundó jurídicamente de forma principal en el artículo 183 del Código Civil (en adelante también CC), que establece las formas de reconocimiento de la maternidad, y en el derecho internacional de los derechos humanos vigente en Chile.

Además, la acción hace presente el vacío legal existente en Chile sobre la regulación integral de las técnicas de reproducción asistida. Efectivamente, la única norma del derecho chileno que se refiere a las técnicas de reproducción asistida es el artículo 182 del CC que indica que *“El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”*.

El tribunal al resolver cumple con respetar el principio constitucional de inexcusabilidad y la ley procesal que indica que este tipo de acciones no se pueden declarar inadmisibles, en conformidad al artículo 54.1 de la Ley 19.968, que crea los tribunales de familia.

También, aplica por analogía el citado artículo 182 del CC, extendiendo la regla de la norma a un caso no previsto en ella, pero no prohibido: la situación de dos mujeres que se someten al tratamiento. Para resolver la sentencia acude a la analogía, a los principios y a la equidad. Como indica la profesora Paulina Veloso, la analogía es posible *“porque la única pretensión del legislador en dicho artículo fue impedir la impugnación de la filiación por parte de donantes. No fue establecer que debían someterse a estas técnicas siempre un hombre y una mujer. En la época ya se hacían intervenciones v.g. a una mujer soltera sin pareja. El legislador no pensó en que se sometieren a esta técnica dos personas del mismo sexo, pero no prohibió nada. Se dice que es la naturaleza humana que no puede prever todas las situaciones futuras. Por eso se afirma que la ley es más inteligente que el legislador; y el intérprete que la ley. Así las leyes perduran en el tiempo aplicándose a situaciones nuevas”*⁵.

4 Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-10028-2019, 8-6-2020.

5 Veloso, Paulina, “Una sentencia para Attilio” Opinión de 26 de junio de 2020 en La Tercera. Fuente: <https://www.latercera.com/opinion/noticia/una-sentencia-para-attilio/4NWXXNYABVCO5LXSGXVZPOYF3Y/>, 20 de julio de 2021.

Asimismo, en el marco de la aplicación del derecho, sus principios, normas y reglas de interpretación para resolver situaciones de afectación a derechos esenciales de las personas, la sentencia citada integra el derecho internacional de los derechos humanos como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales, argumentando debida y jurídicamente su decisión.

La sentencia establece que el niño tiene dos madres constatando, para resolver, que existe una familia legalmente constituida a través de un Acuerdo de Unión Civil entre la demandante (madre biológica) y la demandada (quien también se considera madre del niño no siendo la madre gestante) analizando normas constitucionales y de derecho internacional para concluir que toda forma de familia debe ser protegida.

La decisión judicial también considera el principio de igualdad de los hijos que explícitamente se establece en la parte final del artículo 33 del Código Civil y argumenta en base a los principios de identidad e interés superior del niño, proyectando estos importantes principios de la infancia y la adolescencia en el caso del niño y sus personales y concretas circunstancias, tal y como se dispone desde estándares internacionales plenamente aplicables a Chile⁶.

Una vez conocida la sentencia esta visibilizó en la agenda nacional el antagonismo que parece existir sobre la forma de concebir a la familia, especialmente como una tensión entre una posición que pone a la heterosexualidad como algo determinado y determinante para el buen cuidado de hijos e hijas; y quienes contradicen ese paradigma al afirmar que la familia debe ser reconocida como una realidad múltiple y diversa, sin que la orientación sexual (o la identidad de género) sean condicionantes de ese reconocimiento, velando por el verdadero interés superior y el derecho a la identidad de niños y niñas que integran esas realidades familiares en cada caso concreto⁷.

6 Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. 24-2-2012, párrafo 110.

7 Al tiempo de conocida esta sentencia surgieron diversas voces críticas. Una de esas críticas apuntó a una colusión procesal. En ese sentido Hernán Corral <https://www.elmercurio.com/blogs/2020/06/10/79415/Activismo-gay-e-instrumentalizacion-de-jueces.aspx>, 20 de julio de 2021. A juicio de la autora de este comentario ello aparece un poco desmedido. Con ese razonamiento, los divorcios de mutuo acuerdo serían fraudulentos. Además, la colusión se podría analizar cuando se engaña a un tribunal a través de medios ilícitos para obtener un resultado favorable o se ponen de acuerdo las partes interesadas para obtener un resultado predeterminado. Nada de eso ocurre en este caso. Ni las partes engañaron o usaron medio ilícitos, ni tenían como saber el resultado de antemano. En similar sentido se pronuncia la experta Paulina Veloso señalando que *“...se afirma que habría habido un juicio simulado: las dos partes estaban de acuerdo en la petición. Esa crítica olvida que la lógica en tribunales de familia es la de colaboración entre los intervinientes. Muchas veces la demandada acepta la demanda contraria y el tribunal resuelve, sin recurrir a exámenes o pericias. Nada extraño. En esa misma idea, se ha pretendido que la voluntad no podría ser fuente de filiación. Esto ignora que ella -la voluntad- es la protagonista, entre otros, en el reconocimiento de un hijo, que es la fuente principal hoy de la determinación de la paternidad. En tal caso no hay exigencia de una prueba previa de verdad biológica. Esta prueba es im-*

Este antagonismo quedó también en evidencia en 2020 a partir de diferencias argumentales entre la sentencia de 8 de junio, materia de este comentario, y la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante también TC) de 4 de junio de 2020, dictada a propósito también de un tema de familia entre dos mujeres que forman familia, contrayendo matrimonio en el extranjero e iniciando también un proceso de maternidad compartida⁸.

Tal sentencia del TC tuvo su origen en la petición de que se declarara la inconstitucionalidad de dos normas que limitan el pleno reconocimiento en Chile de los matrimonios celebrados en el extranjero de su carácter de tal. Son los artículos 12, inciso final de la Ley 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, y artículo 80, inciso 1° de la Ley 19.947, de Matrimonio civil, estimando que son contrarios a los artículos constitucionales 1°, 5° inciso 2°, y 19 N°s 1, 2 y 4. También se solicitaba al TC que se declararan vulnerados el derecho a la identidad y el interés superior del niño. El requerimiento fue rechazado con el voto en contra de 2 ministras⁹ y de 2 ministros¹⁰.

Existiendo entre ambas decisiones algunos puntos de conexión en los hechos que las motivan, parece útil referir de forma general a la sentencia del TC a fin de comprobar ese antagonismo que se indicó y porqué, entonces, es especialmente relevante el ejercicio de tutela judicial efectiva que hace la sentencia de sede de familia y que será comentada en los apartados siguientes.

Siendo un órgano de la relevancia que tiene en la práctica el TC chileno, el tipo de argumentación usada para “fundar” su decisión es especialmente relevante en una discusión antagónica y de vacíos legales como la situación de dos mujeres que se consideran madres de un hijo común. Es decir, debe ser relevante no sólo “lo que dice” sino “cómo lo dice” dado el rol que tiene que cumplir en situaciones en que hay tantas posiciones, intereses y derechos en juego.

En el caso que se ventiló ante el TC no se pidió la inconstitucionalidad del 102 del CC, norma que define en Chile el matrimonio como un contrato entre personas de distinto sexo. En este caso de 2020 las partes requirentes

portante solo cuando hay discusión. Desde luego, cuando el padre o madre biológico se niegue a reconocer a su hijo. Subrayamos la importancia de la voluntad y la verdad social en las relaciones de filiación”. Fuente: <https://www.latercera.com/opinion/noticia/una-sentencia-para-attilio/4NWXXNYABVCO5LXSGXVZPOYF3Y/>, 20 de julio de 2021.

8 Tribunal Constitucional, Rol 7774-2019, 4-6-220.

9 Las Ministras María Luisa Brahm Barril y María Pía Silva Gallinato.

10 Los Ministros Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva.

expresaron lo siguiente: “solo queremos que el Estado chileno les dé el mismo trato que otorga a todas las parejas heterosexuales casadas en el extranjero: el reconocimiento de su matrimonio, nada más, pero nada menos. Y, claro está, que al reconocerse su vínculo matrimonial se reconozca que cuando XXXXX nazca será hijo matrimonial de sus dos madres, no sólo de una de ellas”¹¹.

Desde una perspectiva del derecho al acceso a la justicia, enfoque que aborda este comentario, se podría decir que se buscó tutela por cuanto el derecho nacional no reconocería la voluntad de dos mujeres que decidieron casarse en el extranjero y que aspiran a ser reconocidas ambas como madres del hijo común.

No siendo tal sentencia el objeto de este comentario, las breves y genéricas menciones siguientes tienen por sentido que luego sean tenidas en vista, en enfoque comparado si se quiere ver así, a medida que se comentan las argumentaciones que entrega la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago.

La primera de tales menciones sobre la sentencia del TC se refiere a algunas expresiones sobre el matrimonio y la pretensión de que queda fuera de la posibilidad de cambios. La segunda, sobre las argumentaciones de derecho internacional de los derechos humanos en cuanto derecho vigente en Chile.

La sentencia del TC parece querer equiparar las uniones homosexuales con otras figuras o vínculos que califica de intolerables, tales como “matrimonios polígamos en países musulmanes, matrimonio de niños en países africanos, o aquellos convenidos por los padres en la sociedad japonesa y las bodas masivas de parejas que se celebran en la secta moon, en Corea del Sur, entre otros”¹². Adicionalmente, uno de los ministros que suscribe el voto de mayoría afirma que el matrimonio entre un hombre y una mujer estaría más allá del alcance del legislador e incluso de una decisión constituyente¹³. Tales expresiones no tienen adecuado soporte jurídico, bajo los enfoques de este comentario. Hay principios constitucionales, convencionales y de familia e infancia, que distancian de dichas figuras al matrimonio o a las uniones entre personas del

11 Tribunal Constitucional, Rol 7774-2019, 4-6-220 Citada en la concurrencia del Ministro Juan José Romero Guzmán.

12 Tribunal Constitucional, Rol 7774-2019, 4-6-220 C° 23

13 Tribunal Constitucional, Rol 7774-2019, 4-6-220 Concurrencia del Ministro Miguel Ángel Fernández González C° 8. “...eliminar la diferencia de sexo, como requisito de existencia del matrimonio, es suprimir la institución misma, lo que queda fuera del alcance de la potestad legislativa y, aun, constitucional, salvo que se sostenga que todas las instituciones pueden ser deconstruidas y replanteadas en su significado y contenido por lo que decida quien circunstancialmente dicta normas jurídicas”.

mismo sexo, varios de los cuales fueron sí tenidos en vista acertadamente por la sentencia de sede de familia como se irá apuntando luego.

Es interesante poner esto en evidencia pues en la sentencia del tribunal de familia existe una situación diferente frente a las pretensiones de las partes que demandan. Mientras en el voto de mayoría del Tribunal Constitucional se dice que hay ciertas entidades — en este caso la matrimonial — fuera del alcance de las personas, la sentencia de familia abre la puerta para que las personas vean que se pueden ir configurando y reconfigurando las formas en que se lee, interpreta y aplica el derecho a la hora de reconocer las realidades familiares diversas a la concepción tradicional de familia. A diferencia de lo que sostiene el TC, el tribunal de familia parece decir que, si se prueba que dos personas forman una familia, la justicia les debe brindar protección a quienes forman pareja y a su hijo como parte del ejercicio del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva debida a todas las personas, sin importar su sexo y sin importar si existe o no matrimonio entre ellas.

Por otra parte, sobre el uso del derecho internacional de los derechos humanos, aparecen tres apartados del voto de mayoría de la sentencia del constitucional que ameritan ser tenidos en vista frente a la buena argumentación que en esta materia hace la sentencia del 8 de junio.

En relación a la eventual infracción de los artículos 1° y 19 N°4 de la Constitución Política de 1980 (también CP 1980), hay que detenerse en los considerandos 9 a 21 de la sentencia del constitucional. Específicamente, en el considerando 9° señala el TC que “*se hace menester analizar la institución de la familia y del matrimonio, desde la perspectiva constitucional*”.

Luego, viene el pretendido análisis de la familia, del matrimonio y del Acuerdo de Unión Civil, pero en este análisis no hay en verdad una perspectiva constitucional la cual debería incluir el bloque constitucional del derecho, al menos en cuanto a los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Por otro lado, el considerando 11° no entrega la interpretación por autoridad que existe sobre el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), omitiendo una referencia debida a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Atala Riffo y niñas contra Chile o a la Opinión Consultiva 24-2017 del mismo tribunal que pueden ser vistos como interpretación por autoridad de la citada norma.

A su vez el considerando 15 habla del orden público familiar indicando que: “*el vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer es la forma*

jurídicamente recomendada para formar familia...” Comparto en este comentario que tal afirmación no parece sostenible desde la actual evolución del derecho de familia en Chile ni desde el derecho internacional de los derechos humanos¹⁴.

En el considerando 17°, en tanto, el fallo constitucional cita al Tribunal Europeo de derechos humanos que no es derecho vigente en Chile, por contraste al derecho internacional interamericano que sí puede serlo y del que se hace poco cargo la sentencia en el voto de mayoría¹⁵.

En la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago lo que se hace es actuar en el marco normativo nacional e internacional, además de alinearse con la política institucional del Poder Judicial, para alcanzar el objetivo de brindar tutela judicial efectiva por medio de un ejercicio de integración, de interpretación y de argumentación jurídica. Además, cumple con considerar el Derecho Internacional de los derechos humanos como derecho vigente bajo el contexto de antagonismo que aún se evidencia en Chile sobre la vida familiar de otras personas y sus afectos.

Si bien las sentencias tienen valor solo para las partes y Chile no es un sistema de precedente, este fallo abre la puerta a confiar en el acceso ante tribunales ordinarios de justicia como una forma en que las personas LGBTI pueden revertir desigualdades estructurales en ámbitos tan sensibles y personales como son los de familia, los proyectos de vida y las relaciones y afectos, velando además por el resguardo del interés superior de cada niño, niña o adolescente en su realidad concreta y particular.

A continuación, se desarrollarán algunas ideas sobre el acceso a la justicia y las barreras que afectan a personas LGBTI en el ejercicio de derechos. Luego, se harán ciertas consideraciones sobre aspectos específicos de la sentencia materia central de este comentario.

14 Para conocer sobre el derecho a la protección a la familia y el derecho al matrimonio desde una mirada que sitúa la regulación nacional en la materia en contraste con la evolución que ha venido experimentando la familia y el matrimonio; con las transformaciones sociales que promueven esa evolución; y con estándares y obligaciones internacionales sobre tales derechos y los alcances que pueden tener respecto de otros, véase Gauché, Ximena y Lathrop, Fabiola, *Derecho a la protección de la familia y derecho al matrimonio*, en Curso de Derechos Fundamentales (Editorial Tirant Lo Blanch) Contreras, Pablo y Salgado, Constanza, editores, 2020, pp. 739-768.

15 En la prevención de los Ministros Iván Aróstica Maldonado y José Ignacio Vásquez Márquez, alineadas con el voto de mayoría, también se observa una descontextualización derecho internacional de los derechos humanos. Ello al pretender que tratados como la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) o el Pacto de San José de Costa Rica están alineados con su tesis (C°7 de la prevención)

2. Una mirada al acceso a la justicia y los obstáculos que enfrentan diversos grupos de personas.

2.1. El acceso a la justicia como un derecho humano.

El acceso a la justicia es un derecho humano esencial y autónomo que favorece el cumplimiento de la igualdad entre las personas. Se constituye así en un instrumento para el ejercicio de otros derechos ligado al desarrollo de los derechos de ciudadanía, siendo su reconocimiento y garantía de ejercicio elementos esenciales de legitimación de un estado democrático¹⁶.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos ya en 1948 se hizo cargo de varias de sus dimensiones. Indica ese texto en su artículo 8° que: *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”*, agregando luego en el artículo 10 que toda persona tiene derecho *“en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*.

Años más tarde, instrumentos como el PIDCP en su artículo 14 consagra varias dimensiones vinculadas al acceso a la justicia, tales como el derecho de toda persona a ser oída, la independencia e imparcialidad del tribunal y la presunción de inocencia, entre otras, las cuales también se recogen en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) en sus artículos 8° y 25.

Así, para que el acceso a la justicia sea adecuado deben darse ciertas condiciones relativas a la noción de debido proceso y tutela judicial efectiva¹⁷. Debe existir un acceso libre e igualitario a un tribunal u órgano imparcial establecido con anterioridad, como también, un proceso rápido, ágil y eficaz para la resolución del conflicto de relevancia jurídica. Además, deben removerse los obstáculos económicos que puedan condicionar tales fines.

16 Heim, Daniela *Mujeres y acceso a la justicia: de la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*, (Ediciones Didot, 1° Edición en español, Argentina), 2016, 15.

17 Respecto a la estructuración y contenido de ambas nociones en nuestro ordenamiento jurídico véase García, Gonzalo y Contreras, Pablo, El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno, en *Estudios Constitucionales*, 11(2), (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2013; Nogueira, Humberto, *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales* (Vol. II), (Librotecnia, Santiago), 2018, pp.416 y ss; Bordalí, Andrés, Análisis Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho a la Tutela Judicial, en *Revista Chilena de Derecho*, 38(2), (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile), 2011.

Esto supone disponer de recursos y medios de fácil accesibilidad, adecuados y eficaces para el reclamo de derechos, que consideren la adopción de medidas con los grupos en situación de mayor vulnerabilidad como, entre otros, las mujeres.

Particularmente respecto de este grupo en situación de vulnerabilidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su Informe de 2007 “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”, definió el acceso a la justicia (para los fines del mismo Informe) como el acceso de iure (de derecho) y de facto (de hecho) a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos¹⁸. Por su parte el Comité que vigila el cumplimiento de la Convención para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW por su sigla en inglés) en su Recomendación general número 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, indicó en 2015 que el derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos en virtud de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Es un elemento fundamental del estado de derecho y la buena gobernanza, junto con la independencia, la imparcialidad, la integridad y la credibilidad de la judicatura, la lucha contra la impunidad y la corrupción, y la participación en pie de igualdad de la mujer en la judicatura y otros mecanismos de aplicación de la ley. El derecho de acceso a la justicia es pluridimensional. Abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia¹⁹.

En lo formal, el acceso a la justicia supone que cada persona debe poder acceder a medios y órganos jurisdiccionales, como también, a fórmulas de resolución extrajudiciales que incluyen instancias administrativas, no estatales y prejudiciales de resolución alternativa de conflictos²⁰.

Por otra parte, el acceso a la justicia implica que cada persona debe obtener un pronunciamiento judicial justo, respetuoso de los derechos fundamentales,

18 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. 20-01-2007, p. 3.

19 Comité CEDAW, Recomendación general número 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia. 3-08-2015, párrafo 1.

20 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual Autoformativo sobre acceso a la justicia y derechos humanos en Chile*, 2011, página 50. Fuente: <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1450/manual-autofor-chile-2010.pdf>

lo que puede entenderse como parte integral de la tutela judicial efectiva de los derechos en litigio.

Bajo esta comprensión, el derecho de acceso a la justicia abarca dimensiones tanto de proceso como de resultados. Esto lo transforma en un derecho humano especialmente relevante que requiere una mirada integral e integradora que permita “buscar soluciones a las necesidades, los problemas y conflictos que puedan expresarse jurídicamente, ya sean individuales o sociales, tanto dentro como fuera de los sistemas de justicia”²¹.

En el caso de que se hace cargo la sentencia que motiva este comentario, el acceso a la justicia ha sido visto y pretendido como instrumento para el adecuado goce y ejercicio de derechos en el ámbito de la familia y de derechos de un niño.

2.2. Los obstáculos al acceso a la justicia desde el enfoque de las desigualdades estructurales. Una mirada sobre los estereotipos y la pretensión de neutralidad del derecho.

La desigualdad estructural da cuenta que una gran cantidad de grupos experimenta dificultades sistemáticas para ejercer sus derechos. Como afirma Solís²² a lo largo de generaciones, ciertos colectivos se han visto marginados de manera reiterada. Los contextos de desigualdad estructural impiden a muchas personas ejercer su derecho de acceso a la justicia en condiciones igualitarias, mitigando su potencialidad frente a conflictos de relevancia social y jurídica para tales personas. Por ello, parece indispensable que el acceso a la justicia considere los factores que dificultan la igualdad de ejercicio en este derecho.

Tales factores son de diverso orden: físicos, económicos, sociales, políticos, normativos y culturales²³. Estas barreras, relevadas por estándares internacionales de derechos humanos, afectan con especial énfasis a mujeres y personas que se reconocen como lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, *intersex*, *queer* o de género fluido. Quienes trascienden el binomio hombre/mujer aparecen como ejemplo muy vivo de las asimetrías y desequilibrios que han perdurado históricamente en la sociedad humana.

21 Heim, Daniela, 2016, página 47

22 Solís, P. *Discriminación estructural y desigualdad social. Con casos ilustrativos para indígenas, mujeres y personas con discapacidad*. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2017. Fuente: https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Discriminacionestructural%20accs.pdf

23 Fuente: Protocolo de Actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad sexual, Universidad de Concepción, p. 18 https://protocolo.fondefgeneroudec.cl/wp-content/uploads/2020/09/ProtocoloFONDEF_UdeC_Digital_Final.pdf, 21 de julio de 2021

Específicamente, entre estos obstáculos, existen algunos de tipo socio cultural, pero que afectan también lo normativo, siendo factores persistentes que dificultan el acceso a la justicia de mujeres y personas LGBTI. Es el caso de los estereotipos de género²⁴.

Si bien los estereotipos son categorizaciones identitarias construidas sobre personas o grupos de personas, pueden afectar lo jurídico por cuanto determinan la interpretación de una norma o de la realidad que se discuten en un proceso judicial, afectando normalmente derechos en litigio. Una reciente investigación interdisciplinaria levantó un diagnóstico sobre las consecuencias prácticas de los estereotipos, roles y representaciones de género y diversidades sexuales en el Poder Judicial chileno²⁵.

En el caso de las mujeres, esto se evidencia en la construcción binaria del género femenino con la consecuente existencia de roles, órdenes y representaciones de género²⁶ pretendidamente establecidas y naturalizadas, así como las expectativas de comportamiento derivadas de ellas. Por ejemplo, esperar que el hombre sea el principal proveedor económico en una familia o que las labores domésticas y de cuidado de otras personas sean realizadas por las mujeres.

También, los estereotipos se manifiestan en la construcción sexista de muchas instituciones jurídicas (la familia, por ejemplo); en el uso de un determinado lenguaje binario y sexista; o en las distintas manifestaciones de violencia. Todo ello desfavorece el acceso a la justicia como ha sido puesto

24 Se puede conceptualizar el término “estereotipos de género” como aquellas representaciones construidas y fuertemente arraigadas, en función de las cuales se les asigna un atributo (positivo, negativo o mixto) de forma indiscriminada o generalizada al grupo de hombres, mujeres, homosexuales, transexuales, u otros. Se refieren a la construcción o comprensión de los hombres y las mujeres, en razón de la diferencia entre sus funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Es un término genérico que abarca estereotipos sobre las mujeres y los subgrupos de mujeres y sobre los hombres y los subgrupos de hombres. Su significado es fluido y cambia con el tiempo en torno a la cultura. Es una “visión generalizada o una preconcepción sobre características y atributos de los miembros de un grupo en específico, asumiendo que comparten las mismas características y ciertos roles que deben cumplir” Cook, Rebecca y Cusack, Simone *Estereotipos de género, perspectivas legales tradicionales*. Universidad de Pennsylvania, 2009. Para calificar una generalización como estereotipo, no importa si dichos atributos o características son o no comunes a las personas que conforman el grupo o si sus miembros de hecho poseen o no tales roles. El elemento clave es que, en tanto se presume que el grupo específico posee tales atributos o características o cumple con esos roles, se le atribuye a una persona una propiedad a cumplir por el solo hecho de pertenecer a él. Arena, Federico, *Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual*, en Revista de Derecho XXIX (1), (Universidad Austral de Chile), 2016, pp. 51-75.

25 Fuente: Protocolo de Actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad sexual, Universidad de Concepción, pp. 33-40 https://protocolo.fondefgeneroudec.cl/wp-content/uploads/2020/09/ProtocoloFONDEF_UdeC_Digital_Final.pdf, 21 de julio de 2021.

26 Buel Dos Santo, T, “*Representaciones sociales de género: Un estudio psicosocial acerca de lo masculino y lo femenino*”. Tesis Doctoral. Facultad de Psicología, Universidad Autónoma de Madrid, 2018.

de manifiesto por la institucionalidad internacional de derechos humanos, basada en las obligaciones estatales derivadas de tratados internacionales que recogen las diversas dimensiones del acceso a la justicia²⁷.

En el caso de personas LGBTI, la forma de manifestar su sexualidad, de auto percibir su cuerpo, o de construir su género y expresarlo, se levantan como obstáculos para acceder a la justicia.

Ello ocurre por la existencia de concepciones estereotipadas y naturalizadas sobre la sexualidad, el género, los propios cuerpos, y las formas de hacer y vivir familia, que se tensionan frente a las identidades que no encajan en el binarismo hombre/mujer o los roles exigidos socialmente bajo la dicotomía masculino/femenino. Todo lo anterior impide en muchas ocasiones tener en debida cuenta que lo central deben ser las condiciones de amor y cuidados que pueda recibir un niño o niña en una familia formada por personas del mismo sexo a fin de resguardar así su interés superior y su derecho a la identidad.

Por otra parte, hay obstáculos normativos que también afectan diferentemente el acceso a la justicia de mujeres y personas LGBTI. Tal es el caso del formalismo excesivo del sistema de justicia, particularmente en algunas materias, la construcción de determinados tipos penales o figuras civiles, o vacíos legales que llevan a interpretaciones judiciales diversas o contradictorias sobre un mismo hecho, en ocasiones con la carencia del debido control de convencionalidad frente a estándares internacionales de derechos humanos.

Esos obstáculos normativos tienen una directa relación con la histórica pretensión de neutralidad del derecho, la cual impide ver la configuración determinada de ciertas instituciones y a vacíos normativos que afectan de forma diferenciada a mujeres y personas LGBTI.

Desde una visión histórico-jurídica, la igualdad entre las personas y la neutralidad de la norma jurídica como pretendidos paradigmas de la modernidad en realidad parece ser más bien un discurso que, por siglos, ha validado la exclusión de personas desde la figura del hombre²⁸.

En relación directa con ello, la comprensión y la forma en que el derecho se ha relacionado con los cuerpos evidencia la exclusión de personas que hace el propio derecho, siendo irrelevante esta comprensión en el discurso liberal

27 Comité CEDAW, Recomendación general número 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia. 3-08-2015, párrafos 26-29.

28 Costa, Malena, *Feminismos Jurídicos*, (Ediciones Didot. Buenos Aires). S/F, p. 30

de los derechos²⁹. De eso hace parte, por ejemplo, el uso de la violencia a las mujeres, niñas y adolescentes como un medio de castigo o represión desde la subordinación a que se les somete³⁰.

A su vez, la binarización de los cuerpos - que pone al cuerpo de hombre como parámetro o norma - ha llevado a que el cuerpo de las mujeres se analice desde ese cuerpo de varón³¹.

Por otra parte, conformaciones históricas en torno a la construcción de las relaciones sociales entre las personas han moldeado y profundizado aún más la subordinación de las mujeres y de las llamadas “identidades subversivas”³². Entre estos elementos, aparece como relevante la organización institucionalizada de la sexualidad y la procreación.

Esta organización ha permitido la apropiación de las capacidades generativas y sexuales de las mujeres, limitando su autonomía y libertad o, en tiempos más actuales, poniendo en tensión los paradigmas estereotipados y roles de género en materia de familia.

En efecto, se han construido ciertos modelos como “naturales” y “correctos”, basados en el sistema binario y heterosexual, dando una menor valoración a lo diverso. Esas realidades familiares y afectivas, que van más allá de lo dicotómico y de la aceptación sin condiciones de las diferencias entre cuerpos, desafían las construcciones del lenguaje, los discursos y narrativas sobre los seres humanos, las instituciones y por cierto al Derecho, los derechos y el acceso a la justicia.

29 Zuñiga, Yanira, *Cuerpo, Género y Derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad*, en Revista Ius et Praxis, 24(3). (Universidad de Talca) 2018, p. 210.

30 La Corte IDH se refirió a la violencia sexual, violaciones y torturas cometidas contra mujeres en el caso de un operativo policial en el año 2006 en México. Reconoció en este caso que la violencia sexual se ha usado en los conflictos armados como un medio simbólico para humillar a la parte contraria o como un medio de castigo o represión. Corte IDH, Sentencia Atenco contra México, Serie C_371, 28-11-2018, párrafos 181- 204. Este tipo de violencia sobre cuerpos de mujeres en situaciones de conflicto antes fue abordada antes por los tribunales penales ad hoc de Rwanda y Yugoslavia, y por la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer. En relación a este tema puede consultarse a Gauché, Ximena, “Violencia contra las mujeres en la agenda de paz y seguridad internacional”, en Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM, México, No. 132, septiembre-diciembre 2018, 37-66.

31 Recogiendo esa idea se puede citar el Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, que indica que una perspectiva de género cuestiona el paradigma de único «ser humano neutral y universal», basado en el hombre blanco, heterosexual, adultos sin discapacidad, no indígena, y en los roles que a dicho paradigma se atribuyen. Es por eso que no se trata de un método enfocado únicamente a las mujeres, sino de una estrategia que permite ver a las personas en su diversidad de contextos, necesidades y autonomía, 66.

32 Saldivia, Laura, *Subordinaciones Invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género*, (Ediciones Universidad Nacional de General Sarmiento, Buenos Aires, Argentina), 2017.

Por cierto, estas conformaciones históricas sobre ciertas construcciones sociales se agravan en sus efectos cuando se da el cruce de las propias circunstancias de mujeres y personas LGBTI con otros factores de identidad y de categorización social. Esa realidad apela a incorporar el enfoque de la interseccionalidad del cual la justicia debe hacerse cargo. Por lo demás, también órganos del sistema internacional de derechos humanos lo han indicado³³. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el Poder Judicial constituye la primera línea de defensa de carácter nacional para la protección de derechos y libertades individuales de las mujeres; de ahí la trascendencia de la respuesta efectiva³⁴.

En el caso de las personas LGBTI ellas concretamente evidencian la tensión existente entre un cuerpo que escapa a la norma y a la forma de concebir la subjetividad jurídica. En general, esto puede explicar el por qué se les ha sometido a tantas restricciones a lo largo de la historia, impidiéndoles ejercer muchos derechos de manera autónoma.

3. Consideraciones específicas sobre la Sentencia del 2° Juzgado de Familia de Santiago.

3.1. Sobre el rol que está llamado a cumplir el Poder Judicial en el acceso a la justicia y los obstáculos que enfrentan diversos grupos de personas.

En un sistema normado desde la heterosexualidad, este sesgo en lo normativo tiene consecuencias en la vida de muchas personas. Tales consecuencias se traducen de forma frecuente en un desigual acceso al ejercicio de derechos esenciales que para otras personas son de cotidiano y casi imperceptible ejercicio. Esto hace que el acceso a la justicia para la tutela judicial efectiva de esos

33 El Comité ha documentado muchos ejemplos de los efectos negativos de las formas interseccionales de discriminación sobre el acceso a la justicia, incluidos los recursos ineficaces, para grupos específicos de mujeres. Las mujeres que pertenecen a esos grupos suelen no denunciar la violación de sus derechos a las autoridades por temor a ser humilladas, estigmatizadas, arrestadas, deportadas, torturadas o sometidas a otras formas de violencia contra ellas, incluso por los oficiales encargados de hacer cumplir la ley. El Comité ha observado también que, cuando las mujeres de esos subgrupos plantean reclamaciones, las autoridades con frecuencia no actúan con la debida diligencia para investigar, enjuiciar y castigar a los perpetradores y/o aplicar medidas correctivas. El Comité de Derechos de las personas o discapacidad se refiere a ella como aquella discriminación que hace referencia a una situación en la que una persona experimenta dos o más motivos de discriminación, lo que conduce a una discriminación compleja o agravada, recogiendo lo que ya en el año 2004 el Comité de la CEDAW indicara. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general núm. 26, de 2004, sobre las medidas especiales de carácter temporal, párrafo 12.

34 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. 20-01-2007.

derechos sea un tema de importancia en las democracias contemporáneas que, formalmente al menos, abrazan el paradigma de la igualdad.

Por ello es especialmente relevante la integración, la interpretación y la argumentación jurídica por parte de quien debe resolver en una situación familiar como la del caso, en el marco del acceso a la justicia para la tutela de derechos.

Además, es especialmente importante cuando nos enfrentamos a una situación de la realidad (que es la que importa) ante la que el derecho aún no se adecua o, por otro lado, que ni siquiera se ha regulado por razones que son evidentes, si se piensa en la fecha que tienen algunas normas en Chile.

Esto es una premisa importante y hace bien la justicia cuando no la olvida. Los cambios legales o las revisiones normativas en Chile, como en otros países, suelen ser lentos, o mucho más lentos que el dinamismo que tiene la vida social y las relaciones entre los seres humanos.

Por esto es esencial que el Poder Judicial integre tanto el derecho constitucional como el Derecho Internacional de los derechos humanos, lo interprete adecuadamente y lo argumente en su decisión. Eso hace la sentencia de sede de familia que de manera acertada observa que el derecho internacional es parte del bloque constitucional de derechos fundamentales, realizando una interpretación armonizadora de la Constitución³⁵.

Por cierto, si bien la palabra “derecho” no es de sentido unívoco, es el derecho (y no sólo la ley) el que se integra, se interpreta y se argumenta por quien debe hacer tutela judicial, sea que se entienda el derecho como orden normativo que regula la vida en sociedad y las conductas humanas (derecho objetivo: el derecho comercial regula los actos de comercio) o como facultades que tienen los sujetos (derecho subjetivo: tengo derecho a expresamente libremente)

Ello porque, entre las múltiples miradas posibles, el “derecho” puede ser visto como un fenómeno de la cultura humana. Como refiere Squella “*en cuanto se trata de algo producido por el ser humano en la historia para conseguir ciertos fines, tales como paz, orden, seguridad jurídica y, en la medida que le corresponde, justicia*”³⁶.

Un ejemplo en relación al rol que debe cumplir la judicatura frente a las barreras de acceso a personas LGBTI entrega la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos de 2020. Con el voto de sus jueces calificados de

35 Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-10028-2019, 8-6-2020 C° Décimo.

36 Squella, Agustín, *¿Qué es el derecho? Una descripción del fenómeno jurídico*, (Editorial Jurídica de Chile, Colección Manuales Jurídicos, Santiago), 2007, p.18.

“conservadores”, ha interpretado la normativa de protección laboral por sexo, haciéndola extensiva a la orientación sexual y la identidad de género incluyendo a una mujer trans adulta mayor despedida de su trabajo, cuando con avanzada edad quiso vivir desde su identidad de género autopercebida. De manera muy probable, nadie pensó en esta realidad como parte del título VII de la Ley de derechos civiles de 1964³⁷.

Otro ejemplo se encuentra en la decisión cubana, también en 2020, de inscribir a un niño con dos madres, hijo nacido de una relación en que se hizo uso de las técnicas de reproducción asistida. En este caso el fundamento fue el artículo 7° de la Constitución Política cubana que reconoce el derecho a formar una familia, cualquiera sea su forma de organización y vela por el interés superior del niño y su derecho a ser inscrito. Se interpretó por el Ministerio de Justicia conforme las dinámicas familiares actuales³⁸.

3.2. El cumplimiento del mandato constitucional actual sobre armonización del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional.

La opinión que comparte este comentario es que la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago cumple con el artículo 5° inciso 2° de la CP 1980 e integra el derecho internacional de los derechos humanos para comprender el bloque de constitucionalidad de derechos en el caso chileno, evitando, dicho sea de paso, una posible nueva denuncia contra Chile ante el sistema interamericano.

Lo hace acertadamente pues se hace cargo de normas convencionales que obligan a Chile, como los artículos 17.1 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 23 del PIDCP en relación a la protección de toda forma de familia, o el artículo 8° de la Convención de Derechos del Niño, sobre el derecho a la identidad, entre otras disposiciones internacionales. Además, considera de forma debida la interpretación de los órganos internacionales que por mandato de

37 En una decisión con 6 votos a favor y 3 en contra, la Corte estableció que la ley federal de 1964 prohíbe la discriminación por sexo o género y que eso ampara también a las personas por su orientación sexual o identidad de género. Según el más alto tribunal estadounidense, los empleadores que despidan a trabajadores por ser homosexuales o transgénero están violando la ley de derechos civiles. Fuentes: <https://www.diarioconstitucional.cl/2020/06/17/cs-de-eeuu-determino-ilegalidad-de-despido-por-causa-de-orientacion-sexual-o-identidad-de-genero-del-trabajador/> <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-53055917>, 26 de julio de 2021

38 La certificación de nacimiento, emitida en La Habana, argumenta que “la inscripción se practica en virtud de ambas madres al tratarse de un caso de doble maternidad, con apoyatura legal en el artículo 7 de la Constitución de la República de Cuba que reconoce además el derecho a formar una familia, cualquiera que sea su forma de organización y vela por el interés superior del niño y su derecho a ser inscrito”. Fuente: <https://oncubanews.com/cuba/por-primera-vez-cuba-inscribe-a-un-nino-con-dos-madres/>, 20 de julio de 2021

autoridad han hecho de tales disposiciones como es el caso de la Corte IDH³⁹ o el Comité de Derechos del Niño⁴⁰.

Luego de incorporar las normas internacionales de derechos humanos en el contenido material de la Constitución Política nacional, reconoce la necesidad de su apertura y la adecúa a las nuevas realidades que rige, actualizando su contenido normativo. Esto va en armonía con los desarrollos contemporáneos sobre interpretación en derecho que llaman a mirar la evolución de las personas destinatarias, y considerar el contexto histórico, social, político y cultural en que debe aplicarse⁴¹.

La sentencia toma aquellas precisiones de forma rigurosa, e integra e interpreta armónicamente estas disposiciones con el ordenamiento constitucional y legal chileno y la evolución que ha tenido en ellos el orden de familia.

Así, en la sentencia del 8 de junio de 2020 hay un uso adecuado del derecho internacional: desde las fuentes convencionales citadas como desde el reconocimiento e integración de la interpretación que por autoridad hacen los órganos internacionales que vigilan los tratados internacionales de derechos humanos.

En el caso de las opiniones consultivas, por ejemplo, es menester reconocer que tales instrumentos internacionales crean estándares a partir de procesos abiertos a la amplia participación de los estados del sistema por medio de *amicus curiae* e incluso audiencias orales. Además, a través de ellas no surge cualquier interpretación, sino la interpretación que hace el órgano creado convencionalmente para ese fin y al que los estados partes de un cierto tratado le han reconocido tal competencia. Es el caso de las opiniones consultivas de la Corte IDH.

En ese sentido hay ya práctica jurisprudencial chilena y específicamente respecto de la Opinión Consultiva 24/17, citada por la sentencia del 8 de junio de 2020. En sentencia de mayo de 2018 recaída en un recurso de casación en el fondo para anular y reemplazar una sentencia de Corte de Apelaciones que confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó una solicitud de nombre y sexo conforme a la ley 17.344, el máximo tribunal chileno reconoce en este pronunciamiento interamericano los estándares en virtud de los cuales

39 Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-10028-2019, 8-6-2020 C° Noveno.

40 Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-10028-2019, 8-6-2020 C° Décimo tercero.

41 Sobre interpretación en materia de derechos véase Bassa, Jaime, *La interpretación de los derechos fundamentales*, en Manual sobre derechos fundamentales (LOM), Teoría General: Contreras, Pablo y Salgado, Constanza, editores, (Editorial LOM, Santiago), 2017, pp. 435-486.

el estado de Chile debe facilitar el cambio de nombre y sexo registral, sin condicionamiento a una intervención quirúrgica o a un tratamiento hormonal.

En lo que interesa a este comentario agrega tal fallo de la Corte Suprema que en cuanto a la vigencia de la interpretación que la Corte IDH hace para el estado de Chile, *“cabe recordar que la Corte Interamericana es el órgano a quien los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos encargaron la función de aplicación y de interpretación autoritativa del tratado. Por tanto, la interpretación que el tribunal regional de a la Convención, incluso en la Opinión Consultiva recién mentada, tiene carácter de autoritativa para Chile a menos que todos los Estados Partes mediante un protocolo u otro instrumento que enmiende la Convención, decidan reemplazar esta interpretación autoritativa por su propia “interpretación auténtica”, por lo cual la Corte ha adelantado en este caso su opinión respecto de un tema determinado, el cual en caso de ser llevado por una situación determinada, se fallaría bajo esos argumentos”*⁴². Esta jurisprudencia del máximo órgano jurisdiccional chileno además podría ser enmarcada en la naturaleza diferente que tienen los tratados de derechos humanos, cuestión que tiene como se aprecia una clara incidencia en su interpretación e integración al bloque constitucional de derechos.

De forma adicional, las condenas a Chile por la Corte IDH y las soluciones amistosas avalan la necesidad jurídica de tener en debida cuenta el sistema interamericano. Tal es el caso de la solución amistosa en un caso sobre matrimonio entre dos hombres⁴³ y que motivó la tramitación del actual proyecto de matrimonio entre personas del mismo sexo⁴⁴.

Por lo demás, otra argumentación podría llevar a dejar sin aplicación coherente a la norma constitucional del artículo 5 inciso 2° de la CP 1980 y la retroalimentación recíproca entre el derecho nacional y el derecho

42 Corte Suprema, Rol 70.584-2016, 29-05-2018, C° 8.

43 En 2018 la Contraloría General de la República determinó la legalidad del Acuerdo de Solución Amistosa celebrado por Chile en el citado caso Peralta y otros. En el Dictamen N° 6863, de marzo de ese año, el órgano contralor descartó la ilegalidad que alegaron en su recurso los diputados José Antonio Kast, Arturo Squella y Juan Antonio Coloma. En lo que interesa, el ente contralor que “los tratados internacionales forman parte de la preceptiva que en el desempeño de sus funciones los entes públicos deben observar”. Hizo referencia a que los acuerdos como este constituyen la aplicación de un medio de solución de controversias implantado bajo la jurisdicción de un organismo internacional, cuyas normas son parte del ordenamiento jurídico nacional, al tratarse de un tratado internacional suscrito, ratificado y promulgado por Chile. Por cierto, no es posible negar que el impacto político y la legitimidad que supone cumplir el derecho internacional se levantan como razón de porqué los estados tratan de “portarse bien” para garantizar su imagen en un contexto de democracia internacional formal y Chile no es la excepción

44 Boletín N° 11422-07 Fuente: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmiD=11934&prmiBoletin=11422-07>, 27 de julio de 2021

internacional de los derechos humanos. Parece una necesidad ineludible el diálogo jurídico transversal entre ordenamientos para favorecer un espacio de mayor respeto a los derechos de todas las personas. Deseable será que esto se discuta rigurosamente en el marco del proceso constituyente chileno a fin de contar con un mejor sistema de armonización del derecho chileno con el internacional.

A mayor abundamiento de lo expuesto en este apartado, debe recordarse que el 22 de octubre de 2015 Chile firmó la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia⁴⁵ la que en el capítulo III, “Deberes del Estado”, establece en el artículo 4° que los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta convención, todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, incluyendo: *viii. Cualquier restricción discriminatoria del goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y regionales aplicables y en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos, en especial los aplicables a las minorías o grupos en condiciones de vulnerabilidad y sujetos a discriminación.*

Si bien la firma no produce *per se* la entrada en vigor de este tratado para Chile, en virtud del artículo 18 de la Convención de Viena en la materia, si un Estado ha firmado un tratado debe abstenerse de actos que frustren el objeto y fin del acuerdo.

De esta forma, la sentencia de familia pondera y armoniza adecuadamente principios y reglas como el interés superior o el derecho a la identidad del niño, con las obligaciones internacionales de Chile y la protección debida a todas las formas de familia y a todos los hijos e hijas. En su labor, además, el fallo aplicó el razonamiento de la sentencia dictada en el caso Karen Atala y niñas contra Chile, obligatoria y fuente de derecho para cada tribunal de este país⁴⁶. Esta es otra evidencia de cómo la argumentación jurídica adecuada puede incidir en las pretensiones de tutela. La Corte IDH condenó a Chile justamente por discriminar por orientación sexual, discriminación que acá se habría perpetuado en contra de la madre no gestante, solamente por su sexo, agravando de paso la situación de desigualdad generada para su hijo en caso de fallar de forma diferente.

45 OEA/Ser.PAG/RES. 2804 (XLIII-O/13), 5 de junio de 2013.

46 Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-10028-2019, 8-6-2020 C° Décimo segundo.

3.3. El cumplimiento del compromiso institucional del Poder Judicial a partir de la Política de Igualdad de Género y No discriminación de 2018.

En este punto, la opinión que se comparte en este comentario es que la sentencia del 8 de junio de 2020 está alineada con el compromiso institucional dispuesto en la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial aprobada en 2018 por el pleno de la Excelentísima Corte Suprema⁴⁷. Tal Política tiene como uno de sus ejes el enfoque de género en el acceso a la justicia, entendiendo este acceso a la justicia como un elemento esencial del estado de Derecho en la medida que es un derecho y un principio que permite a todas las personas conocer, ejercer y hacer respetar sus derechos a través de la tutela judicial efectiva, con respeto a las garantías del debido proceso.

La sentencia tiene entonces presente el marco de la política institucional junto con el marco normativo nacional e internacional, procurando cumplir el objetivo de la Política citada y avanzando hacia la tutela judicial efectiva por medio de un ejercicio de integración, de interpretación y de argumentación jurídica que, además, cumple con considerar el derecho internacional de los derechos humanos como derecho vigente.

Demostrando la importancia de la formación y el perfeccionamiento de juezas y jueces en materias de derechos humanos, derecho internacional, infancia y adolescencia y derechos de las personas LGBTI, la sentencia también ha cumplido con mantener la independencia y la imparcialidad en el ejercicio de la función de juzgar.

Si bien las sentencias tienen valor solo para las partes y Chile no es un sistema de precedente, atendido el poder transformador que una sentencia puede tener en la vida de una persona (o de una familia en este caso) esta decisión de la justicia de familia llama a confiar en el acceso a la justicia para las personas que efectivamente forman una familia más allá de su sexo, su género o su orientación sexual.

Este contexto institucional hacer que el trabajo del Segundo Juzgado de Familia de Santiago con el fallo en comento sea una forma de visibilizar un ejercicio de correcta tutela judicial efectiva. De hecho, la sentencia fue premiada en el año 2021 por ser un ejemplo en la incorporación de una perspectiva de género, cuestión también que debe destacarse al comentar la decisión dictada por la jueza, doña Macarena Rebolledo Rojas⁴⁸.

47 Secretaría Técnica de Género PJUD. "Política de género y no discriminación", 2018.

48 Fuente: <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/noticias/252-iniciativas-presentacion-del-repositorio-de-sentencias-con-perspectiva-de-genero>, 27 de julio de 2021

4. Reflexiones para el cierre.

Buena parte de la discusión sobre la comaternidad, inserta a su vez en el antagonismo sobre la forma de concebir la familia, puede tener una primera y simple explicación. Para personas que legítimamente piensan distinto para sí, puede no ser cómodo aceptar los cambios sociales y las nuevas formas de concebir la libertad y los proyectos de vida y de afectos que tantas personas demandan. Una explicación podría ser el temor a que se afecten los privilegios que la heterosexualidad entrega y que no son pocos. Ello hace que se procure imponer ideas y concepciones propias como universales, correctas e inmutables. Específicamente el ámbito de las relaciones familiares y de filiación ha sido un espacio donde se han ido perpetuando inequidades fundadas en el sistema de la heterosexualidad que, desde la otra vereda, son en realidad privilegios para unas pocas personas. Puede ser el caso de la patria potestad o la regulación de la sociedad conyugal en Chile, por ejemplo.

Sin embargo, hay otras explicaciones o argumentaciones contra la comaternidad, bastante más complejas, que pueden ser abordadas con una mirada fundada en derecho como la que se encentra en el fallo del Segundo Juzgado de Familia de Santiago.

Una de ellas es la pretensión posible de levantar el interés superior de niños y niñas como argumento para oponerse a la comaternidad. Esta argumentación cae por sí sola cuando se pretende en abstracto y contra todo planteamiento teórico-conceptual o normativo en torno a que el interés superior debe determinarse en concreto para cada realidad infantil. Como además lo dijo claramente la Corte IDH justamente a Chile en el caso Atala⁴⁹. Además, parece ser un ejercicio que harían quienes podrían ser calificados como los “fanáticos” o los “absolutistas” en la lógica que plantea Squella⁵⁰. En el mismo tipo podrían estar quienes pretenden, siendo ajenos a una realidad familiar que acreditadamente es un buen contexto de amor y cuidado para un niño, entenderse facultados para intervenir en vidas de niños y niñas, sea a través de acciones legales o de otras estrategias. La eventual discriminación que puede sufrir un niño o niña no tiene que ver con quienes son, identitariamente hablando, sus padres, sino con lo que estos hagan y como la sociedad acepta o no. Es más, las críticas al fallo pusieron en 2020 al niño en el centro de las noticias jurídicas del país durante varios días. Eso sí puede ser exposición,

49 Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. 24-2-2012, párrafo 110.

50 Squella, Agustín, *¿Qué es el derecho? Una descripción del fenómeno jurídico*, (Editorial Jurídica de Chile, Colección Manuales Jurídicos, Santiago), 2007, p.24.

vulneración y eventualmente discriminación a un niño. También se le discrimina cuando no se le reconoce los mismos derechos que tienen todos los hijos e hijas nacidos de relaciones heterosexuales.

Otra argumentación de quienes rechazan una decisión a favor de la comaternidad se encubre tras la preocupación porque los niños, niñas y adolescentes criados por personas del mismo sexo puedan confundirse en su propia formación identitaria⁵¹. Tampoco parece sostenible. La formación de identidad es un proceso complejo en que intervienen muchos “agentes de socialización”: pretender que un niño o niña hará lo que sus padres hagan así sin más es una simplificación.

Ante esta idea parece relevante detenerse en todo caso en que si a alguien le preocupa que un niño o niña “se haga” gay o lesbiana por tener progenitores del mismo sexo es porque, en verdad, sigue creyendo que ser gay o lesbiana es menos bueno que no serlo.

Esta idea suele encontrar pretensión de fundamento en distintos tipos de argumentos. El primero, un argumento que puede calificarse de “esencialista o biologicista”, fundado en que sólo por medio de la unión entre un hombre y una mujer se puede procrear, supuestamente por una pretendida complementariedad genital única. Cae por sí mismo ante la evidencia de la realidad de matrimonios que no quieren o no pueden procrear, con el hecho de que no es efectivo que haya una única forma de complementariedad genital y porque la filiación no solo reconoce la fuente biológica. El segundo es el argumento que puede identificarse como del “orden natural de las cosas”, o sea, negarse a la realidad porque las cosas “siempre han sido así”. Esto cae al pensar en la evolución humana y como tantas instituciones sociales han ido siendo reconfiguradas o eliminadas con el desarrollo de la vida social y su dinamismo. La esclavitud es el mejor ejemplo o la propia penalización de las relaciones sexuales consentidas entre adultos. Ambos, en sí mismos, son argumentos ideologizados y permiten hablar, con propiedad, de una verdadera “ideología de género”.

Así las cosas, hay una tensión argumental de difícil resolución cuando se habla de comaternidad en Chile.

Frente a tal tensión, la invitación con que se cierra este documento es a mirar con detención la realidad. Es clara y evidente. Ya pasó el tiempo de la

⁵¹ Sobre el tema puede verse Gauché, Ximena, *El derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia*, en *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Coordinador y Editor Académico Anuar Quesille, UNICEF, Santiago, diciembre 2017, pp. 187-216. Fuente: https://www.unicef.org/chile/media/1381/file/constitucion_politica_e_infancia.pdf

injusta criminalización o patologización de personas gays, lesbianas, trans o de otras identidades sexuales. Ya pasó el tiempo de considerar a los hijos e hijas diferentes según su filiación. Y también ya pasó el tiempo de regular los asuntos de la infancia como si fueran niñas, niños o adolescentes objetos de protección y no sujetos de derechos. Hoy es el tiempo de concretar el justo derecho de toda persona, cualquiera sea su edad y su identidad, a amar y a ser parte de una familia que le entregue amor y cuidados.

Si no se reconoce esto para todas las personas, la sociedad en pleno siglo XXI corre el riesgo de llegar un día a estar cerca del mundo distópico de Margaret Atwood en “Los cuentos de la criada”. Para evitar que ese mundo literario se haga realidad, la provocación de cierre es a reivindicar con fuerza el derecho a vivir en un mundo que no camine hacia uno en que existan los padres de Gilead: sabedores supuestos de lo que es bueno para los demás e incapaces de ver las conductas que sí realmente afectan a un niño o niña y le pueden impedir ser feliz.

REBELIÓN Y CASTIGO. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CRIMINALIZACIÓN DEL “ESTALLIDO SOCIAL” Y EL PROYECTO DE INDULTO GENERAL A LOS “PRESOS DE LA REVUELTA”

Julio Cortés Morales¹

“Si lo que importa es solo el hoy o el mañana, no existe acción más reprochable que la revuelta. Pero si el ‘pasado mañana’ cuenta, y cuenta más que el hoy y el mañana, la revuelta es un hecho altamente positivo”

Furio Jesi, Spartakus. Simbología de la revuelta

Resumen

En este artículo se analizan los principales aspectos de la respuesta judicial frente a la rebelión popular de octubre de 2019 en Chile, y en especial los procesos de criminalización de quienes han sido imputados de participar en la comisión de delitos políticos y comunes en dicho contexto. Se hace además un recorrido por el concepto de prisión política y el uso habitual en la historia de Chile de amnistías e indultos luego de procesos de alta conflictividad política y social, centrándose en el efecto “creador de derecho” que tuvo la “revuelta” y los principales contenidos del proyecto de indulto general que se tramita actualmente en el Senado.

1. Después del estallido: los laberintos del sistema judicial

La criminalización de quienes participaron en las protestas y/o cometieron delitos asociados a la revuelta social constituye una de las tres grandes “aristas judiciales” que han quedado instaladas después del estallido, y que se pueden señalar de este modo:

a) la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública (militar o policial) y/o la eventual responsabilidad de los altos mandos policiales y las autoridades políticas pertinentes, en el entendido de que estas acciones no fueron sólo excesos individuales sino que hubo a lo menos omisiones graves y sostenidas que permitieron la ocurrencia de

¹ Abogado de la Universidad de Chile. Postítulo en Derecho de la Infancia y Adolescencia (Universidad Diego Portales). Magister en Derecho Penal (Universidad Central). Analista de la Unidad de Protección de Derechos del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Investigador independiente. Correo electrónico: juliocortesmorales@gmail.com

violaciones masivas de derechos humanos, llegando incluso a plantearse a nivel de opinión y en determinadas acciones judiciales la tesis de que en tanto y en cuanto fueron generalizadas o sistemáticas, constituyen propiamente crímenes de lesa humanidad;

b) la lucha por la reparación integral a las víctimas de la violencia institucional, sobre todo en aquellos casos en que hubo muertes, o sufrieron mutilaciones u otras lesiones graves, dimensión que ya se comenzó a discutir mediante juicios civiles por indemnización de perjuicios;

c) la situación de las personas que han sido criminalizadas (imputadas, acusadas y/o condenadas) por la comisión de diversos delitos asociados a la revuelta, entre ellos: incendio, confección o lanzamiento de artefactos incendiarios, robos y hurtos a tiendas, daños y desórdenes públicos.

En los dos primeros frentes judiciales los resultados hasta ahora han sido modestísimos: el 46% de las 6.568 investigaciones por violaciones de derechos humanos que llevaba la Fiscalía fueron cerradas sin llegar a haber formalizaciones de la investigación². No existen aún condenas para los responsables de muertes como la de Romario Veloz y Kevin Gómez en la región de Coquimbo ni la de Alex Nuñez en la Metropolitana ni la de Manuel Rebolledo en Talcahuano, y tampoco se ha dictado sentencia en casos de mutilación y lesiones gravísimas como los de Fabiola Campillai y Gustavo Gatica, por mencionar los casos más emblemáticos.

Resulta destacable en este balance que respecto del casi centenar de agentes del Estado que han sido formalizados y sometidos a medidas cautelares, la medida de prisión preventiva no se cumple en cárceles sino que en recintos especiales de la institución policial o militar a la que los imputados pertenecían al momento de los hechos, tal cual señala el Código de Justicia Militar, que aún es aplicable a Carabineros³.

Se han dictado sentencias condenatorias en dos juicios abreviados, aplicando a los autores penas de cumplimiento en libertad. Así, en la ciudad de

2 Ciperchile.cl, Fiscalía ya cerró sin formalizados el 46% de las causas por violaciones de DD.HH. ocurridas en el estallido social: 3.050 casos, Mauricio Weibel, 12 de marzo de 2021. Inicialmente se trataba según el Ministerio Público de 8.581 causas por violaciones de derechos humanos ocurridas durante el estallido social. De ellas, 2.013 fueron reagrupadas con otros procesos, quedando activas 6.568, de las que 3.050 fueron cerradas sin formalizar a posibles responsables.

3 De acuerdo a información proporcionada por el Ministerio Público a fines de enero de 2021, se trataría de 97 agentes del Estado: 92 carabineros, 4 militares y 1 marino. Otro reportaje de Mauricio Weibel dio a conocer que “de todas las denuncias recibidas por la Fiscalía, un total de 6.369 apuntan a carabineros, 307 sindicando a militares, 137 a funcionarios de la PDI y 27 a marinos. Otras 30 refieren a personal uniformado sin clasificar aún”. Ver Ciperchile.cl, Balance penal del estallido: Fiscalía investiga a 466 agentes del Estado y gobierno acusa a 3.274 personas de cometer actos violentos, 15 de julio de 2020.

Rancagua un carabinero que lanzó una bomba lacrimógena directo a la cabeza de un estudiante a ocho metros y medio de distancia, causándole graves lesiones, fue condenado por homicidio frustrado a cinco años de libertad vigilada intensiva⁴. En la Región Metropolitana dos ex carabineros que dieron una brutal golpiza a un joven detenido en Lo Hermida, registrada por vecinos y ampliamente difundida en las redes sociales, aceptaron un juicio abreviado por apremios ilegítimos y lesiones menos graves, siendo condenados a 541 días de presidio sustituidos por el beneficio de la remisión condicional de la pena⁵.

El mecanismo del juicio abreviado exige que el imputado acepte los cargos, a cambio de lo cual se negocia una pena más baja. Para conocer los resultados del juzgamiento de este tipo de hechos pero en un juicio oral hubo que esperar hasta mayo/junio del 2021 en la ciudad de Ovalle (Región de Coquimbo), donde tras doce días de juicio contra un carabinero en retiro, que el día de los hechos estaba con licencia y disparó su arma de fuego contra un manifestante impactándolo en la pelvis, se dictó condena pero no por homicidio frustrado -como solicitaban en sus respectivas acusaciones el Ministerio Público, el INDH y un querellante particular- sino que por apremios ilegítimos con lesiones graves -acogiendo la calificación jurídica propuesta por el Consejo de Defensa del Estado-. Por esos delitos más el de detención ilegal (art. 148 del Código Penal) se condenó al autor a una pena de cumplimiento en libertad⁶.

En el plano de la justicia civil, el mismo Consejo de Defensa del Estado que en algunas causas por violencia institucional interviene como querellante, se desdobla para hacerse presente en esta arista del laberinto judicial negando la procedencia de las indemnizaciones a las víctimas de la acción de los agentes del Estado, sosteniendo que por regla general Carabineros se ajustó a la normativa vigente sobre uso de la fuerza, que incluso el correcto uso de las armas menos-letales puede producir graves lesiones, y que en muchos casos fueron las propias víctimas quienes colaboraron en la producción del resultado al haber optado por participar de manifestaciones no autorizadas en que ocurrían hechos de violencia⁷.

4 Juzgado de Garantía de Rancagua, en causa RIT 957-2020, RUC 2010004279-8, Sentencia de 3 de agosto de 2020.

5 13° Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RIT 5719-2019, RUC 1901221616-8, Sentencia de 8 de junio de 2021.

6 Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, RIT 50-2020, Sentencia de 16 de junio de 2021. Las penas de cuatro años de presidio menor en grado máximo por o apremios/lesiones y un año de presidio menor en grado mínimo por la detención ilegal fueron sustituidas por Libertad Vigilada Intensiva.

7 Así se afirma en el contundente escrito de contestación del Consejo de Defensa del Estado a una de-

En la tercera arista, si bien la discusión hasta ahora se ha centrado en el número de personas que efectivamente siguen en prisión⁸, o en si procedería o no catalogarlos como “presos políticos”, lo cierto es que una gran cantidad de personas que participaron de la revuelta fueron criminalizadas por ello, a nivel policial y judicial. Este universo incluye a todos los imputados, sea que se haya aplicado o no a su respecto la medida cautelar de prisión preventiva u otras menos intensas como el arresto domiciliario, y también a quienes ya han sido condenados a penas efectivas de cárcel o con alternativas de cumplimiento en libertad.

A pesar de la confusión sobre cifras sobre “presos de la revuelta” que ha existido en el debate público, sabemos que entre el 18 de octubre de 2019 y hasta el 18 de marzo del 2020 la represión policial y militar de las protestas dejó a aproximadamente 30 mil personas detenidas⁹, de las cuales se formalizó a más de 5 mil y cerca de 2 mil quedaron inicialmente sometidas a la medida cautelar más intensa que permite el Código Procesal Penal: la prisión preventiva.

La lentitud e ineficacia de la respuesta estatal frente a delitos que técnicamente constituyen violaciones de derechos humanos –y que en tanto tales exigen del Estado estándares especialmente exigentes en materia de investigación y sanción, además reparación integral y garantías de no-repetición-, contrasta notoriamente con la enérgica persecución de los delitos cometidos en el contexto de la revuelta: el Ministerio Público ha informado que de los

manda interpuesta por 22 víctimas de lesiones oculares causadas por Carabineros a partir del 18 de octubre de 2019 que demandaron al Fisco para obtener reparación por lo que afirman fue una “falta de servicio” (15 Juzgado Civil de Santiago, C-11.302-2020, Mujica con Fisco de Chile).

- 8 Con cifras que varían desde 21 personas según la Corte Suprema y 25 según el Ministerio Público, a más de 900 según se señaló a inicios del 2021 con ocasión del inicio de la tramitación del proyecto de ley de indulto por parte de la Presidenta del Senado, Adriana Muñoz (PPD). Según Weibel en el “Balance penal del estallido”, de acuerdo al Ministerio del Interior a inicios de julio del 2020 “un total de 281 personas están en prisión preventiva...otras 216 se encuentran bajo arresto domiciliario”. En cambio, según la Fiscalía “299 personas estaban cumpliendo prisión preventiva hasta fines de abril, incluidos ocho menores”, y “desde el inicio del estallido social, unas 448 personas fueron sometidas a esta medida”. Esa cifra no coincide con el total de presos informado por Gendarmería de Chile al INDH el 20 de agosto de 2020 (Oficio 1013-20), que los cifró en 1218 presos por delitos asociados al estallido, ingresados entre el 18 de octubre de 2019 y el 30 de abril de 2020. En febrero de 2021 Gendarmería volvió a informar al INDH (oficios 302 y 301), señalando que el total de personas que ha estado en prisión por estas causas fue de 860, de las cuales 227 seguían presas el 18 de diciembre de 2020. Como se ve, cada segmento del sistema penal chileno produce sus propios datos, que van cambiando según diversas variaciones de los criterios a utilizar, lo que ha generado un caos estadístico y gran confusión informativa.
- 9 Según Carabineros “entre el 19 de octubre de 2019 y el 31 de marzo de 2020 se contabilizaron 5.885 situaciones de desorden público, 4.302 manifestaciones, 1.090 saqueos y 441 cortes de rutas. A raíz de todos estos eventos, reconoce haber realizado un total de 25.567 detenciones: 4.091 mujeres y 21.476 hombres” Ver: Pauta.cl. Más de 4 mil manifestaciones y 25 mil detenidos: el balance del estallido social, 30 de agosto de 2020.

41.075 casos del estallido social -por delitos de daños, robos, desórdenes e infracciones a la ley de control de armas, entre otros- ya se han dictado 4.771 sentencias condenatorias, en relación a 3.879 personas¹⁰. Se trata de una tasa de condena del 11,6%, mientras las tres condenas referidas en las 6.568 investigaciones por violaciones de derechos humanos representan el 0,05%.

2.- “Presos de la revuelta”: ¿un fenómeno nuevo en las cárceles chilenas del siglo XXI?

En la historia penitenciaria del país existió siempre una separación bastante nítida entre los “presos comunes” y los “presos políticos”. Más que en categorías jurídicas formales esta diferencia se basaba en un complejo proceso de definiciones e interacciones sociales y políticas, en que tanto los propios internos como su entorno familiar y social, además del sistema judicial y penitenciario, asumían y hacían suya la diferencia entre la delincuencia común y la represión de actividades políticas, incluida la participación en conspiraciones y rebeliones.

A lo largo del siglo XX hubo numerosos episodios de agitación social (desde las protestas salitreras de inicios de siglo a rebeliones campesinas como la de Ranquil en 1934 o la revuelta urbana del 2 de abril de 1957) e incluso militar (desde el “ruido de sables” de 1924 a la “República Socialista” de 1932) para cuya represión jurídico-penal no bastaron las disposiciones del Título II del Libro II del Código Penal de 1874, sobre “crímenes y simples delitos contra la seguridad interior del Estado”, sino que se estimó necesario dictar leyes especiales para reforzar su protección: desde la Ley 4.935 del año 1931, sobre juzgamiento de delitos militares, a la Ley 5.091 y el Decreto-Ley 50 sobre seguridad del Estado, ambos de 1932; la Ley 6.026 de 1937, la “Ley de Defensa Permanente de la Democracia” en 1948, y finalmente la actual Ley de Seguridad del Estado, N° 12.927 de 1958. Esta última ley, aún vigente, ha sido refundida y modificada en dictadura y en democracia, se aplicó masivamente a contar del viernes 18 de octubre de 2019 y sigue ahí como una verdadera trinchera dentro del Derecho, formando parte del legado autoritario del segundo gobierno de Carlos Ibañez del Campo, que en su primer gobierno –en rigor una dictadura- creó otra institución que aún subsiste: Carabineros de Chile.

La criminalización reforzada que estas herramientas jurídicas “excepcionales” producían, abiertamente asumida su motivación “política”, generaba

¹⁰ Emol.com, Fiscalía Nacional: Casi 3.900 personas han sido condenadas por delitos cometidos en el contexto de la crisis social, 6 de julio de 2021.

un tipo distinto de sujeto criminalizado, sometido a medidas que iban desde relegaciones y deportaciones hasta el ingreso en el medio carcelario, en recintos comunes o especiales. Así, la especificidad de estos delitos, sumada a la autopercepción de los controlados y/o encarcelados como “militantes” de organizaciones sociales o políticas, fueron produciendo en sucesivas oleadas de agitación y represión la conocida figura del “preso político”.

A inicios del siglo XXI aún existían los “presos políticos” que provenían de la resistencia contra la dictadura, o que participaron en grupos que siguieron funcionando durante los primeros años de la transición, y el grueso de ellos se encontraba recluso en la Cárcel de Alta Seguridad de Santiago.

Si bien antes del estallido social existían algunos casos de prisioneros subversivos y/o anarquistas, además de varios comuneros mapuche considerados como presos políticos, la irrupción de los “presos de la revuelta” fue un fenómeno nuevo e inédito en las cárceles chilenas, por su magnitud y características específicas. Este importante sector de la población penal era notoriamente distinto a la población penal habitual, y además no calzaba mayormente con el tipo de prisión política existente desde 1973, en que muchos de los sujetos criminalizados formaban parte de organizaciones políticas y sociales bien definidas, lo que facilitaba la formación de colectivos en base a esta identidad militante.

A fines de enero de 2020 se dio a conocer una carta escrita desde la cárcel de Huachalalume (Región de Coquimbo), cuyo autor cumplía en ese momento 40 días preso, en la que se incluye este lúcido diagnóstico: “La prisión preventiva es el arma disuasiva del Estado para desmovilizar y desarticular al movimiento en su totalidad. Ya somos más de 2500 presxs de la revuelta y no todxs se encuentran bien. Algunos hemos tenido suerte y astucia para desenvolvernos, pero muchos otrxs han sido aplastadxs en sus módulos y es que la gran mayoría de la población penal, no logra entender como ponemos en riesgo nuestras vidas sin recibir dinero a cambio”¹¹.

En las cárceles chilenas del siglo XXI parece haberse reproducido una diferencia radical entre los presos que se dedican a la “delincuencia común”, como forma de subsistencia, y quienes por el contrario han llegado a ellas como producto de la criminalización de la protesta: en general personas jóvenes, estudiantes o trabajadores, con poca o nula experiencia política previa y sin antecedentes penales. Cerca de 2 mil “presos de la revuelta”

¹¹ Publicacionrefractario.wordpress.com, La Serena. “Sepan que mi ímpetu y compromiso con la comunidad de lucha siguen intactos” Palabras de un prisionerx de la revuelta, 26 de enero de 2020.

han estado distribuidos en las cárceles públicas y concesionadas de todo el país, en que sobrevive una “población” de más de 40 mil personas que en general no empatiza con ellos, constituyendo una anomalía reciente dentro del archipiélago penitenciario chileno, diferente de la prisión común pero en relativa continuidad con expresiones previas del fenómeno de la prisión política en Chile.

3.- El debate sobre la prisión política y el “estallido” como origen del “proceso constituyente”

El movimiento social, que se ha visto reforzado aunque se ha visto obligado a replegarse parcialmente en el contexto de la pandemia, ha sostenido desde el inicio que los “presos de la revuelta” son “presos políticos”. Lejos de argumentaciones “leguleyas”, lo que se sostiene es la evidencia de que se trata de personas que participaron activamente en el “estallido social” del 18 de octubre y la revuelta que le siguió en todo el país con gran intensidad por varias semanas y meses. La respuesta estatal a este proceso masivo de rebelión, nunca antes visto en esta magnitud, fue además de la represión la apertura de un “proceso constituyente” acordado por la mayoría de los partidos oficiales el 15 de noviembre de 2019, y que se ha expresado luego en el triunfo del “apruebo” por casi 80% en octubre de 2020 y la elección de constituyentes en mayo de 2021.

Los resultados de ambos eventos han abierto un camino de reformas profundas de la institucionalidad, que no resultaría posible ni imaginable siquiera sin la revuelta social que estalló en octubre del 2019. De ahí que la exigencia de liberación de los presos de la revuelta ha sido permanente, y pese a no haber sido incluido el tema en el “acuerdo por la paz”, se expresa ahora en la posición de una considerable mayoría en la recién instalada Convención Constitucional. Daniel Stingo, el constituyente con más alta votación del país, expresa esa posición un día después de asumir diciendo que “estamos convencidos de que ellos son personas que tienen que salir en libertad y que tienen que ser declarados amnistiados o indultados”, agregando que “cuántas marchas pacíficas se hicieron y no se lograba nada... pero con ellos se lograron. Entonces dejémonos de cosas: ellos son presos políticos, le guste o no le guste a algunos, por lo tanto tienen que salir a la brevedad y eso es a lo que vamos a apuntar”¹². Fernando Atria plantea la misma idea cuando dice: “hoy

¹² Lavozdelosquesobran.cl, “Cuántas marchas pacíficas hubo y no se logró nada”: Stingo por exigencia de constituyentes de libertad para presos de la revuelta, 5 de julio de 2021.

resulta que todos celebran el proceso constituyente, como una gran oportunidad para Chile y bla, bla, bla; pero creo que es evidente que éste solo se pudo abrir por la violencia del 18 de octubre. O sea, marchas masivas como la del 25 de octubre ya había habido muchas, por ejemplo, contra de las AFPs. Y no pasaba nada”¹³.

A lo mismo apunta el columnista Germán Silva cuando califica el inicio de la Convención como una nueva página en la historia de Chile, un cambio estructural que “se fue incubando unos años antes con los casos de colusión, los abusos, la desigualdad, los curas pedófilos y las platas políticas que involucraron a políticos de todos los colores con empresarios de un solo color”, hasta que “vino el 18/O, en que esa energía explotó y dio inicio a un proceso en que el mayor consenso de todos era que se tenía que terminar con la Constitución firmada originalmente por Pinochet”¹⁴.

De este modo, podría decirse que la rebelión masiva que estalló espontáneamente el 18 de octubre finalmente logró impulsar y posibilitar profundos cambios políticos y sociales que están actualmente en pleno curso. La “violencia social”, como respuesta popular espontánea ante décadas de acumulación de violencia estructural e institucional, fue así la “partera” del proceso constituyente. Reconocer esto es en sí mismo subversivo, pues implicaría calificarla como violencia revolucionaria “pura”, “anarquista”, “sin fin”, que destituyó incluso la relación entre medios y fines en que se entretienen el derecho natural y positivo, y que luego se fue transformando gradualmente en violencia “fundadora de derecho”¹⁵, a medida que el pueblo así reconstituido fue disputando y apropiándose el nuevo escenario de reforma institucional que se fue abriendo como respuesta estatal a esta violencia. Este reconocimiento es algo que ningún gobierno de turno haría, menos si es que se vio profundamente afectado y debilitado por una revuelta que ni siquiera imaginaba y a la que, a pesar de todo, sobrevivió¹⁶.

13 Ciperchile.cl, CIPER Académico/Entrevista a Fernando Atria: “Soy optimista; creo que es posible que surjan las condiciones de un pacto chileno equivalente al que hizo posible el Estado de Bienestar en Europa”, 3 de julio de 2021.

14 Elmostrador.cl, ¡Enhorabuena!: la Convención da inicio al cambio de era en Chile, 5 de julio de 2021.

15 Se trata de categorías aportadas por Benjamin hace exactamente 100 años, en *Para una crítica de la violencia* (1920/1), incluida en Benjamin, Walter, *Estética y política*, (Las cuarenta), 2009, p. 30-64. Una reciente explicación muy clara y profunda de las mismas se encuentra en: Karmy, Rodrigo, *Intifada. Una topología de la imaginación popular*, (Metales Pesados), 2020, II.- *Medios sin fin*, *Violencia divina*, p. 53-71.

16 A pesar de que el derecho de rebelión es reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) cuando en su Preámbulo declara como una consideración esencial “que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido

Sin embargo, lo verdaderamente llamativo no es que el gobierno se oponga a reconocer la existencia de presos políticos, pues ha sido una constante a lo largo de la historia, sino el que un amplio repertorio de voces supuestamente autorizadas incurran en esta misma negación: desde el Fiscal y el Defensor Penal Público nacionales al profesor y columnista de *El Mercurio* Carlos Peña y José Miguel Vivanco de Human Rights Watch, entre varios más. El argumento es siempre idéntico, y consiste en reducir el concepto de “preso político” al de “preso de conciencia”, concluyendo que sólo en dictadura hay prisión política, y no en democracia. No resulta muy distinto al prejuicio habitual que quiere creer que en democracia no hay violaciones de derechos humanos sino únicamente excesos individuales de ciertos agentes encargados de hacer cumplir la ley, o que miles de violaciones de derechos humanos cometidas del mismo modo por los mismos agentes durante un prolongado lapso de tiempo no serían sin embargo “sistemáticas” y por ende no podrían ser consideradas como “crímenes contra la humanidad”.

La última declaración gubernamental sosteniendo la oposición a un eventual indulto o amnistía, la ha suministrado el subsecretario de Interior, Juan Francisco Galli, quien señala que “no pueden quedar impunes quienes comentan [sic] acciones violentas, porque esas acciones violentas se salen de nuestro marco social, se salen del pacto social, y quienes se salen del pacto social a través de la violencia, no son ni serán presos políticos”¹⁷.

Una vez más, pareciera que el estándar que se tiene en vista para ser reconocido como preso político es haber cometido sólo delitos de opinión o actos de desobediencia civil totalmente pacífica, porque como suele decirse, la violencia se condena “venga de donde venga”. En este punto cabría recordar que en a partir del estallido social se han presentado más de mil querellas por Ley de Seguridad del Estado, incluyendo al menos dos que se basaron en opiniones dadas en el contexto de una asamblea al aire libre (Dauno Tótoro) y en el lanzamiento de un libro (Jaime Castillo Petruzzi)¹⁸. Además, la violencia es un fenómeno social, cultural y político mucho más complejo que el estereotipo que la reduce a actos determinados de daños o atentados directos contra la

al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”, y luego en el artículo 28 que “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

17 Emol.com, Galli y solicitud de “amnistía” para “presos de la revuelta”: “No pueden quedar impunes quienes cometan acciones violentas”, 6 de julio de 2021.

18 En estos casos no se aplicó prisión preventiva, y la querrella contra Dauno Tótoro finalmente fue retirada.

vida de las personas, abarcando también formas más invisibilizadas de violencia tales como aquellas que tienen un carácter estructural o institucional, desde la desigualdad socioeconómica y los delitos de cuello y corbata a las actuaciones ilícitas de la policía.

Con todo, la cuestión de la definición de la prisión política merece un abordaje histórico y conceptual más serio. Históricamente el delito político por excelencia en los orígenes de la modernidad fue el “crimen de lesa majestad”. A partir de ahí es posible apreciar que la “delincuencia política” es la que de una u otra forma se opone al Estado en general o a determinados regímenes en particular¹⁹.

En su momento la Comisión Valech elaboró criterios y definiciones que permitieran calificar como “política” la prisión y/o la tortura sufridas por miles de personas durante la última dictadura (1973-1990). Dando cuenta de ello, en el Informe de la Comisión se explica la definición de “motivación política” con que trabajaron, señalando que ésta existe en la privación de libertad o la tortura “cuando tal motivación estaba presente en los agentes del Estado que las ordenaron o realizaron”. Esta motivación política “no siempre es evidente y de hecho la actividad represiva siempre buscó respaldo en la supuesta defensa de la seguridad del Estado, del orden público, de la lucha contra el terrorismo, etc.”²⁰.

Además, el Informe Valech dice que no sólo hay “motivación política” cuando ésta sea el fundamento único del acto represivo, o cuando se apliquen medidas privativas de libertad sin juicio ni fundamento, sino que también cuando se aplican “normas jurídicas de mayor rigor en el juzgamiento de los hechos”, o “en virtud de normas especiales, como la Ley de Seguridad Interior del Estado”, que “contiene una clara motivación política”. También existiría dicha motivación “en la detención y juzgamiento de delitos que constituyen hechos delictivos sancionados por cualquier legislación ordinaria de un país, que fueron cometidos con la intención de derrocar el régimen o impulsar cambios políticos”.

Existe una definición de prisión política elaborada por el Consejo de Europa en el año 2001, reafirmada el 2012, que señala que ésta existe en los

19 Por eso es que, a pesar de lo que ellos mismos digan, no son “presos políticos” los criminales de lesa humanidad encerrados en el muy especial recinto conocido como Punta Peuco ni ningún “agente del Estado” que haya cometido delitos contra la población civil. De todos modos, resulta interesante verificar que un amplio sector de la “familia militar” ligada a este tipo de prisioneros ha esgrimido el discurso de derechos humanos a favor suyo, acuñando incluso el concepto de “preso político militar”. Ver el documento *Derechos Humanos en el Penal de Punta Peuco*, elaborado por los internos Miguel Estay Reyno, Eduardo Iturriaga Neumann y Carlos Herrera Jiménez y difundido sin datos de edición.

20 *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, 2004, página 29.

siguientes casos: (i) cuando la detención haya sido impuesta en violación de una de las garantías fundamentales establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos; (ii) cuando la detención se haya impuesto por motivos puramente políticos sin relación con ningún delito; (iii) cuando por motivos políticos la duración de la detención o sus condiciones sean manifiestamente desproporcionadas con respecto del delito del que la persona ha sido declarada culpable o de la que se sospecha; (iv) cuando por motivos políticos la detención se produzca de manera discriminatoria en comparación con otras personas; (v) cuando la detención sea el resultado de un procedimiento claramente irregular y que esto parezca estar conectado con motivos políticos de las autoridades²¹.

Estas definiciones atienden básicamente al tipo de criminalización que el Estado ha dirigido contra el imputado, y a las características que la hacen distinta a las formas permanentes y cotidianas de funcionamiento de los procesos de criminalización, por lo general dirigidos contra la “criminalidad del pobre diablo” y/o las formas de delincuencia común que en Chile se han definido como “de mayor connotación social”²².

4. Criminalización política: invocación de la Ley de Seguridad del Estado, declaración del Estado de Excepción y creación de nuevos tipos penales (“antibarricadas” y “antisaqueos”)

Esta diferencia es evidente cuando se invocan leyes penales especiales, como ocurrió a partir del mismo 18-O hacia las 19:00 horas se anunció públicamente por parte del Ministerio del Interior que se presentarían querrelas por Ley de Seguridad del Estado en contra de quienes resulten responsables de las evasiones masivas y desórdenes en diversos puntos de Santiago, calificándolas como “delincuencia pura y dura”. Ese momento marca por un lado el reconocimiento de la politización abierta de la función represiva, en relación a infracciones que hasta ese momento sólo eran subsumibles en tipos

21 Resolution 1900 (2012), “The definition of political prisoner”, Parliamentary Assembly, Council of Europe.

22 El concepto “Delitos de Mayor Connotación Social” no es un aporte de la ciencia penal ni de la criminología. Fue acuñado oficialmente para referirse al “conjunto de delitos que provocan, sea por los medios de comisión o por los bienes jurídicos que afectan, mayor impacto en la comunidad”, tal como fuera definido el 2004 por el Foro de Expertos de Seguridad Ciudadana convocado por el Ministerio del Interior en el documento de trabajo “Diagnóstico de la Seguridad Ciudadana en Chile”. El listado de DMCS incluye: robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, hurto, lesiones, homicidio y violación. En el Glosario incluido en el mismo documento se señala que a esta lista “se agrega la violencia intrafamiliar, que si bien no es susceptible de ser calificado (sic) como delito, crimen o falta por sí mismo, reúne características de infracción que causa impacto social”.

penales de desorden público y daños, o que en el caso de la evasión cometida por adolescentes ni siquiera constituían las faltas calificadas que ponen en funcionamiento el sistema penal adolescente de la Ley 20.084, sino que eran meras contravenciones sancionables en el ámbito de los tribunales de familia.

Por otra parte, tal como señalan unos comentaristas anónimos, “lo único que logró esta medida fue desatar los primeros enfrentamientos callejeros en el centro de Santiago. El problema ahora no es el Metro. Barricadas, piedras. Toda una retórica y tradición de vuelta en el espacio público”²³. A las 01:00 del 19 de octubre se decreta estado de emergencia, a causa de “múltiples atentados contra la propiedad pública y privada, especialmente contra medios de transporte público de pasajeros”, y “numerosas barricadas que han impedido la adecuada circulación de vehículos y personas a través de la ciudad, afectándose con ello la garantía de libre circulación de las personas”²⁴.

La evasión en Santiago se transformó en protesta en toda la Región Metropolitana, la protesta se extendió en pocas horas y días a otras ciudades y regiones, transformándose la revuelta callejera en una rebelión masiva en todo el país. El domingo 20 el Presidente de la República anunció estar “en guerra contra un enemigo poderoso”. Dado que la situación “fue replicad[a] en las ciudades de Arica, Iquique, Antofagasta, Calama, Copiapó, La Serena, Coquimbo, Valparaíso, Viña del Mar, Rancagua, San Fernando, Talca, Linares, Constitución, Concepción, Los Ángeles, Temuco, Valdivia, Puerto Montt, Coyhaique y Punta Arenas, y sus comunidades aledañas”²⁵, el domingo 20 había estado de emergencia y toque de queda en 12 regiones, el 24 de octubre en 15 (todas las regiones menos Aysén).

A pesar de distintas tesis conspirativas que han circulado para explicarse e 18-O -desde el Informe Big Data encargado por el gobierno a la teoría de la “revolución molecular disipada” sostenida por sectores de la nueva extrema derecha-, resulta evidente que, tal como señala el historiador Sergio Grez, el movimiento “surgió y se desarrolló de manera absolutamente espontánea, pues no fue el resultado de una preparación previa ni de una convocatoria de una suerte de ‘estado mayor’ que, operando desde las sombras, ejecutara con

23 Círculo de Comunistas Esotéricos, *Tiempos Mejores: tesis provisionales sobre la revuelta de octubre de 2019*, (autoedición) noviembre de 2019, Tesis II.

24 Considerandos 1, 2 y 3 del Decreto 472 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de 18 de octubre de 2019, publicado en el Diario Oficial al día siguiente. El decreto trae las firmas del Presidente Sebastián Piñera, del Ministro del Interior, Andrés Chadwick, y del Ministro de Defensa, Alberto Espina.

25 Tal como resume adecuadamente el considerando c. de la Resolución 5520 de la Dirección General de Movilización Nacional, de 20 de noviembre de 2019.

eximia maestría un plan destinado a provocar el levantamiento popular”. Por el contrario, y como todos sabemos, las evasiones masivas iniciadas por estudiantes del Instituto Nacional se extendieron “como reguero de pólvora” concitando un apoyo masivo el 18-O: “La respuesta torpe y puramente represiva del gobierno hizo el resto. En cuestión de horas todo el país estaba involucrado”²⁶.

Fácil es darse cuenta de que la dinámica de acción y reacción entre protesta y represión escaló hasta el punto en que el gobierno optó por sacar los militares a la calle²⁷. Ese momento marca una larga fase de represión política intensa, que no ha concluido, convirtiendo así en un tipo de presos políticos a quienes fueron afectados por ella, con independencia de las leyes o formas de represión que en cada caso se hayan invocado.

Si en rigor se trata de “delitos políticos” o “comunes” no es lo más relevante. Tal como nos recuerda Myrna Villegas en una intervención ante la Comisión de Derechos Humanos del Senado, “los delitos comunes que se cometen en el curso de un delito político como un alzamiento, una insurrección, una rebelión, asumen la forma de lo que en doctrina se conoce como ‘delitos políticos conexos’ o ‘delitos políticos complejos’”²⁸.

Ahí mismo ella destaca que en relación a estos presos, además de aplicarse leyes especiales como la de Seguridad del Estado o la de Control de Armas, se han creado “nuevos delitos como el contenido en el art. 268 septies, conocido coloquialmente como ley antibarricadas, y en los arts 449 ter y 449 quater que endurecen penas para delitos contra la propiedad y crean la figura de ‘saqueo’”.

En base a estas modificaciones incorporadas por la Ley 21.208, publicada el 30 de enero de 2020 tras una rápida tramitación y como explícita respuesta al estallido²⁹, el 13 de marzo la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 1373-

26 Grez, Sergio, *Contribuciones en torno a la revuelta popular (Chile 2019-2020)*, Ignacio Abarca Lizama (compilador), (Editorial Kurü Trewa/Instituto de Estudios Críticos), 2020, p. 121.

27 Y que en rigor había comenzado al menos un año antes, con la aprobación de la Ley de “aula segura”. Ver Cortés, Julio, *La violencia venga de donde venga. Escritos e intervenciones de antes y durante la revolución de octubre*, (Vamos hacia la vida), 2020.

28 Villegas, Myrna, *Comentarios al proyecto de ley que concede indulto general por razones humanitarias a las personas que indica y por los delitos que señala (Boletín N° 13.941-17)*.

29 El Boletín 13090-25, moción de los diputados/as Sabat, Silber, Fuenzalida, Calisto y Walker, señala que “Es ineludible constatar que, desde hace un tiempo y en todo el mundo, se han hecho recurrentes las manifestaciones sociales cruzadas por hechos de violencia, desmanes, grave alteración del orden público y destrucción de la propiedad”, y que “no siendo objeto analizar aquí la causa de este fenómeno social, es relevante hacerse cargo de las herramientas que permiten responder ante hechos como los que se señalan, destacando el valor del orden y de la realidad que nos demuestra que socavarlo o perderlo termina siempre por afectar a los más débiles y desprotegidos”.

2020), a instancias del Ministerio del Interior, dejó en prisión preventiva a una treintena de personas señaladas como “miembros de la Primera Línea”, imputadas por “desorden público” y el nuevo delito relativo a instalación de barricadas. A pesar de que se trataba en general de personas sin antecedentes penales y de que los delitos invocados no tienen señalada pena de crimen, razón por la cual el 7° Juzgado de Garantía de Santiago los había dejado con medidas de firma semanal y prohibición de acercarse a Plaza Italia, la Corte de Santiago los dejó en prisión preventiva atendiendo únicamente a que “hubo alteración de la seguridad y tranquilidad de la población”. El magistrado Daniel Urrutia del 7° JG intentó corregir este exceso sustituyendo de oficio las medidas y fue sancionado por la Corte que además, de manera no contemplada por la legislación procesal penal, dejó sin efecto su resolución³⁰.

5. El proyecto de indulto general (Boletín 13.941-17)

El “Proyecto de ley que concede indulto general por razones humanitarias a las personas que indica por los delitos que señala” fue presentado el 9 de diciembre de 2020 por los/as senadores/as Allende, Latorre, Muñoz, Navarro y Provoste.

En su fundamentación se tiene en cuenta el contexto del estallido social y de las violaciones de derechos humanos que ocurrieron, señalando que también existieron “actos que revisten características de delito, cometidos por ciudadanos y ciudadanas” que “son punibles desde la perspectiva penal; sin embargo, respecto de estos delitos en el contexto que se indica, se ha vivido un proceso distorsionado por una respuesta estatal desproporcionada seguida de detenciones masivas y la apertura de múltiples procesos penales, abusos y vulneraciones a las garantías procesales de las personas imputadas, lo que ha significado la privación preventiva de la libertad en plazos injustificados que no tomarían lugar en circunstancias de normalidad”.

Así, un elemento central que se destaca como fundamento del indulto, es la vulneración de garantías procesales de las personas detenidas, indicando datos entregados por diversas organizaciones de derechos humanos, el Poder Judicial y la Defensoría Penal Pública, destacando en cuanto al aumento entre los meses de octubre a diciembre de 2019, de un 77,7 por ciento de las detenciones declaradas ilegales por los tribunales de garantía respecto de igual periodo del año 2018.

³⁰ Actualmente hay una investigación penal en curso en contra de los Ministros de Corte que adoptaron estas medidas, a raíz de una denuncia por prevaricación.

Además, se refieren casos concretos en que se han producido absoluciones judiciales que dan cuenta de la existencia de prueba ilícita, que tal cual se ha denunciado y ha ido quedando comprobado en cada vez más casos, consiste por lo general en actuaciones al filo de la ilegalidad por parte de agentes encubiertos. Todo ello en el contexto de detenciones masivas (más de 28 mil personas sólo entre el 19 de octubre y el 6 de diciembre, según habría indicado el Ministerio de Justicia), y de masivas denuncias de vulneraciones graves de los derechos humanos, incluso en relación a niños, niñas y adolescentes.

De este modo, los delitos imputados “acaecieron en un contexto excepcional desde el retorno a la democracia, que se caracterizó por violaciones graves y masivas a los derechos humanos por parte de fuerzas policiales y militares, por lo que algunas de sus conductas pueden encuadrarse dentro de conceptos tales como el ejercicio legítimo del derecho a la protesta social, así como el derecho a la legítima autodefensa frente a las agresiones masivas y graves del Estado y sus funcionarios contra la población civil”.

Una idea matriz del proyecto dice relación con la condición social de las personas que han sido imputadas y encarceladas en este contexto: gente joven que ha visto permanentemente vulnerados sus derechos sociales y económicos, lo cual sumado al “conjunto de circunstancias que les afectaron hace, a lo menos, cuestionable la exigencia formalista que se formula o reprocha a esos jóvenes por parte del sistema político y judicial, de una conducta ‘socialmente adecuada’”.

Por último, se explicita que este proyecto se enmarca en los conceptos y doctrina de los Derechos Humanos, por lo que “ninguna de las disposiciones de este proyecto de ley puede interpretarse en el sentido de aceptar, de ninguna manera, la posibilidad que Chile debilite o renuncie a su deber internacional de sancionar a los violadores de derechos humanos, cometidos durante el período del denominado “estallido social”, ni mucho menos, a los responsables de los crímenes de lesa humanidad de la dictadura militar de Augusto Pinochet”.

La propuesta que en concreto se hace, en un breve articulado de ocho disposiciones, es la de “indulto general que de manera excepcional y para el caso de las personas beneficiadas que indica, extiende la aplicación de este instrumento jurídico para lograr como efecto la extinción de la responsabilidad penal y la remisión de la pena, cuando corresponda, por los hechos delictivos que se enumeran en su artículo 1° y que hayan sido cometidos en el plazo que se señala, para que no generen responsabilidad alguna, en un sentido similar

al efecto doctrinario atribuido a una amnistía donde se perdona el delito, la pena y sus efectos legales, cuestión jurídicamente viable al tener el indulto jerarquía legal”.

El plazo señalado en el artículo 2 va “desde el 7 de octubre de 2019, hasta el día de la presentación del proyecto de ley que da origen a la presente norma”, es decir el 9 de diciembre de 2020, y los delitos que se incluyen son señalados en el artículo 1, que concede el indulto “a todos quienes, en calidad de autores, cómplices o encubridores, en cualquiera de los grados de desarrollo del delito, hayan incurrido o se encuentren imputados por hechos delictivos consistentes en las figuras” siguientes: artículos 121, 126, 261, 262, 268 sexies, 268 septies, 269, 391 en grado de frustrado, 474 a 481, 484, numerales 1, 6, 7 y 8 del artículo 485, 486 y 487, numerales 1, 4 y 21 del artículo 495, numerales 1 y 5 del artículo 496; y los que queden comprendidos en las figuras del 449 ter, 449 quater y el inciso final del 450 del Código Penal³¹; en el Decreto 400, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la ley N° 17.798, Sobre Control de Armas, y sus modificaciones; en los artículos 416 bis, 416 ter y 417 del Código de Justicia Militar, los de la ley N° 12.927 sobre seguridad del Estado, sea que se encuentren o no sometidas a investigación formalizada o desformalizada, imputadas o condenadas.

Además del plazo señalado, debe tratarse, como dispone el artículo 3, de personas imputadas o condenadas “por hechos ocurridos en protestas, manifestaciones o movilizaciones sociales, o con ocasión de ellas”, y “para probar la circunstancia anterior, bastará la prueba indiciaria o cualquier otro medio probatorio”, y la resolución que rechace la solicitud será apelable.

En el caso de que estas personas estén sujetas a alguna medida cautelar privativa o restrictiva de libertad, el artículo 4 estipula que “por el sólo hecho de solicitar su revisión invocando la concurrencia de las condiciones de los artículos 1°, 2° y 3° de la presente ley, éstas serán revocadas en cada caso, hasta que el juez de la causa resuelva sobre la solicitud”, resolución que se señala sería inapelable. Tratándose de personas que ya fueron condenadas, corresponderá al tribunal competente que conoció de la respectiva causa, pronunciarse sobre el cumplimiento de las condiciones, de oficio o a petición de parte.

El artículo 7 excluye del artículo 1 el tipo penal de disparo injustificado (artículo 14 D inciso final de la ley sobre Control de Armas) y los de las letras d) (destrucción y daño de puentes, caminos y otros) y e) (envenenamiento de

³¹ Se trata básicamente de delitos de alzamiento, atentados contra la autoridad, desórdenes públicos, homicidio frustrado, incendios, daños, saqueo.

aguas o fluidos) del artículo 6° de la ley de Seguridad Interior del Estado. El artículo 8 excluye del indulto general a “miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Públicas, o funcionarios de cualquiera de los organismos y poderes del Estado a la época de la comisión de los hechos”.

Los autores del proyecto manifiestan su convicción de que esta iniciativa “ayudará a reconciliar a la sociedad y será una contribución a recuperar la normalidad institucional y el correcto funcionamiento del régimen democrático y las garantías procesales, en especial al ingresar a un proceso constituyente que marcará la historia de los próximos decenios”.

6. Amnistías e indultos: teoría y práctica

En teoría se supone que la amnistía “borra el delito” y se aplica a personas procesadas o condenadas por delitos políticos, mientras el indulto sólo “borra la pena” y se aplica a personas condenadas por delitos comunes, en la práctica lo que ha predominado es el pragmatismo político, y así es como en Chile se han dictado indistintamente amnistías e indultos por delitos de distinto tipo, incluyendo delitos comunes cometidos en contextos de agitación sociopolítica, y se han aplicado tanto a personas que ya habían sido condenadas como a personas que sólo habían alcanzado a ser procesadas³².

En efecto, este recurso se ha empleado sostenidamente a lo largo de la historia de la República de Chile, como lo demuestran Lira y Loveman³³. La mayoría de las veces buscando asegurar la impunidad de determinados crímenes de agentes del Estado, en contadas ocasiones por razones más bien humanitarias, y para tratar de pacificar un grave conflicto intentando abrir paso a la reconciliación nacional. Entre los años 1925 y 1958 el Estado de Chile dictó al menos 13 leyes de amnistía en relación a diversos delitos políticos y comunes producidos en contextos de gran agitación política y social³⁴.

En el caso de la breve “República Socialista” establecida tras derrocar al presidente Montero el 4 de junio de 1932, cuando se intentó juzgar a Marmaduke Grove su abogado Arturo Natho señaló que “el desafuero del senador Sr. Grove es una originalidad de los tribunales chilenos, por cuanto en la Historia de la Jurisprudencia no se conoce el caso de que los Tribunales hayan juzgado

32 Bruna, Guillermo, “La Amnistía en la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 18, N°1, (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile), 1991, pp. 101-113.

33 Lira, Elizabeth y Loveman, Brian, *Leyes de reconciliación en Chile: amnistías, indultos y reparaciones 1819-1999*, (Centro de Investigaciones Diego Barros Arana/Dibam), 2001.

34 Lira, Elisabeth y Loveman, Brian, *Poder judicial y conflictos políticos (Chile: 1925-1958)*, (LOM), 2014.

una revolución triunfante”, las que “no son justiciables por los tribunales, por cuanto ellas crean derecho”³⁵. Al ser desaforado por la Corte de Santiago en 1934, por 9 votos contra 7, el voto de minoría señaló que “cuando alguien se alza a mano armada contra el Gobierno legalmente constituido comete el delito que sanciona el artículo 121 del Código Penal pero si triunfa y derroca a aquel Gobierno y asume la soberanía del Estado, desaparece la ilicitud del hecho que pudo ser delictuoso en el momento del alzamiento y que debió castigarse en su oportunidad”, pues “el delito político es distinto en todo y principalmente en sus móviles al delito común” y así, “cuando la infracción que de ordinario constituye el delito político alcanza determinado desarrollo deja de ser infracción y pasa a constituir una nueva voluntad de la Soberanía que queda fuera del alcance del derecho penal”³⁶. Finalmente todos los delitos asociados a estos hechos y otros similares ocurridos hasta el 21 de mayo de 1934, fueron amnistiados por la Ley 5.483.

En el caso del intento de golpe de Estado realizado por el Movimiento Nacional Socialista en septiembre de 1938 y que terminó con la masacre del Seguro Obrero, con 70 militantes fusilados por Carabineros tras haberse rendido, los jefes del movimiento fueron condenados a altas penas por rebelión a mano armada, mientras todos los policías fueron sobreseídos temporalmente. Tras el triunfo de Pedro Aguirre Cerda -con los votos del MNS- el 4 de diciembre se indultó a todos los nacistas condenados por estos sucesos. En marzo de 1939 se planteó una acusación constitucional contra Alessandri como responsable de la masacre, pero finalmente se optó por dictar la Ley 6.885 de 1941 que dispuso: “concédese amnistía general a todos los ciudadanos que tuvieron intervención en la represión del movimiento revolucionario del 5 de septiembre de 1938”.

Más cerca de nuestro tiempo, hemos en Chile conocido la autoamnistía que dictó la Junta Militar en 1978, prohibida por el Derecho internacional, y los indultos a “presos políticos” a partir del 11 de marzo de 1990 y posteriormente en el 2004³⁷. En España acaba de decretarse un indulto para nueve líderes independentistas catalanes por el intento “separatista” de 2017.

35 *Ibíd.*, p. 180.

36 *Ibíd.*, p. 182.

37 Ley 19.965 de 25 de agosto de 2004, para personas privadas de libertad por delitos con móviles políticos cometidos entre 1989 y 1998, concediendo indulto general a quienes hubiesen cumplido diez años de privación de libertad respecto del saldo de penas que les faltaren por cumplir. Como explica Villegas, *op. cit.*: “Cabe hacer notar que en esta ley se estableció indulto general para quienes habían sido condenados por la ley 18.314, sobre conductas terroristas, la ley n°17.798 sobre control de armas, de la ley n°12.927, delitos del Código penal y del Código de Justicia Militar”.

En razón de esta antigua y sostenida práctica es que no tiene nada de anómalo ni “rompe la democracia y la paz social” –como señaló el Ministro de Justicia, Hernán Larraín-, ni tampoco el principio de separación de poderes, el hecho de que la Convención Constitucional en su tercera sesión haya aprobado por una amplia mayoría una declaración que señala que “la violencia que acompañó los hechos de Octubre fue consecuencia de que los poderes constituidos fueron incapaces de abrirnos una oportunidad para crear una Nueva Constitución y hoy que estamos comenzando el trabajo de la Convención deben hacerse cargo de aquello”³⁸. Al contrario, al entender que su trabajo está conectado con la acción de miles de cuerpos que se arrojaron intempestivamente a la calle, “sin miedo”, se está evitando ser parte del “espectáculo penoso” que hace un siglo Benjamin denunciaba en “los parlamentos” que “no guardan en su conciencia las fuerzas revolucionarias a las que deben su existencia”³⁹.

7. Conclusión

La rebelión popular de octubre de 2019 y las consecuencias políticas e institucionales que generó, obligan a hacerse cargo de la situación de las personas que fueron criminalizadas por su participación en la misma, así como de la investigación y sanción de las masivas violaciones de derechos humanos que se cometieron por parte de policías y militares, y la reparación integral a las víctimas de la misma.

Existen suficientes argumentos jurídicos, políticos e históricos para fundamentar la aplicación de una amnistía o un indulto general, en relación tanto a delitos políticos propiamente tales (del Código Penal o de leyes penales especiales) como a los delitos conexos cometidos en el contexto de la revuelta social.

Debe hacerse una diferencia en relación a las violaciones de derechos humanos, que exigen una investigación pronta y sanciones adecuadas y proporcionales a su gravedad, y que en caso de constituir crímenes de lesa humanidad son explícitamente imprescriptibles e inamnistiables.

En esencia se trata de reconocer en la revuelta de octubre el origen del proceso constituyente, asumiendo la significación social y política de la violencia de masas que en ella se expresó, pues tal como expresó Furio Jesi comentando

38 Esta declaración de 8 de julio de 2021 demanda dar suma urgencia al Proyecto de Ley sobre indulto general, además de otras medidas sobre reparación integral a las víctimas de la represión, el retiro de las querrelas por Ley de Seguridad del Estado, desmilitarización del Wallmapu e indulto a los presos políticos mapuche a contar el año 2001.

39 Benjamin, Walter, *Para una crítica de la violencia, en: Estética y política*, (Las cuarenta), 2009, p. 47.

la fallida insurrección espartaquista de 1918/9 desde las barricadas de 1968, “toda *revuelta* puede describirse como una suspensión del tiempo histórico”, como “una batalla en la que se elige participar deliberadamente”, y en que “la mayor parte de aquellos que participan (...) eligen comprometer su individualidad en una acción cuyas consecuencias no pueden conocer ni prever”⁴⁰.

En nuestro caso, y con esto culminamos por ahora, lo que podemos constatar es que el 18-O ha sido el momento en que “el Estado subsidiario instaurado por la violencia guzmaniana ha terminado de golpe”, verdadero “triunfo popular” que luego de haber interrumpido el tiempo vacío y homogéneo de la dominación está logrando poner fin a una era que “comenzó igual a como terminó: con militares en las calles”⁴¹.

40 Jesi, Furio, *Spartakus. Simbología de la revuelta*, (Adriana Hidalgo editora), 2014, p. 70.

41 Karmy, Rodrigo, *Eldesconcierto.cl, Momento destituyente, 26 de octubre de 2019. Incluido en su El porvenir se hereda: fragmentos de un Chile sublevado*, (Sangría Editora), 2019, p. 60.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD COMO MECANISMO INIDÓNEO DE CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD. EL CASO JIBIA Y SUS ALCANCES.

Carlos Cáceres Burgos¹

“La jibia es un fruto del mar que gastronómicamente es muy versátil y permite hacer grandes platos. Por favor lúzcanla y dejen de tratarla como disfraz, no la vendan por anillos de calamar ni tampoco vendan por chupe de locos...”²

Resumen

El presente artículo revisa la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso Jibia desde varios puntos de vista: (i) la naturaleza de un requerimiento de inaplicabilidad y los efectos generales o perjudiciales que puede aparejar en relación a terceros ajenos a la gestión pendiente; (ii) las autorizaciones de pesca y la aplicación de la ley en el tiempo; (iii) ¿Se ataca una actuación administrativa o en realidad atacar al legislador?; y (iv) la congruencia entre la gestión pendiente y el requerimiento de inaplicabilidad.

Se sostiene que el efecto relativo de un contencioso de inaplicabilidad es más bien teórico, requiriéndose regular o resguardar los intereses de terceros y que en muchos casos la acción ejercida ante el Tribunal Constitucional es en realidad un control abstracto de constitucionalidad dirigido al legislador, bajo el ropaje de atacar a la administración, que constituye en sí mismo el beneficio jurídico al que aspira el litigante, desvinculado de la gestión pendiente.

1. La ley N° 21.134 y qué pretendía abordar

El 16 de febrero del año 2019, se publicó la Ley N° 21.134 que “*Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, con el objeto de regular la captura de la jibia*”³. Su artículo único incorporó en el artículo 5 del Decreto Supremo N° 430, que

¹ Abogado de la Universidad de Chile, socio del estudio de litigación Cáceres y Cáceres, y profesor en el curso de post título de actualización en la Litigación pública económica, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, carlos@caceresycaeres.cl.

² Rodrigo Pica Flores, Ministro titular del Tribunal Constitucional.

³ La jibia es un calamar rojo o molusco cefalópodo, “cuyo tamaño máximo puede alcanzar de 115 a 150 cm de longitud, pudiendo llegar a pesar entre 30 y 50 kgs. Y su longevidad no supera los 2 años.” (Considerando vigésimo cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 8614-2020).

fija el texto refundido de la Ley General de Pesca y Acuicultura (en adelante LGPA), un nuevo inciso del siguiente tenor:

*“La especie *Dosidicus gigas* o jibia sólo podrá ser extraída utilizando potera o línea de mano como aparejo de pesca. Se prohíbe cualquier otro tipo de arte o aparejo de pesca. Los armadores que infrinjan el presente artículo serán sancionados con multa de 500 unidades tributarias mensuales y el comiso de las especies hidrobiológicas y de los productos derivados de éstas.”*

A su vez, la referida reforma contempló un artículo transitorio, que pospuso su entrada en vigencia para seis meses después de su publicación.

Fue tal modificación la que se ha denominado comúnmente como Ley de la Jibia, cuya tramitación se inició en el año 2014 por moción parlamentaria⁴, la que en definitiva prohibió la pesca de arrastre en lo concerniente al recurso jibia, permitiendo únicamente la utilización de potera o línea de mano. La potera es un método de captura consistente en un grupo de anzuelos que están unidos entre sí, que en el caso de la Jibia utiliza un número considerable de anzuelos, que pueden soportar ejemplares de alrededor de 50 kilos⁵. Se caracteriza por su elevada selectividad, que limita la captura de especímenes jóvenes, resguardando en mejor medida la sustentabilidad del recurso. En Chile tal método ha sido utilizado comúnmente por los pescadores artesanales, sin perjuicio que es empleado por la industria pesquera en Japón, Perú⁶, México y China, específicamente respecto del recurso jibia.

De acuerdo a la historia fidedigna de la Ley, en concordancia con el anhelo manifestado por el actual gobierno de prohibir en un 98% del territorio marítimo nacional la pesca de arrastre, el motivo fundante de restringir dicho arte de pesca consistió en asegurar la captura sustentable de los recursos pesqueros y que se incentiven métodos de pesca selectivos, en tanto el arrastre presenta índices de selectividad mucho menores y de descarte mucho mayores respectivamente, que la potera o línea de mano como arte y/o aparejo de pesca.⁷

4 Ver Boletín N° 9489-21, iniciado por moción de los señores diputados don Daniel Núñez y don Víctor Torres.

5 www.bcn.cl, El aparejo de pesca potera y la captura de jibia, 29 de diciembre de 2017.

6 www.bcn.cl, El aparejo de pesca potera y la captura de jibia, 29 de diciembre de 2017.

7 En el segundo trámite constitucional ante la cámara alta, la senadora Ximena Rincón expresó que: “la ciencia establece que la pesca de arrastre no discrimina respecto del tamaño de la jibia, arrastrando tanto a las

Importante es destacar que, como era de esperarse, la industria pesquera nacional de la jibia no tuvo precisamente una buena recepción de la modificación legislativa propuesta, participando activamente en su tramitación arguyendo la imposibilidad de adaptar sus naves al mecanismo de pesca que pretendía instaurarse (pese a la experiencia internacional), sin perjuicio de otros supuestos vicios que advirtieron en su tramitación⁸, previendo una gran cantidad de trabajadores cesantes.

Finalmente, la nueva normativa fue aprobada transversalmente por el Congreso Nacional cumpliendo estrictamente con el proceso de formación de una ley de quórum calificado, quedando meridianamente claro que la ley se aplicaría inmediatamente a todos, transcurrido los seis meses de vacancia legal, es decir *in actum*.

2. El denominado recurso de aclaración y su utilización para iniciar un proceso jurisdiccional, vía recurso de protección, que termina en el Tribunal Constitucional

Entre tales industrias pesqueras, Sociedad Pesquera Landes S.A. (en adelante Landes), una vez entrada en vigencia la nueva normativa, estimó conducente a sus derechos requerir dos certificados para la transferencia de las naves de su propiedad (Surmar I y Don Enrique), al amparo del artículo 23 de la LGPA⁹. La autoridad administrativa (Subsecretario de Pesca y Acuicultura), como era su deber, emitió los certificados respectivos, dejando constancia que “*Respecto del recurso Jibia*”, debía “*dar cumplimiento a la regulación contenida en la Ley 21.134*”.

adultas como a las de talla mínima, mientras que la potera o línea de mano siempre logra mayor selectividad. En cuanto a la calidad del recurso capturado, la potera y la línea de mano permiten extraer jibia mas integra, sin desgarros o notorias mermas físicas y, por ende, de mayor calidad. El arrastre y el cerco, en cambio, capturan gran cantidad de recursos, que se despedazan al chocar y aplastarse entre si.”

8 Afirmaron por ejemplo, que la prohibición del arrastre era de competencia de la autoridad administrativa y no del legislador.

9 Artículo 23.- *Las autorizaciones de pesca vigentes, que facultan a sus titulares para desarrollar actividades pesqueras extractivas, en unidades de pesquerías declaradas en estado de plena explotación y sometidas a dicho régimen de administración, serán transferibles con la nave, en lo que concierne a dichas unidades de pesquerías, e indivisibles.*

La Subsecretaría otorgará para estos efectos un certificado que acredite: la individualización del armador industrial titular de la autorización; las características básicas de la nave y la individualización de la o las unidades de pesquería sobre las cuales podrá operar. Estos certificados serán otorgados a petición del titular. Tendrán una duración indefinida mientras se mantenga la vigencia del régimen de plena explotación y no se vean afectados por las causales de caducidad, en que pueden incurrir los titulares de las autorizaciones que fundamentan el otorgamiento de estos certificados.”

La emisión de tales actos administrativos motivó a su vez que Landes requiriera a la autoridad al amparo del artículo 62 de la Ley 19.880, la aclaración de los mismos respecto a si la “*regulación sobreviniente relativa al recurso jibia contenida en la ley N° 21.134*”, era o no aplicable a las autorizaciones de pesca de que era titular.

Pues bien, empero que resulta difícil concebir la existencia de puntos dudosos u oscuros en los certificados cuya aclaración se solicitó, el Subsecretario de Pesca y Acuicultura procedió a dictar la resolución exenta 3651, cuyo objeto fue “*Aclara certificados de transferencia que indica*”, que en lo esencial dilucidó que “*el ejercicio de las actividades pesqueras, tanto para la flota industrial como artesanal quedó sometida, a partir de la entrada en vigencia de la Ley, a una nueva medida de administración, por lo cual la única manera lícita de capturar el recurso jibia es utilizando potera o línea de mano...*”.

Frente a tal acto administrativo Landes interpuso un recurso de protección (Corte de Apelaciones de Valparaíso, Causa Rol 42.027-2019), sosteniendo en lo que interesa que “Subpesca”: (i) al dictar el acto aclaratorio vulneró o afectó las autorizaciones de pesca de la recurrente al aplicar retroactivamente la Ley N° 21.134; (ii) trasgrediendo sus derechos adquiridos o situación jurídica consolidada; (iii) mediante una interpretación extensiva y retroactiva de la modificación legal descrita; (iv) lo que devendría en una afectación a las garantías constitucionales establecidas en los artículos 19 N° 21 y 24 de la Carta Fundamental.

El Tribunal de alzada porteño desestimó el recurso de protección, por considerar que se pretendía que la Corte reinterpretara “*el alcance de una norma legal contenida en el artículo único de la Ley N° 21.134, con el objeto de conseguir la autorización para capturar el recurso jibia mediante pesca de arrastre, lo que fue restringido por la norma en comento.*”¹⁰ y paralelamente, en la misma data, Landes compareció ante el Tribunal Constitucional requiriendo la inaplicación del inciso tercero del artículo quinto de la LGPA introducido por la Ley N° 21.134, en la referida gestión pendiente, dando origen a la causa Rol N° 8614-2020-INA, que es la jurisdicción a la que evidentemente se pretendía arribar.

10 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 42.027-2019, 14-04-2020, C° 2.

3. Requerimiento de inaplicabilidad destinado a efectuar un control abstracto de la legislación. ¿Qué pasa con los terceros? ¿Efectos particulares de la gestión pendiente que en realidad suponen efectos en todo el territorio de la república?

Sin adentrarnos por ahora a los efectos de la acción de inaplicabilidad frente a la actuación de la administración del Estado que es previa a la gestión pendiente (en este caso una mera “aclaración”), esta pretensión constitucional ha sido conceptualizada como un control concreto, cuyos efectos han de radicarse en la gestión pendiente, respecto de la cual en caso de ser acogida desaparece la disposición legal que, confrontada con la Carta Fundamental, produce efectos inconstitucionales en el caso respectivo. Es tal la naturaleza que surgiría del art. 93 N° 6 de la Constitución, y los arts. 31 N° 6 y 81 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante TC), que se encamina a realizar un “control concreto” y no “abstracto” de constitucionalidad¹¹.

El control concreto se encontraría incardinado no sólo en los efectos *inter partes* de la sentencia que se pronuncie sobre la inaplicabilidad, sino que sobre las consecuencias inconstitucionales de aplicar la disposición legal a los hechos discutidos en la gestión pendiente.¹² La inaplicabilidad en consecuencia, importaría “reconocer la capital relevancia de los aspectos de hecho de la gestión pendiente”¹³, a lo que cabría agregar que esta última ponderación debiese efectuarse a la luz de la naturaleza de la acción deducida en el litigio *sublite* y sus presupuestos, en este caso, un recurso de protección.

No es con todo, un análisis concreto de la posición subjetiva del requirente frente a una determinada disposición legal, sino que una ponderación de tal posición subjetiva en el contencioso pendiente, lo que importa efectuar un análisis de la naturaleza de lo discutido por los jueces del fondo.

Tal conceptualización empero, debe ser matizada en la práctica, sin perjuicio de dejar asentado desde luego que es paradójico que se le exija al TC efectuar un análisis en concreto respecto de la gestión pendiente, mas abstracto respecto de la resolución del fondo del asunto.

11 Couso Salas, Javier y Coddou MacManus, Alberto, “La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente”, en *Estudios Constitucionales*, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca), 2010, p. 397.

12 Fermandois Vöhringer, Arturo, “Inaplicabilidad y Control Concreto del Tribunal Constitucional: Enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley”, *Presentación Universidad del Desarrollo*, 4 de julio de 2007.

13 Soto Delgado, Pablo, “Sanciones administrativas, principio de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revista un acto administrativo. El tribunal Constitucional como contencioso de multas en el Caso Cascada”, *Anuario de Derecho Público UDP*, 2017, p. 298.

En efecto, lo que interesa destacar aquí es que como acontece con el caso Jibia, la propia naturaleza o alcance de la gestión pendiente (un recurso de protección sobre la supuesta aplicación retroactiva de la Ley 21.134), plantea en sí un conflicto de constitucionalidad de carácter abstracto, que sirve de vehículo para efectuar a posteriori ante el TC, un control de constitucionalidad genérico y/o con efectos que inciden en una actividad económica cuyas consecuencias perniciosas en la sustentabilidad de un recurso determinado, afectan al medio ambiente en su conjunto y por cierto a los otros actores de la pesquería de la Jibia, industriales o artesanales.

Dicho de otra manera, la gestión pendiente versaba sobre la constitucionalidad de la aplicación de la Ley 21.134 a Landes, sin perjuicio de plantearse a priori como un contencioso administrativo dirigido en contra de un mero acto aclaratorio, que en principio debiese tener efectos particulares. ¿Será cierto?

Sobre este particular y según lo expresa Landes¹⁴, las naves Surmar I y Don Enrique, representan un 27% de la cuota industrial para la pesca de la jibia, por lo que indubitadamente la inaplicación a su respecto de la Ley 21.134, y consiguientemente, la posibilidad de que continuara empleando el método de arrastre, incidía de manera significativa en el recurso Jibia y en la sustentabilidad que motivó su dictación.

De esta manera, lo que se plantea es no sólo la perniciosa desnaturalización de la acción de inaplicabilidad en cuanto a devenir en una pretensión de contraste abstracta y general con la Constitución –a la que han contribuido muchos litigantes-, sino que a reconocer el radical efecto *erga omnes* que puede producir, que exige relativizar o revisar a lo menos su supuesta naturaleza exclusivamente particular o radicada en la gestión pendiente, y de este modo, comprender dentro del análisis fáctico de los hechos en la gestión pendiente, los eventuales intereses de terceros que puedan verse preteridos o afectados –que no sean partes en la gestión pendiente-, o bien la virtual abrogación de la causa eficiente del cambio normativo: resguardar la sustentabilidad del recurso.

No por nada, para el Ministro Colombo, los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional debían ser siempre *erga omnes*, por una cuestión de igualdad ante la ley¹⁵. Sostengo que tal anhelo no está muy lejos de ser cierto

14 Catepillan Tessi, Jorge, “Impacto económico de la Ley nro. 21.134 en Sociedad Pesquera Landes”, informe presentado en la causa Rol N° 8614-2020-INA del Tribunal Constitucional el 8 de julio de 2020.

15 Couse Salas, Javier y Coddou MacManus, Alberto, “La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente”, en Estudios Constitucionales, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca), 2010, p. 401.

respecto de la inaplicabilidad, con los consiguientes beneficios o pérdidas que ello importa para el interés público y los otros actores del sector económico de que se trate.

Conveniente sería a este respecto que el legislador o bien el propio Tribunal Constitucional, regulara la comparecencia de terceros y/o estableciera la posibilidad de que el Tribunal pidiera informes a aquellos que de manera prístina tengan interés en el resultado del contencioso constitucional de inaplicabilidad (distintos de cualquier poder, órgano público o autoridad, organización y movimiento o partido político), que por diversas razones pueden no ser partes en la gestión pendiente. El interés que puede exigirse respecto de este último puede no ser coincidente con la legitimación en el conflicto constitucional de inaplicabilidad, cuyos alcances exceden a lo meramente particular, aunque se insista en lo contrario.

En lugar de ello, la Ley Orgánica Constitucional del TC, en su artículo 44 excluye o bien no regula la intervención de terceros¹⁶ distintos a las partes de la gestión pendiente, exigiendo sí poner en conocimiento el requerimiento de la Cámara de Diputados, del Senado y del Presidente de la República. Los órganos mencionados, si lo estiman pertinente, pueden formular observaciones y presentar antecedentes, sea en defensa del ejercicio de sus potestades, sea en defensa del orden jurídico vigente. El emplazamiento de tales órganos “*constitucionales interesados*” revela a su turno que es muy discutible que estemos propiamente ante un conflicto con alcances estrictamente concretos o particulares. De otro modo no se explica que puedan comparecer en defensa del orden jurídico vigente.

En la especie, el TC permitió la comparecencia de terceros como partes interesadas (armadores artesanales autorizados para capturar jibia de la región de Valparaíso, el Maule y Bio-Bio), al amparo del art. 37 de su Ley Orgánica, norma que faculta al Tribunal a decretar las medidas que estime del caso tendientes a la adecuada resolución del asunto, disposición legal que permitiría resolver el vacío al cual nos hemos referido, empero sigue siendo una norma meramente facultativa para el Tribunal, sujeta al particular criterio del pleno, cuyo resultado es altamente imprevisible.¹⁷

16 Así por ejemplo en la causa Rol 7442-2019 INA del TC, frente a la comparecencia de un tercero, se resolvió que: “A fojas 563, a lo principal, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 44, inciso tercero, de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, no ha lugar, sin perjuicio de tenerse por acompañados los documentos signados al cuarto otrosí; al resto de los otrosíes, estese a lo resuelto.”.

17 En el caso Jibia, sin ir mas lejos, por resolución de fecha 18 de junio de 2020, frente a la solicitud de decretar audiencia pública, se resolvió que: “A fojas 685, a lo principal, teniendo presente que en estos autos

Necesario es destacar además que el auto acordado sobre “*Normas sobre lobby, registros públicos con fines de transparencia, imparcialidad, independencia y publicidad.*” de 30 de diciembre de 2014, contempla la intervención de terceros ajenos al litigio, pero su intervención no les otorga la calidad de partes (carecen entonces de la facultad de pedir) y se limita únicamente: a) Audiencia pública. El Tribunal decretará audiencia pública en aquellos casos en que, conforme al artículo 37 de su Ley Orgánica, lo estime necesario para una mejor resolución del asunto. Procederá fijar audiencia pública, especialmente, en los casos del artículo 93, N°s 7° y 16°, de la Constitución Política de la República; y b) Presentación escrita.

En suma, sea porque el beneficio jurídico último del litigante/requirente (en la gestión pendiente y ante el TC) es la inaplicación del precepto legal que estima agravante (en concreto y con efecto *erga omnes* para el litoral chileno), sea porque la conceptualización particular y en concreto de la inaplicabilidad no es estrictamente cierta, el interés público “*en perspectiva ambiental*” y de determinados terceros debe ser resguardado, de modo de dar a la contienda constitucional, validez y legitimidad, como afortunadamente aconteció respecto del caso jibia.

4. Sentencia del Tribunal Constitucional

4.1. El requerimiento

Landes, como se ha dicho, presentó una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que impugna la aplicación del artículo 5°, inciso tercero, del Decreto Supremo N° 430, de 1992, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, introducido por la Ley N° 21.134, a la gestión pendiente ventilada ante la Il. Corte de Apelaciones de Valparaíso bajo el Rol N° 42.027-2019.

En el referido recurso de protección, como afirmó la requirente ante el TC, “*busca el restablecimiento de los derechos de Pesquera Landes consagrados en los numerales 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución, trasgredidos por la RE 3651, en tanto esta busca dar una aplicación in actum y por tanto retroactiva de la Ley N°*

se sustancia una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que, por su especial naturaleza jurídica, incide en una concreta gestión pendiente, no ha lugar, sin perjuicio de eventuales presentaciones escritas que puedan ser acompañadas al proceso; al otrosí, estese a lo resuelto. Acordado con el voto en contra de los Ministros señor Nelson Pozo Silva, y señora María Pía Silva Gallinato, quienes estuvieron por conceder la audiencia solicitada, en atención a la relevancia pública del conflicto constitucional sometido a la resolución de este Tribunal.”

21.134 respecto de las autorizaciones que se encontraban vigentes y en ejercicio para la fecha en que dicho cuerpo legal entró en vigor...”¹⁸. Arguye que “el empleo concreto de la Ley N° 21.134 es lo que impediría el ejercicio de la actividad económica de esta parte”, lo que resultaría decisivo en la gestión pendiente.

En lo que concierne al requerimiento propiamente tal, la actora argumentó –coincidentalmente- que la “aplicación” que Subpesca ha hecho de la Ley 21.134, resulta ilegítima “atendida su retroactividad y completa desproporción”, lo que le restaría eficacia a las autorizaciones de pesca de la cual era titular y en consecuencia le impediría el ejercicio de la actividad económica, vulnerándose así los numerales 21, 24 y 26 del artículo 19 de la Carta Magna.

Señala Landes, que se estaría vulnerando el numeral 21 del artículo 19 de la Constitución Política, por cuanto mediante una regulación, se esta impidiendo el ejercicio de la actividad económica regulada, en este caso la pesca de arrastre de jibia, haciendo inviable financieramente la referida actividad para la cual Landes contaba con las autorizaciones pertinentes. La pesca industrial con potera de jibia y su rendimiento de captura sería “bajísimo”, ya que “con barcos poteros no factoría es factible extraer entre 10 y 15 toneladas de jibia diariamente; un volumen escaso que imposibilita rentabilizar su zarpe.”¹⁹

A su vez, a juicio de la requirente, las autorizaciones de pesca obtenidas con anterioridad a la Ley N° 21.134, la habrían habilitado para realizar una actividad cuyo acceso se encuentra restringido a la mayoría de las personas, razón por la cual la exigencia de Subpesca en razón de la aplicación de la norma atacada de inaplicabilidad, habría afectado su derecho de dominio sobre las autorizaciones de pesca (que califica de bienes incorporeales) que son en definitiva títulos habilitantes respecto de los cuales se le ha impedido el uso y goce. Agregó que la “amplísima e ilegítima aplicación del Precepto legal impugnado” le impediría a Landes “el ejercicio del derecho real de explotación que le conceden sus autorizaciones de pesca de las que es titular y que fueron conferidas por esa misma autoridad.”²⁰

18 Sociedad Pesquera Landes S.A., Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto ante el Tribunal Constitucional el 14 de abril de 2020, bajo el Rol 8614-2020, p. 5.

19 Sociedad Pesquera Landes S.A., Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto ante el Tribunal Constitucional el 14 de abril de 2020, bajo el Rol 8614-2020, p. 21.

20 Sociedad Pesquera Landes S.A., Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto ante el Tribunal Constitucional el 14 de abril de 2020, bajo el Rol 8614-2020, ps. 23-24.

4.2. El fallo de mayoría que desestimó la inaplicabilidad

El 12 de noviembre de 2020 se pronunció la sentencia del caso Jibia (Rol 8614-2020), desestimándose el requerimiento por 8 votos²¹ contra 2, consiguéndose prevenciones de los Ministros señores Aróstica, Romero y Pica. El voto de mayoría parte por anunciar que efectuará “*algunas precisiones previas a antecedentes doctrinarios y principios que les servirán como pautas interpretativas*” para arribar a la resolución del conflicto constitucional, que divide en: I) Dominio público sobre el mar y potestades sobre los recursos hidrobiológicos; II) Deber del Estado de preservar la naturaleza como directriz constitucional sobre el legislador; III) Necesidad de Conservar los recursos hidrobiológicos y libertad de pesca; IV) Características de la Jibia. Estado de Explotación y forma de extracción en Chile; V) Antecedentes de la historia de la ley N° 21.134; y VI) Las autorizaciones de pesca.²²

En cuanto a lo primero, después de establecer el dominio publico marino y la soberanía que ejerce el Estado sobre las especies hidrobiológicas, concluye que es su potestad la regulación de la actividad pesquera y de normar la explotación, explotación, conservación y administración de tales recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas en todos los espacios marítimos. Luego, postula el deber estatal de tutelar la preservación de la naturaleza, invocando el artículo 19 numero 8 de la Carta Fundamental, trayendo a colación los principios de desarrollo sustentable y precautorio, destacando que “*la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente*”²³.

Enseguida, los sentenciadores de mayoría delimitan la controversia en cuanto razonan que la pesca es una forma de ocupación de las especies que se hallan en el mar calificándolas de *res nullius*, esto es, aquellas que carecen de dueño y pueden ser adquiridas mediante el referido modo de adquirir el dominio. Citan al efecto a doña Jessica Fuentes Olmos que define la pesca como “*la actividad mediante la cual opera jurídicamente el modo de adquirir el dominio, ocupación, sobre los recursos hidrobiológicos, entendiendo por tales, todos*

21 Por rechazar el requerimiento estuvieron las Ministras señora María Luisa Brahm Barril y doña María Pía Silva Gallinato (redactora de la sentencia) y los Ministros don Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, don Rodrigo Pica Flores; y por acogerlo, los Ministros señores Cristian Letelier Aguilar y Miguel Ángel Fernández González.

22 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 5.

23 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 14.

aquellos que viven en el medio acuático con prescindencia de la actividad hombre”.²⁴ Frente a tal naturaleza jurídica destacan que “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad” (numeral 24 del art. 19 de la Constitución Política de la Republica), y que “Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición de algunos bienes”, que es precisamente lo que acontece con la Ley General de Pesca y Acuicultura, en tanto establece limitaciones respecto “a la cantidad y tipo de recurso que pueden ser extraídos y a su forma de extracción, además de imponer requisitos a quienes se dedican a la actividad de pesca artesanal o industrial, por cuanto deben encontrarse inscritos en el Registro Nacional, correspondiente y contar con la debida autorización administrativa. Tales limitaciones buscan la “conservación” de tales recursos, es decir, como dice la propia LGPA, el “uso presente y futuro, racional, eficaz y eficiente de los recursos naturales y su ambiente” (numeral 13 del art. 2°), aplicando el legislador al efecto especialmente los ya referidos principios de desarrollo sustentable y precautorio.”²⁵

Importante es destacar que en razón de tales premisas el fallo sitúa la relación de dominio en el lugar correcto, esto es que “el derecho a la propiedad asegurado por el constituyente no recae directamente sobre los recursos marinos, ya que el ejercicio de tal derecho está subordinado, en materia de pesca, al régimen que determine la ley. El precepto constitucional entonces no crea, por sí solo, un beneficio sobre los recursos hidrobiológicos, puesto que, si el legislador está autorizado por el N° 23 del mismo artículo 19 a disponer el régimen de adquisición de los bienes, el derecho a la propiedad se precisa en el de adquirirlos de acuerdo con las bases consagradas por el mismo legislador.”²⁶ Dicho de otra manera, la relación dominical con la Jibia surge con la captura del recurso hidrobiológico (ocupación), mas no con la autorización para efectuar la captura. La autorización no otorga un derecho adquirido o genera un vinculo de propiedad con el recurso hidrobiológico.

Unido a lo anterior, y citando la sentencia Rol 4074-2017 del TC, el fallo de mayoría determina que la finalidad de la Ley General de Pesca y Acuicultura es coherente con la obligación del estado de tutelar la preservación de la naturaleza, comprendida dentro del precepto que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 numero 8 de la Constitución), destacando que el medio ambiente “no puede

24 Fuentes Olmos, Jessica, “Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso No 38, 2012, p. 551.

25 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 16.

26 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 17.

*ser comprendido como un objeto singular y de interés privado, sino que es eminentemente comunitario o colectivo...”*²⁷.

En lo concerniente a las características de la Jibia, estado de explotación y forma de extracción en el país, los sentenciadores de mayoría establecen: (i) que se suspendió la inscripción en el registro pesquero artesanal por haber alcanzado el “*estado de plena explotación*”, lo cual supone que “*su punto biológico esta en o cerca de su rendimiento máximo sostenible*”; (ii) que las embarcaciones artesanales utilizan la potera o línea de mano y los industriales redes de arrastre de media agua; (iii) que la potera o línea de mano, desde el punto de vista de la sustentabilidad de la pesquería, es altamente selectiva y con bajo impacto en la mortalidad por pesca del recurso; y (iv) que el arrastre de media agua es un arte que tiene una baja selectividad, dado que la red puede captar también otros recursos pesqueros demersales y, por lo tanto, tiene un fuerte impacto en la mortalidad por pesca de este recurso.²⁸

Posteriormente se hace una relación sobre la historia de la Ley 21.134 y siguiendo la doctrina administrativista nacional, el voto de mayoría indica que la autorización de pesca es “*un acto administrativo que no crea un derecho o facultad para el individuo sino que actúa levantando un obstáculo que existía para el ejercicio de una libertad o derecho que ya es reconocido por el ordenamiento jurídico, pero para el cual el propio ordenamiento ha previsto la necesidad de ejercer un control previo. Esto se funda en lo señalado en el capítulo III (de la LGPA), en cuanto la autorización de pesca se basa en el establecimiento de un requisito necesario para el ejercicio de la libertad de adquirir el dominio de los recursos hidrobiológicos*” (Fuentes, J., *ob. cit.*, p. 557).²⁹

En virtud de tales antecedentes fácticos y jurídicos, el TC se pronuncia sobre la infracción al derecho de propiedad que postula el requerimiento, debiendo recordarse que Landes afirma que la nueva regulación afecta su derecho de propiedad sobre las autorizaciones de pesca –cosas incorporales-, que en definitiva le concederían un derecho real de explotación, en cuanto la autorizarían para explotar la pesquería de la jibia mediante el método de captura de arrastre. A este respecto es de advertir que la concepción sobre el derecho de dominio que hace valer la accionante, es algo más que la “*propietarización de los derechos*” o lo que se ha denominado como “*concepción extendida*”

27 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 22.

28 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 23, 24, 25 y 26.

29 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 31.

del derecho de propiedad”, en cuanto a sostener que cualquier situación que genere un contenido patrimonial o económico se encontraría amparada por el derecho de dominio.³⁰

En efecto, a partir de la apropiación o vínculo dominical que se esgrime respecto de una cosa incorporal, se intenta instaurar un derecho distinto, ya no vinculado a la mera autorización sino que real y directamente sobre la cosa -pesquería de la jibia-, que abarcaría el derecho a explotarla mediante un arte o técnica determinada: el arrastre.

Pues bien, el TC descarta la conculcación al derecho de dominio que denuncia la requirente, iniciando su argumentación en relación a la inexistencia de todo derecho de dominio sobre las normas³¹, para posteriormente referirse a las autorizaciones en general y a las autorizaciones de pesca en particular, concluyendo que estas no otorgan nuevos derechos, sino que se limitan a remover un obstáculo para el ejercicio de una facultad (la libre apropiación de los recursos hidrobiológicos), cuyas consecuencias económicas que pueden presentarse en un tiempo o contexto determinado, no son más que un interés que sólo puede ser calificado de privilegio fáctico, citando el informe en derecho “Expropiaciones directas y desregulatorias y reforma regulatoria pesquera. Centro de Regulación y Competencia.” de don Santiago Montt Oyarzún, paginas 25 y 26³².

Agrega, creemos refiriéndose al presunto derecho real de explotación, que *“la autorización de pesca de que es titular Pesquera Landes no le garantiza la existencia de jibia, como dispone el artículo 31 de la LGPA, ya que, al tratarse de un recurso vivo y por ser res nullius, su disponibilidad en el mar y su acceso dependen de un sinnúmero de variables, entre las que se encuentra no solo factores naturales sino de su nivel de explotación”*³³, consignando además que no se encuentra en entredicho la propiedad que tiene la requirente sobre las naves, las utilidades que haya obtenido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley e incluso, sobre las autorizaciones de que es titular.

En adición a lo expuesto, los sentenciadores de mayoría tienen en consideración que las reglas que dicen relación con determinados artes o aparejos de pesca rigen *in actum*, en concordancia con el principio precautorio y de sustentabilidad que propugna la Ley de Pesca, pudiendo la requirente continuar

30 Guilloff Titium, Matías, “La propiedad y la tensión entre cambio y estabilidad: reflexiones para una constitución sustentable”, en Revista de Derecho Universidad de Concepción, 2021, p.296.

31 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 34 y 35.

32 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 37.

33 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 39.

con su giro, e incluso obtener ganancias, sólo que bajo condiciones distintas³⁴. Siendo así, el legislador puede “*modificar las condiciones establecidas en la respectiva habilitación si cambian las normas que indican los términos bajo los cuales se otorgan*”, lo que habrá de fundarse en una “*variación del estado de conservación del recurso hidrobiológico a que se refieran...*”.³⁵ En suma, la disposición legal que impugna la requirente correspondería a un asunto “*de política pública*”, habiendo optado “*el legislador democrático*”³⁶ por el empleo de un determinado arte de pesca para capturar la Jibia, generando efectos en el ámbito medio ambiental, como también económicos, incidiendo en el mercado de la Jibia, materias estas últimas que excederían la competencia del Tribunal. Como colofón afirman haber arribado a la convicción que la norma cuestionada no afecta el derecho de propiedad.

Hasta el momento, se advierte que el TC ha efectuado un análisis muy fundado –correcto en nuestra perspectiva-, mas eminentemente abstracto, incorporando consideraciones de interés público y generales, que se condicionen -en realidad- con el planteamiento jurídico de tal carácter que funda el requerimiento.

Tal ponderación desvinculada de la gestión pendiente permanece cuando el TC se aboca a pronunciarse sobre la supuesta infracción al derecho a desarrollar actividades económicas. En efecto, si bien efectúa consideraciones particulares sobre el giro económico de la requirente, el control no aspira a correlacionar la impugnación con los antecedentes fácticos del contencioso de protección que motiva el requerimiento. Y no lo hace, por cuanto en su origen el conflicto constitucional planteado es un contraste entre el precepto legal y la Constitución, referido a Landes, pero no a su recurso de protección.

En tal escenario, el voto de mayoría efectúa un análisis de proporcionalidad de la nueva normativa, en cuanto el fin perseguido “*sea idóneo, las medidas necesarias y debe existir proporcionalidad en sentido estricto entre las medidas y*

34 El fallo cita la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, ratificada por la Corte Suprema, que al efecto sostuvo: “*Que, todavía más en esta materia y como modo de proteger el entorno marino, debe tenerse en especial consideración que restricciones posteriores en cuanto al empleo de artes o aparejos de pesca, hechas por la autoridad del ramo y que afectan a autorizaciones dadas con anterioridad a empresas pesqueras para utilizar distintas artes o aparejos de pesca, como es el caso de la recurrente Pesquera Bio-Bio S.A., autorizada para capturar especies que indica utilizando red de cerco y red de arrastre, se aplican de inmediato, por cuanto el espíritu general de la legislación es que el ejercicio de los derechos se rigen siempre por la norma jurídica posterior –in actum-*”. (Corte de Valparaíso, recurso de Protección Causa Rol 697-2000)

35 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 38.

36 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 40.

los fines”³⁷. Postula al efecto que en cuanto “a la racionalidad e idoneidad del fin perseguido, debe tenerse presente que la regulación del medio empleado para capturar la jibia persigue su desarrollo sustentable, lo cual, a su vez, dice relación con el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza contemplado en el art. 19 N° 8 de la Carta Fundamental. Si el requisito que impuso la ley N° 21.134 para adquirir el dominio de tal recurso busca su conservación y sustentabilidad, la limitación encuentra su fundamento en una exigencia de interés nacional, ajustándose así a lo que dispone el inciso segundo del art. 19 N° 23 constitucional, lo cual explica que el legislador confiriera a la ley carácter de quórum calificado.”³⁸ En tal sentido, argumenta que en la tramitación de la Ley existió un alto consenso respecto de que el arte de pesca de la línea de mano y aparejo potera es altamente selectivo, mientras la pesca por arrastre de la jibia no reúne esas características al capturar fauna acompañante.

Por otra parte, considera que entre las medidas que el legislador podría haber adoptado, eligió una que permite a los armadores industriales seguir empleando el arrastre para capturar otras especies, destacando además que el cambio regulatorio no fue abrupto ni menos radical. Subraya que la Ley 21.134 incorporó un artículo transitorio destinado a que los pescadores industriales pudiesen adaptar sus naves a los nuevos aparejos de pesca, lo que unido al tiempo que duró la tramitación legislativa -5 años-, permite concluir que se ha otorgado un tiempo suficiente “a quienes emplean la red de arrastre, sea de fondo o de media agua, como arte o aparejo de pesca, para comenzar a cambiarla por la potera o línea de mano...”³⁹.

El TC concluye:

*“De este modo la requirente ha tenido la posibilidad de modificar el arrastre por potera, existiendo incluso la posibilidad de adaptar las naves para emplear la potera en forma mecanizada, aparejo que usan otros países que explotan asimismo la jibia y que también han debido cambiar su forma de pesca, como ha sucedido con México y Perú.”*⁴⁰

37 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 47.

38 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 48.

39 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 49.

40 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 49.

El fin perseguido por el legislador (proteger la sustentabilidad del recurso jibia), es en consecuencia proporcional, en tanto no inhibe a la requirente para “seguir ejerciendo su actividad económica extractiva y la libre apropiabilidad del recurso...”⁴¹.

Es de destacar sobre estos particulares, que el fallo de mayoría no discurre sobre el rendimiento de captura “bajísimo” o la inviabilidad financiera que denuncia Landes en la hipótesis de adaptarse a la línea de mano o potera. Entendemos que no se adentra sobre tal análisis por considerar que es ajeno a su competencia conforme a lo que expuso en el considerando Cuadragésimo, sin perjuicio que es claro que la Constitución no asegura una determinada rentabilidad derivada del ejercicio de una actividad económica.

En concordancia con lo expuesto, el TC desestima que se haya infringido la esencia de los derechos que Landes estima vulnerados, en razón que la regulación no impide que continúe desarrollando sus labores extractivas de la Jibia. Por consiguiente, “al no haberse privado a Pesquera Landes de la facultad consustancial a la autorización -la posibilidad de ejercer la actividad de pesca- ni habérsele impuesto exigencias irrealizables, en tanto basta la utilización de los aparejos de pesca permitidos, el precepto del art. 5° inciso 3° de la LGPA no vulnera el numeral 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental.”⁴²

Finalmente y previo a referirse a los denominados “Defectos Formales de que adolece la acción”, el fallo de mayoría se hace cargo de la alegación en estrados de Landes consistente en que la prohibición del arrastre respecto de la Jibia debió ser en su concepto regulada por la administración (art. 4 letra b de la LGPA), y no a través de una ley, ya que esta tendría un “alcance general”. Sobre el particular el TC desestima tal disquisición⁴³, afirmando que nada obsta que tales limitaciones sean impuestas por una ley y no por un acto administrativo, destacando que no le corresponde emitir un juicio de mérito técnico o político, encontrándosele vedado calificar la bondad de las disposiciones legales sometidas a su control, debiendo prescindir “de cualquier consideración o raciocinio factual”.

Este último razonamiento revela una vez más que el requerimiento de Landes aspiraba a efectuar un control abstracto y de mérito de la nueva legislación, y que el TC, correctamente desestimó tal pretensión. Sin embargo, para arribar a tal decisión, efectuó igualmente un razonamiento sobre “la generalidad y

41 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 50.

42 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 51.

43 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 52.

abstracción de la ley, por cuanto dicha regla se aplica a todos los que se encuentren en la situación en la que ella describe, es decir, tanto a quienes se dediquen a la actividad extractiva, ya sean pescadores artesanales o armadores industriales.”

4.3. Defectos formales de la acción de acuerdo al fallo de mayoría

Por los considerandos Quincuagésimo Cuarto y Quincuagésimo Quinto, el TC establece dos yerros adicionales en el modo de proponer la acción, que califica de formales: (i) El conflicto sometido a su decisión es de mera legalidad, en tanto dice relación con la “interpretación” que la autoridad administrativa le ha dado a la Ley en relación a los efectos que produce ésta en el tiempo, lo que compete resolver a los jueces del fondo; y (ii) el mismo problema jurídico fundamenta el recurso de protección, por lo que “la declaración de inaplicabilidad solicitada por el requirente no puede tener entonces el efecto que se atribuye en el libelo”, ya que se encuentra fuera de su objeto la determinación del alcance e interpretación de una norma legal y la Corte Suprema no podría dar una aplicación idónea a la norma impugnada.

En relación al primero de los aspectos que refiere la sentencia es claro que la requirente promovió un conflicto dirigido directamente a la aplicación en el tiempo del precepto legal impugnado, con la salvedad que, según Landes, tal aplicación la habría efectuado la autoridad administrativa (no el legislador). El requerimiento es prístino sobre el particular:

- i) *“la aplicación que Subpesca ha hecho de la prohibición de arte de pesca que consagra el nuevo artículo 5° inciso tercero de la LGPA resulta ilegítima atendida su retroactividad”*
- ii) *“De allí que el precepto legal impugnado, pese a lo que supone Subpesca, no es parte de las normas legales que regulan las actividad pesquera que se ejerce en virtud de las autorizaciones en cuestión, previas a la entrada en vigor de la ley N° 21.134...”*
- iii) *“Si la autoridad aplica la ley N° 21.134 a las autorizaciones de pesca de esta parte, que se encontraban vigentes para la fecha de su entrada en vigor, no está ciñendo tales títulos a la normativa vigente a la época de su otorgamiento. Muy por el contrario, lo que hace es que la regulación sobreviniente (la que entrara en vigor en 2019) disponga hacia el pasado y afecte, con ello, los derechos adquiridos de Pesquera Landes...”*
- iv). *“Lo que se demanda es que, tal como han previsto Contraloría y esta Propia Excelentísima Magistratura, el reconocimiento y empleo*

de tal nueva normativa se verifique sin perjuicio de (esto es, dejando a salvo) la situación jurídica consolidada con motivo de los títulos de esta parte que anteceden.”

A este respecto, el TC reitera su doctrina relativa a la improcedencia de conocer sobre el efecto temporal de una norma, en razón que tal materia sería una cuestión típicamente de mera legalidad.⁴⁴ Empero, no se pronuncia derechamente sobre la improcedencia de atacar en sede de inaplicabilidad una “interpretación” de la autoridad administrativa. En este punto, la actora es también muy enfática⁴⁵: “...lo que se ha impugnado en esta cuestión de inaplicabilidad es el empleo ilegítimamente retroactivo que la autoridad sectorial ha hecho del artículo 5 inciso tercero de la LGPA respecto de las autorizaciones de pesca de que es titular pesquera Landes.”.

Dicho en otros términos, la impugnación no se dirige a controlar la constitucionalidad de dicho precepto en su aplicación futura a una gestión judicial pendiente (control concreto), sino que en contra de la aplicación pretérita que la autoridad administrativa le habría dado a la norma legal en un acto “aclaratorio”, que como hemos sostenido -en realidad- es una pretensión de control abstracto.

En efecto, en la especie, la inaplicabilidad no sólo llega tarde⁴⁶ en cuanto dice atacar un acto administrativo, sino que además se desnaturaliza, desvinculándose abstractamente de la gestión pendiente, en la que valga destacar, se planteó el mismo conflicto jurídico, postulando una “aplicación” -más bien una derogación- de la Ley 21.134 idónea con la Constitución. Sin embargo, en sede de inaplicabilidad, se plantea su desaparición.

El fallo de mayoría trata esta última materia en el considerando Quincuagésimo Quinto, esto es, la congruencia entre la inaplicabilidad y la gestión pendiente (control concreto), estableciendo primeramente que el recurso de protección plantea el “mismo problema” que el requerimiento, determinando

44 Así por ejemplo en la causa Rol 8108-20-INA, el TC resolvió: “PRIMERO: Que desde una perspectiva formal el conflicto que se exhibe se sitúa en un ámbito de mera legalidad, en razón de que el análisis sobre el efecto temporal de una norma corresponde siempre al conocimiento y decisión del sentenciador del fondo, soberano este para analizar e interpretar el espectro jurídico del precepto que se impugna... SEGUNDO: Que la cuestión de determinar la vigencia de una ley es típica materia de legalidad, la determinación de si ese cambio es o no desfavorable no es algo que pueda resolver de manera abstracta el Tribunal Constitucional. Así, corresponderá al juez de fondo, más allá de la redacción dispuesta por el legislador, realizar tal determinación, comparando las normas derogadas con las nuevas introducidas, aspectos todos que sólo pueden ser singularizados mediante la interpretación que realice el juez ordinario llamado naturalmente a aplicarla...”.

45 Ver escrito de Landes en la causa Rol 8614-2020, fojas 654 y siguientes.

46 Soto Delgado, Pablo, “Sanciones administrativas, principio de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revista un acto administrativo. El tribunal Constitucional como contencioso de multas en el Caso Cascada”, Anuario de Derecho Público UDP, 2017.

que carece de competencia para enjuiciar el acto administrativo que se impugna en la gestión pendiente, trayendo a colación la sentencia del TC rol 1266, cuyos considerandos Quinto y Sexto, por resultar esclarecedores, se pasan a transcribir:

“QUINTO. Que la competencia de este Tribunal para decidir esta materia se encuentra regulada en el numeral 6° del artículo 93 de la Carta Fundamental, que lo habilita para resolver “...la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. Del precepto recién transcrito fluye con entera claridad que nuestra tarea se circunscribe a precisar si la aplicación del precepto legal impugnado a la resolución del recurso de protección interpuesto puede traer consigo efectos contrarios a las normas constitucionales que el actor pretende transgredidas y no, en cambio, a juzgar si la conducta misma de la Isapre al rehusarse a homologar el tratamiento de braquiterapia al de prostatectomía radical vulnera la Carta Fundamental, pues este último examen del actuar de la Isapre es objeto precisamente del recurso de protección consagrado en el artículo 20 de la Constitución, el que habilita no sólo para impugnar actos u omisiones ilegales que lesionen tales garantías, sino también aquellos o aquellas que, aun siendo legales, entrañen un proceder arbitrario, es decir, contrario a la razón o la justicia y dictado por el mero capricho o voluntad antojadiza del transgresor.

SEXTO. De ese modo y obrando dentro de la competencia referida en el considerando anterior, este Tribunal respeta la clara diferenciación entre el recurso de protección (que envuelve un enjuiciamiento de la constitucionalidad del acto u omisión reprochado) y la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, misma que, en su esencia, entraña un juicio de conformidad o disconformidad entre los efectos que producirá la aplicación de la norma legal denunciada en la gestión pendiente y la preceptiva constitucional correspondiente.”

Menester es recordar que Landes en su recurso de apelación interpuesto para ante la Excelentísima Corte Suprema⁴⁷, consignó: “Lo que se ha requerido –cues-

⁴⁷ Dicho recurso ingreso a la Excma. Corte Suprema bajo el Rol 143.816 – 2020.

ción diversa- es que se realice una idónea aplicación de la disposición en cuestión, lo que significa que la pretensión de esta parte va orientada, en realidad, a requerir de los tribunales superiores de justicia determinen que el empleo de la ley N° 21.134 no resulte retroactivo y no afecte, en consecuencia, los legítimos derechos que ostenta Pesquera Landes en su calidad de titular de autorizaciones de pesca...”.

Es por ello que el TC en definitiva concluye que el “efecto” que buscaba Landes en su requerimiento, no es congruente con su recurso de protección ya que “la Corte Suprema no podrá dar aplicación idónea a la norma impugnada.”.

5. Fallo de la Corte Suprema y consideraciones finales

La mejor prueba de lo que se viene diciendo es el fallo de la Corte Suprema dictado en la causa Rol 143.816-2020, que confirmó la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, efectuando consideraciones adicionales, que en lo sustancial ratificaron que “la autorización administrativa de pesca no fija un estatuto propio para el administrado, sobre el cual pueda invocar una especie de propiedad, como tampoco le otorga nuevos derechos, sino sólo permite levantar un obstáculo para su ejercicio, en este caso, la libertad de apropiación de los recursos hidrobiológicos, actividad que necesariamente debe regirse por las disposiciones vigentes al momento en que dicho ejercicio se materializa.”. Agregó que la “normativa en virtud de la cual se concede la autorización, reviste el carácter de orden público, de lo cual se sigue que la autorización es susceptible de modificación al variar las condiciones bajo las cuales se concedió, sin que ello signifique una aplicación retroactiva de la nueva regulación, sino sólo una adecuación de las condiciones bajo las cuales el derecho debe ejercerse.”, más aun teniendo en consideración “la finalidad de dictación de la Ley N° 21.134, cual es la protección y conservación de los recursos marinos, en cumplimiento del deber del Estado de tutelar por la preservación de la naturaleza y proteger el medio ambiente.”. Concluye que no es posible observar ilegalidad o arbitrariedad alguna en la actuación de la autoridad administrativa, quien se ha limitado “a dar estricta aplicación a los términos de la Ley N° 21.134, normativa que no efectúa distinción o excepción alguna relativa a las autorizaciones otorgadas de manera anterior a su entrada en vigencia...”.

En suma, el control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no tiene -siempre- los delimitados contornos concretos que se le atribuyen, sea porque se lo trata como “disfraz”, sea porque su consagración constitucional y legislativa en contraste con la práctica, no es estrictamente congruente con los efectos *inter partes*, radicados en la gestión pendiente, que teóricamente lo diferencian del control abstracto de constitucionalidad. En uno o en otro

escenario, resulta indispensable la regulación de la intervención de terceros como partes interesadas, como también la protección del interés público -en este caso ambiental-, que no puede quedar a merced de la eventual defensa oficiosa de los órganos legitimados.

El caso Jibia es un buen ejemplo -con final feliz- que el contencioso de inaplicabilidad puede devenir en una pretensión (la verdadera y última) que persigue efectuar un control abstracto de constitucionalidad, cuyos eventuales efectos estimatorios interesan a alguien más que las partes de una gestión pendiente.

Para asentar lo anterior, basta imaginar las consecuencias que podría aparejar el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por una compañía de seguros en contra de la reforma constitucional contenida en la Ley N° 21.330, que modificó la actual Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias.⁴⁸

⁴⁸ Causa Rol 11.230-21-INA del Tribunal Constitucional, actualmente en etapa de admisibilidad, habiéndose concedido la suspensión de la gestión pendiente.

LA REFORMA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA Y SU ÓRGANO DE GOBIERNO: ENTRE LA TRANSPARENCIA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

*Pablo Contreras*¹

Resumen

El artículo examina las propuestas de modificación al Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, tanto en la reforma a la Ley No. 19.628, sobre protección de la vida privada, como en la reforma a la Ley No. 20.285, sobre acceso a la información pública. Para ello, evalúa las críticas al actual diseño institucional del Consejo y los déficits de independencia y especialización que exhibe el órgano. A partir de estas críticas, compara los cambios que se proponen en los dos proyectos de ley actualmente en tramitación. El artículo concluye que el avance legislativo liderado por el Presidente de la República presenta una incoherencia en el diseño y reforma de la gobernanza del Consejo para la Transparencia.

1. Introducción

La discusión sobre la política pública de transparencia, acceso a la información pública y protección de datos personales ha tenido un protagonista institucional: el Consejo para la Transparencia. La reforma de distintos estatutos jurídicos depende, en buena medida, de lo que se haga o no con esta institución. Este texto aborda los problemas de diseño del Consejo para la Transparencia (en adelante, “Consejo”) y cómo la discusión de la política pública liderada por el Ejecutivo no tiene una coherencia institucional asociada a los objetivos que dicha institución debiese cumplir.

¹ Doctor en Derecho (SJD), Northwestern University. Profesor asociado de la Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: pablo.contreras@uautonoma.cl.

Este trabajo es parte de la investigación financiada por Fondecyt de Iniciación de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, bajo el No. 11180218, con el título: “El reconocimiento y protección de la autodeterminación informativa como marco teórico adecuado para la comprensión de los derechos de las personas en tanto límite al acceso a la información pública”.

El Consejo fue creado por el artículo primero de la Ley 20.285, sobre acceso a la información pública. La dirección del Consejo está confiada a un órgano colegiado, denominado “Consejo Directivo”. Se trata de un órgano par, integrado por cuatro consejeros y cuya presidencia se rota, de entre sus miembros, cada dieciocho meses. Los consejeros carecen de dedicación exclusiva y, salvo por el presidente del Consejo Directivo, son remunerados por su asistencia a las sesiones del Consejo. Este modelo que gobierna el Consejo, aprobado en 2008, está hoy en cuestionamiento, especialmente por las reformas a las competencias y atribuciones que se están discutiendo respecto del órgano.

Actualmente, la reforma del Consejo está atravesada por tres iniciativas cuya aprobación se encuentra pendiente en el Congreso. En primer lugar, la reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública (boletín 8805-07). Dicha modificación constitucional cuenta con un informe favorable de la Comisión Mixta pero, en un giro poco visto en la tramitación legislativa, no fue votado por la sala del Senado, en el 2018², y, en el marco de un proceso constituyente en curso, el escenario se observa poco auspicioso para la reactivación de su aprobación.

En segundo término, encontramos el proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales (boletín 11144-07, en adelante “reforma a la LPVP”). Este mensaje fue una iniciativa de la expresidenta Bachelet pero que fue enmendado en su integridad a través de una indicación exclusiva del presidente Piñera y, en particular, en lo referido a la autoridad de control en protección de datos personales, como se revisa en *infra* 3.3. El proyecto no ha avanzado mucho: todavía se encuentra en primer trámite legislativo, esperando su votación en particular en la Comisión de Hacienda del Senado para luego pasar a la Sala³.

2 El presidente del Senado de entonces, Carlos Montes, afirmó lo siguiente: “una solución sería simplemente postergar esta decisión y reflexionar el asunto con la Comisión de Constitución.

En todo caso, quiero advertir aquí lo siguiente: el precedente de un informe complementario es complejo, y el de dos informes complementarios lo es más, porque en las Comisiones Mixtas hay mucha tensión en la definición. Y, por lo tanto, esto mismo podría ocurrir en todas ellas.

[...] Pero, si le parece a la Sala, se podría acoger la sugerencia de algunos señores Senadores en el sentido de dejar esto pendiente y remitir la materia a la Comisión de Constitución para que evalúe qué podemos hacer. [...]”. Véase Senado.cl, Reconocimiento constitucional a principio de transparencia y a derecho de acceso a información pública. Informe de comisión mixta, 06 de agosto de 2021 [https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDiscusion&nrobol=880507_P&idsesion=7981]

3 Este artículo se terminó de revisar el día 6 de agosto de 2021. La Comisión de Hacienda del Senado sesionó el miércoles 4 de agosto discutiendo sobre el proyecto de reforma a la LPVP. Sin embargo, la comisión decidió postergar la votación en particular del proyecto y pedir un informe a la Biblioteca del

Por último, el Ejecutivo ingresó un proyecto de ley que modifica la Ley No. 20.285, sobre acceso a la información pública (boletín 12.100-07, en adelante “reforma a la LT”). Si bien el texto original del proyecto no contenía reglas que modificaran al Consejo, fueron las indicaciones de los diputados, en el primer trámite constitucional, las que forzaron la adopción de ciertas reglas acotadas relativas a los consejeros. Actualmente, el proyecto se encuentra en discusión en particular en el segundo trámite en el Senado.

La reforma a la LPVP y la reforma a la LT contienen modificaciones al Consejo, tanto respecto de su estructura de gobierno como del estatuto aplicable a sus consejeros. Sin embargo, no es posible discernir la coherencia estrategia legislativa y los cambios de diseño institucional no responden adecuadamente a los objetivos que ambas modificaciones legales persiguen. Si las reformas buscan ampliar las atribuciones del Consejo, es necesario fortalecer coherentemente la independencia del órgano y generar un estatuto de consejeros que garantice la especialización y dedicación exclusiva de estas autoridades.

En este trabajo se examina el diseño actual del Consejo, sus críticas y sus posibles modificaciones, tanto a través de la reforma a la LPVP, como de la reforma a la LT. Para ello, el texto se estructura de la siguiente forma. En la sección 2, explico el diseño actual del Consejo y sus limitaciones, tildándolo de un consejo propio de los diseños regulatorios de la transición, marcado por una asignación de cuotas de poder y de representación de funcionarios seleccionados por los partidos políticos con representación en el Congreso. Desde un inicio, el Consejo tuvo una competencia y atribuciones limitadas, no sólo en materia de acceso a la información pública (2.2) sino también respecto de protección de datos personales (2.3). A partir de estos déficits, expongo los objetivos de las reformas a la LPVP y a LT y las modificaciones que se proponen a la estructura del Consejo y al estatuto de sus consejeros (3.1 y 3.2). Concluyo que el avance legislativo liderado por el Ejecutivo presenta una incoherencia en el diseño y reforma de la gobernanza del Consejo (3.3).

2. El diseño actual del Consejo para la Transparencia y sus limitaciones

2.1 El gobierno del Consejo y el estatuto de sus consejeros

El Consejo es un órgano creado por la LT encargado, principalmente, del *enforcement* de la regulación de transparencia respecto de los órganos de la

Congreso Nacional sobre autoridades de control en el derecho comparado.

Administración del Estado. Conforme a la ley, es una “corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio” (art. 31 LT). Su objeto es promover la transparencia, fiscalizar el cumplimiento de normas de transparencia y publicidad respecto de los órganos de la Administración y garantizar el ejercicio legítimo del derecho a la información pública (art. 32 LT). La Corte Suprema describe al Consejo como un “órgano colegiado, técnico, generado con la participación de los poderes ejecutivo y legislativo, compuesto por miembros que gozan de estabilidad en sus cargos e integran la Administración del Estado, actuando en esta materia como fiscalizadores”⁴.

El Consejo está dirigido por un ente colegiado, a saber, el Consejo Directivo. Conforme a la ley, le corresponde la “dirección y administración superiores del Consejo” (art. 36 LT). El Consejo Directivo, a su vez, está integrado por cuatro consejeros, que son nombrados por el Presidente de la República, con el acuerdo del Senado, por dos tercios de sus miembros en ejercicio. Pero la propuesta del Presidente está condicionada. Conforme a la ley, “[e]l Presidente hará la proposición en un solo acto y el Senado deberá pronunciarse respecto de la propuesta como una unidad” (art. 36, inc. 1° LT). Esta regla obliga a votar duplas, ya sea aprobando o rechazando los dos nombres propuestos.

Cada consejero dura seis años en su cargo y pueden ser renovados por un nuevo periodo. La ley dispone que el presidente del Consejo se elige de entre sus miembros por el Consejo Directivo. La duración del mandato es de 18 meses y es rotativa. Se establece que si no hay acuerdo, la elección se resolverá por sorteo (art. 36, inc. 3° LT). Sin embargo, nunca ha habido un sorteo por las razones que a continuación se exponen.

La estructura de un Consejo Directivo integrado por un número par, que es renovado por duplas y su quórum de ratificación es de dos tercios de los senadores, es un diseño institucional que podría ser calificado como una proyección del sistema “binominal” en la conformación del órgano de gobierno del Consejo. La idea no es nueva. Antes incluso de la entrada en vigencia de la LT, Valdivia afirmaba lo siguiente:

“La técnica de esta integración paritaria (en el hecho, atendida la composición del mapa político de hoy [2009]) traslada la lógica del sistema binominal al terreno de la información”⁵.

4 Sentencia de la Corte Suprema, Rol No. 179-2021, 02-08-2021), cons. 3°.

5 Valdivia, José Miguel, “Lo que oculta la transparencia”, en Letelier, Raúl y Rajevic, Enrique (coords.), *Transparencia en la Administración Pública* (Legal Publishing), 2009, p. 75.

En efecto, el diseño impacta en diversos aspectos de la composición y conducción del Consejo Directivo. Respecto de la composición, al tener que votar la propuesta como unidad, el sistema se diseñó para hacer un reparto de los cargos entre los principales bloques de la política con representación parlamentaria de ese entonces⁶. El quórum es tan alto que impide que un sector pueda vetar la propuesta del otro, sin comprometer la posibilidad de instalar el candidato propio.

Respecto de la conducción, el diseño calcula la “cohabitación”⁷ para evitar la imposición de los representantes de un sector político sobre el otro. Con un período de presidencia que corresponde a un cuarto del período de cada consejero, la regla fuerza a que los consejeros se repartan la presidencia, cada uno por dieciocho meses. Como señala Rajevic, esta fórmula “dispersa el poder del voto dirimente entre los Consejeros”⁸. Eventualmente, si se renuevan en un nuevo periodo, podría asumir dos turnos presidenciales⁹.

El estatuto de los consejeros está compuesto por un régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Éstas se encuentran orientadas a funciones públicas, no a tareas o actividades privadas. En segundo lugar, la LT no establece la dedicación exclusiva de los consejeros. En un tercer punto, la LT establece una dieta que responde a este estatuto de funcionarios. La ley distingue la dieta en función de la presidencia del Consejo. El presidente tiene asignada una remuneración bruta mensualizada equivalente a la de un Subsecretario de Estado (art. 39, inc. final LT), que en este caso se ha equiparado a la del Subsecretario General de la Presidencia. Respecto de los demás consejeros, la ley dispone que percibirán “una dieta equivalente a 15 unidades de fomento por cada sesión a la que asistan, con un máximo de 100 unidades de fomento por mes calendario”, es decir, dos millones novecientos mil pesos, aproximadamente (art. 39, inc. 1º LT). Este modelo de dieta por asistencia a sesiones, con un monto total de tope, genera el siguiente incentivo: a cada consejero –que no es presidente– le basta asistir a siete sesiones en un mes para completar el tope de su remuneración. La octava sesión, es de costo personal del consejero.

6 En el mismo sentido, Rajevic, Enrique, “El Consejo para la Transparencia como ‘Administración Independiente’”, en Letelier, Raúl y Rajevic, Enrique (coords.), *Transparencia en la Administración Pública* (Legal Publishing), 2009, p. 236; García, William, Las omisiones de la reforma a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública [<https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=907443&Path=/oD/D8/>].

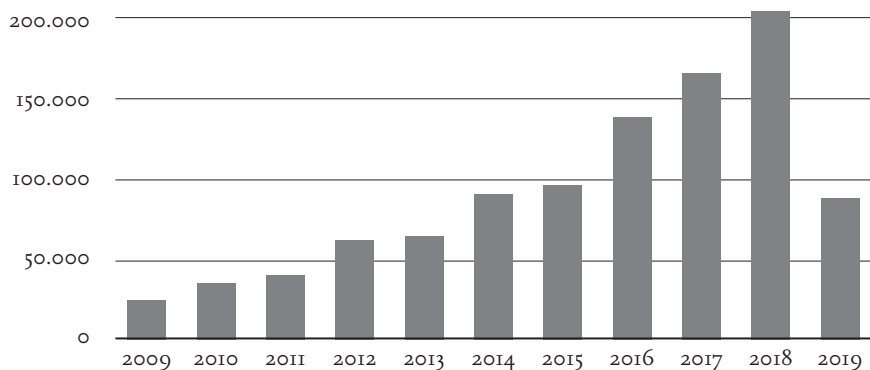
7 Valdivia, op. cit., p. 75.

8 Rajevic, op. cit., p. 237.

9 Es lo que pasó con el consejero Jorge Jaraquemada, quien fue presidente del Consejo en dos períodos: primero, entre abril 2013 y octubre 2014 y, segundo, entre abril 2019 y octubre 2020.

Las características de este estatuto condicionan ciertas prácticas al interior y al exterior del Consejo. Por ejemplo, García ha planteado que “la tutela de la transparencia está en manos de amateurs, de personas que no son profesionales de la Administración Pública y que trabajan part-time, porque su interés principal está en el sector privado”¹⁰. Lo que García destaca en breves líneas es una cuestión que se repite en las biografías de los consejeros y consejeras: mantener trabajos y posiciones en el sector privado y dedicar parcialmente su tiempo al trabajo del Consejo. Todas estas características explican en general los perfiles y trayectorias de los consejeros: suelen ser académicos o que trabajen –o hayan trabajado– en *think tanks* de partidos políticos¹¹. Es una consecuencia del estatuto de los consejeros.

Esta dedicación parcial y pago por sesiones estaba pensada para consejeros con baja dedicación. Sin embargo, a la fecha, se requiere considerar la evolución de la carga de trabajo del Consejo. Los datos obtenidos de diez años de solicitudes de acceso a la información y amparos resueltos, permiten observar cómo los volúmenes de trabajo han ido cambiando en el tiempo.



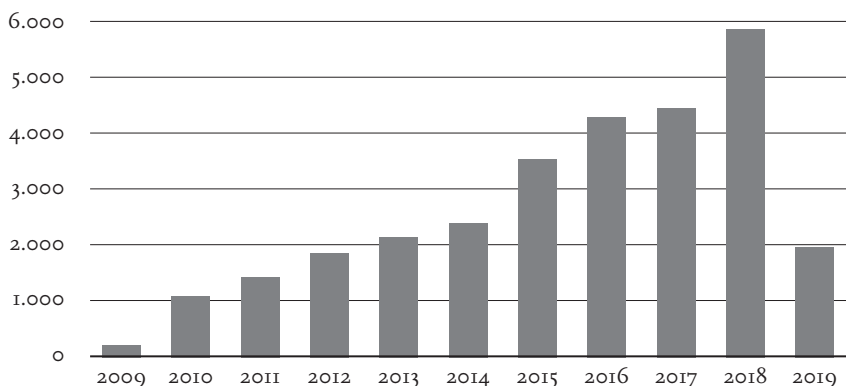
Cuadro No. 1: Número de solicitudes de acceso a la información pública 2009-2019. Fuente: Contreras (2020)¹².

¹⁰ García, op. cit.

¹¹ En la conformación actual del Consejo, los consejeros Francisco Leturia y Bernardo Navarrete son académicos de las universidades Católica de Chile y de Santiago de Chile, respectivamente. A su vez, la consejera Natalia González es directora de Asuntos Jurídicos y Legislativos de Libertad y Desarrollo y la actual presidenta del Consejo Directivo, Gloria de la Fuente, fue directora y presidenta de Chile 21, hasta antes de asumir la presidencia del Consejo. Sus biografías se encuentran disponibles en Cplt.cl, Consejo Directivo, 06 de agosto de 2021 [<https://www.consejotransparencia.cl/quienes-somos/consejo-directivo/>].

¹² Contreras, Pablo, “Changing the bench for a handshake: Litigation, administrative resolution and mediation in freedom of information complaints in Chile”, En Revista Brasileira de Políticas Públicas 10, 2020, p. 112. La información comprende 10 años, desde el 21.04.2009 hasta el 26.04.2019.

En el año 2009, las solicitudes de acceso no llegaron a las 25.000. A 2018, el sistema está lo suficientemente maduro para recibir más de 200.000 solicitudes. Otro tanto ocurre, con la resolución de amparos y reclamos por parte del Consejo. En el primer año de vigencia de la LT, el Consejo resolvió 274 casos, mientras que en 2018 falló 5.805 casos, lo que supone un aumento considerable en la carga de trabajo.



Cuadro No. 2: Número de amparos y reclamos resueltos por el Consejo, 2009-2019. Fuente: Contreras (2020)¹³.

Las cifras de expansión y de uso intensivo de la LT son un antecedente que requiere ser considerado en la transformación del gobierno del Consejo y del estatuto de los consejeros. Si bien algunos casos se estandarizan en la decisión, esta es la expansión sólo de la facultad resolutoria de casos del Consejo y no considera las demás atribuciones que además debe ejercer, particularmente, las facultades de fiscalizadora y sancionatoria.

2.2. Limitaciones en materia de transparencia

Con relación a las atribuciones, el Consejo es creado con una competencia circunscrita a la Administración del Estado. No existe un régimen integral de transparencia, con reglas uniformes para todos los órganos del Estado¹⁴.

¹³ Contreras, op. cit., p. 114. La información comprende 10 años, desde el 21.04.2009 hasta el 26.04.2019.

¹⁴ Camacho, Gladys, "El rol del Consejo para la Transparencia en la tutela del derecho de acceso a la información pública", en Revista de Derecho Público 74, (Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile), 2015, p. 217.

El ámbito de aplicación de la LT está especificado a través de distintos artículos y de dos textos legales: por un lado, la Ley No. 20285, sobre acceso a la información pública y que consta de diez artículos, y, por otro, la Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, establecida en el artículo primero de la Ley No. 20.285. La separación del artículo primero tiene un ámbito de aplicación circunscrito a la Administración. En el efecto, el art. 1° del art. primero de la LT, dispone que “[l]a presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”. El art. 2 especifica “La presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”. Por lo tanto, el Consejo fue creado para el *enforcement* de la LT sólo respecto de la Administración y nada más¹⁵.

Sus distintas atribuciones no alcanzan a los demás poderes del Estado – como el Congreso Nacional o el Poder Judicial– ni a los órganos constitucionales autónomos que la propia ley excluye¹⁶. Pese a que en un inicio se propuso establecer al Consejo como un órgano constitucional autónomo¹⁷ – para que pudiera ejercer sus competencias respecto del resto– la opción de la LT fue crear un órgano acentralizado¹⁸ e independiente, pero dentro de la Administración¹⁹. La discusión actual de ampliar la competencia del Consejo

15 Sin perjuicio de lo que puedan disponer otras leyes especiales posteriores a la LT, como los arts. 49 y 50 de la Ley No. 18.603 Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, reformada en 2016, o el art. 212°-2 de la Ley No. 20.936 Establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional.

16 Vial, Tomás, “La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: Esquema General y Regulación del Derecho de Acceso a la Información”, En *Anuario de Derecho Público* (Ediciones UDP), 2010, p. 116. Existen algunos órganos constitucionales autónomos que no fueron excluidos de la competencia del Consejo y a los que regularmente se le aplica la LT, como el Consejo Nacional de Televisión y el Servicio Electoral.

17 Ferreiro, Alejandro, “La importancia del Consejo para la Transparencia en el acceso a la información”, En *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae* 1 (Segunda época), (Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae), 2013, p. 76.

18 Rajevic, op. cit., p. 235.

19 Bermúdez, Jorge, *Derecho administrativo general* (Thomson Reuters), 2012, p. 343; Astudillo, Jorge, “Breve análisis comparativo entre la regulación del Consejo para la Transparencia (Chile) y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (España)”, En *Revista Española de la Transparencia* 12, 2021, p. 149.

a otros órganos estatales, como veremos, está soterradamente cruzada por el rediseño de la estructura de gobierno de la institución.

Por último, cabe señalar que el ámbito de aplicación de la LT siempre ha estado circunscrito a los órganos del Estado. Sin embargo, la reforma a la LT plantea una ampliación en esta materia: la inclusión de obligaciones de transparencia activa respecto de entidades privadas, sin fines de lucro, que reciben fondos públicos. Esta ampliación, como se revisará, también obliga repensar el diseño del gobierno de la institución y las características del estatuto de los consejeros.

2.3 Limitaciones en materia de protección de datos

En materia de protección de datos personales, la LT contiene una vaga regla respecto de las atribuciones del Consejo. El art. 33, letra m) establece que es atribución del Consejo el “[v]elar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado”.

Esta norma no tiene mayores debates doctrinales o jurisprudenciales. La Contraloría General de la República ha interpretado que “la ley junto con conferir al Consejo para la Transparencia atribuciones para fiscalizar el cumplimiento de la Ley de Transparencia, le encomienda expresamente la función de velar por la reserva de los datos personales por parte de los órganos de la Administración del Estado y por el cumplimiento de la [LPVP], para lo cual lo habilita para recabar toda la información necesaria al efecto”²⁰.

Conforme al dictamen citado, la atribución permite efectuar actividades de auditoría y la “instrucción de procedimientos tendientes a la obtención de la información que requiera”, y que el Consejo puede “decidir sobre los medios o instrumentos idóneos” para el fin de velar por la reserva de los datos personales de la LPVP, respecto de los órganos de la Administración²¹. Lo que está claro es que el Consejo carece de atribuciones sancionatorias, en materia de protección de datos personales, tanto respecto de los órganos de la Administración (y del resto del Estado), como respecto de particulares²².

20 CGR, Dictamen No. 021167-19 (12.08.19).

21 CGR, Dictamen No. 021167-19 (12.08.19).

22 Jijena, Renato, “Informe Jurídico. Regulación jurídica de los sistemas de tratamiento de datos personales al interior de la Administración del Estado, y su armonización con la Ley 20.285 sobre transparencia y acceso a la información de los servicios públicos”, 2009. Disponible en https://archives.cplt.cl/transparencia_activa/RESPUESTASAI/S313.pdf [última visita efectuada: 16.12.20], p. 187; Álvarez, Daniel, “Acceso a la información pública y protección de datos personales. ¿Puede el Consejo para la

El proyecto de reforma a la LPVP cambia radicalmente esto. Se trata de una iniciativa legal que busca radicar en el Consejo todas las atribuciones de una autoridad de control en materia de protección de datos personales, incluyendo específicamente facultades resolutorias en procesos de *habeas data*, facultades fiscalizadoras respecto de cualquier clase de responsables de tratamiento de datos personales²³ y las potestades sancionatorias por infracción a la ley.

3. La reforma del Consejo y sus posibilidades

A más de diez años de la LT y más de veinte años de la LPVP, el diseño del Consejo y su gobierno está agotado y actualmente bajo redefinición legislativa. Sin embargo, de las iniciativas legales de reforma, no es claro de qué forma se debe enfrentar la modificación de la institución, su órgano de conducción y liderazgo o el estatuto que debe regir respecto de sus consejeros.

Tanto la reforma a la LT, como la reforma a la LPVP, plantean cambios al Consejo. Estas modificaciones intentan superar las deficiencias del modelo original, de cara a las nuevas atribuciones que se le entregan, la explosiva demanda de casos, nuevas exigencias de integridad y especialización de los consejeros para enfrentar sus tareas, entre otras razones. En el caso de la reforma a la LPVP, además, existe un condicionante internacional: si la opción de radicar las atribuciones de protección de datos personales se consolida respecto del Consejo, la modificación de la institucionalidad debiese satisfacer las exigencias de una autoridad de control independiente, conforme al Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea²⁴.

En el siguiente cuadro, se sistematizan las reformas propuestas al Consejo de ambos proyectos de ley.

Transparencia ser la autoridad de control en materia de protección de datos?”, En Revista de Derecho 23, (Universidad Católica del Norte), 2016, p. 70, n/p 60.

23 Con una salvedad: el art. 55 del proyecto de reforma a la LPVP establece que, respecto de los órganos constitucionalmente autónomos –el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Banco Central y la Justicia Electoral– corresponderá “a los órganos internos de las instituciones y organismos [...] ejercer las funciones y adoptar las decisiones que esta ley encomienda al Consejo para la Transparencia y la Protección de Datos Personales”. Es decir, la competencia del Consejo en la reforma a la LPVP no abarca a todos los órganos estatales, sino que principalmente a la Administración del Estado.

24 “Artículo 52. Independencia. 1. Cada autoridad de control actuará con total independencia en el desempeño de sus funciones y en el ejercicio de sus poderes de conformidad con el presente Reglamento.”

Criterio	Reforma a la LPVP (Boletín 11.144-07)	Reforma a la LT (Boletín 12.100-07)
Número de consejeros	Cinco.	No innova (cuatro consejeros).
Elección del Presidente	Presidente de la República nombra.	No innova (elegido entre sus miembros).
Especialización de consejeros	Dos candidatos con especialización en datos personales y dos en transparencia.	No innova (sin regla especial).
Duración en el cargo	6 años, sin reelección.	No innova (6 años, reelegibles por 1 período adicional).
Dedicación	Exclusiva y con jornada ordinaria.	No innova (no es exclusiva, sin jornada definida y pago por sesión, salvo el Presidente del Consejo).
Remuneración	Presidente del Consejo: dieta de subsecretario de Estado. Consejeros: 75% de la remuneración del Presidente del Consejo del Consejo.	No innova (Presidente del Consejo: dieta de subsecretario de Estado. Los demás consejeros: 15UF por sesión con un máximo de 100UF).
Director general	Se elimina la figura y Presidente del Consejo asume funciones.	Se establece un nuevo deber de implementar las obligaciones de transparencia dentro del Consejo.
Requisitos para ser consejero	No haber sido condenado en pena aflictiva y en otros delitos. No ser dependiente de sustancias ilícitas. No haber sido sancionado por infracción gravísima en materia de datos personales. No haber sido gerente o directo de empresa con giro comercial de tratamiento de datos por 1 año	No innova.
Incompatibilidades	Amplía la regla incorporando nuevos cargos públicos y autoridades; empleos o funciones remuneradas con fondos públicos. Fija regla de tareas docentes. Agrega incompatibilidad con cargos o servicios del sector privado. Crea prohibición para parientes en empresas que tratan datos personales.	Amplía la regla incorporando nuevos cargos públicos y autoridades.
Cesación en el cargo	No innova.	Agrega dos causales (falta grave a la probidad y contravenir la atribución de velar por la reserva de información secreta).

Cuadro No. 3: Contenido de las reformas propuestas al Consejo para la Transparencia. Fuente: Elaboración propia, con base en los boletines 11.144-07 y 12.000-07

3.1 La reforma del Consejo en función de la modificación de la LPVP

La reforma a la LPVP es el proyecto de ley más ambicioso en la reestructuración del Consejo. Las principales características de las modificaciones podrían resumirse de la siguiente forma.

Primero, se altera la composición del Consejo, sumando un miembro, y quedando conformado por cinco consejeros. Con la introducción de un consejero adicional, se soluciona el problema de los empates y ya no es necesario recurrir al voto dirimente del presidente del Consejo para esos casos. Sin embargo, el presidente del Consejo deja de ser escogido por sus pares y pasa a ser nombrado por el Presidente de la República. Esta regla, al parecer, debe su inspiración al diseño de la Comisión para el Mercado Financiero. En efecto, la Ley No. 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero, dispone que su Consejo está integrado por cinco miembros. Su presidente es un comisionado designado por el Presidente de la República, mientras que los demás son designados por el Presidente de la República, previa ratificación del Senado por los cuatro séptimos de sus miembros en ejercicio (art. 9 Ley No. 21.000).

Sin embargo, existen diferencias. En la reforma a la LPVP, el Presidente de la República no designa por sí, y sin intervención del Senado, al presidente del Consejo. Todos los consejeros del Consejo deben ser nombrados con el acuerdo de los dos tercios de los senadores en ejercicio. Por lo tanto, la facultad del Presidente de la República sólo se puede ejercer respecto de los consejeros en funciones, es decir, ratificados por el Senado. De igual forma, la designación del presidente del Consejo es de crucial relevancia para el tipo de funcionamiento que está diseñado en la reforma a la LPVP, como se revisa luego.

En segundo lugar, se fortalece el estatuto de los consejeros, con el objeto de lograr especialización e independencia. En materia de perfiles de profesionalización, se establece que al menos dos candidatos a consejeros deben contar con especialización en protección de datos personales y autodeterminación informativa y al menos dos en transparencia y acceso a la información pública²⁵. Esta exigencia es coherente con el modelo de funcionamiento que propone esta reforma y se revisa luego. Además de lo anterior, se fija una serie de reglas que fortalecen la independencia de los consejeros: se establece

²⁵ Art. 36, inc. 4° LT, propuesto en la reforma LPVP.

“A lo menos 2 de los candidatos a consejero deberán ser personas de reconocido prestigio profesional o académico en materias de datos personales y 2 candidatos a consejero deberán ser personas de reconocido prestigio profesional o académico en materias de transparencia y acceso a la información pública”.

la dedicación exclusiva en la función y una jornada ordinaria para los consejeros, se elimina la posibilidad de reelección en el cargo, se reemplaza la remuneración por sesiones para tener una de carácter fijo y se amplían considerablemente las reglas de incompatibilidades, especialmente respecto del sector privado²⁶. Este estatuto tiene una ventaja de profesionalizar a las autoridades a cargo del Consejo y de garantizar reglas que permitan ejercer el cargo con mayores niveles de independencia que los que actualmente tienen. Sin embargo, desde el punto de vista de las reglas de probidad, carece de una prohibición post empleo, con el objeto de evitar la denominada “puerta giratoria” entre el órgano fiscalizador y los entes sometidos a su supervisión (especialmente considerando el tipo de empresas o responsables del tratamiento de datos personales que deberán fiscalizar).

En tercer término, todavía se discute cómo fijar la forma de funcionamiento del Consejo. En una primera versión del proyecto, se proponía que el Consejo funcionará en salas especializadas, cada una integrada por dos consejeros más el presidente del Consejo (art. 33 bis LT en la indicación original del Ejecutivo). Una sala con dos consejeros con trayectoria en materia de protección de datos, más el presidente del Consejo y otra sala con dos consejeros especializados en materia de transparencia, junto al mismo presidente. En el proyecto aprobado por la Comisión de Constitución del Senado, esta división especializada del trabajo en salas se suprime (aunque nada impediría que el Consejo, de forma interna, se organice de esa forma, aunque la decisión final debería pasar por el Consejo Directivo). La división y especialización puede determinar el tipo de autoridad de control. Si es en sala, al interior del Consejo habría una separación funcional relevante y el voto del presidente no determina la decisión –de acuerdo a su especialización profesional–. Si es en pleno –como quedaría en el proyecto, dado su actual trámite– el presidente juega un rol pivotal relevante, si es que se alinean los consejeros de transparencia, por un lado, y los de protección de datos, por el otro.

²⁶ Art. 37, inc. 4° y ss. LT, propuesto en la reforma LPVP.

“Asimismo, el cargo de consejero es incompatible con el desempeño de todo otro cargo o servicio, sea o no remunerado, que se preste en el sector privado. De igual forma, es incompatible con todo otro empleo o servicio retribuido con fondos fiscales o municipales, y con las funciones, remuneradas o no, de consejero, director o trabajador de instituciones, organismos autónomos nacionales o extranjeros, empresas del Estado y en general, de todo servicio público creado por ley, como asimismo, de empresas, sociedad o entidades públicas o privadas en que el Estado, sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas, tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción o, en las mismas condiciones, representación o participación. También es incompatible con cualquier otro servicio o empleo remunerado o gratuito en otros poderes del Estado.[...] El cónyuge o conviviente civil de cualquiera de los consejeros y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad inclusive, no podrán ser director ni tener participación en la propiedad de una empresa cuyo objeto o giro comercial verse sobre recolección, tratamiento o comunicación de datos personales”.

Las modificaciones al Consejo Directivo propuestas por la reforma a la LPVP transforman considerablemente al órgano de gobierno del Consejo. Sumar un consejero permite aminorar el carácter binominalizado de la institución. Pero el rol del presidente del Consejo Directivo cambia considerablemente: si antes tenía el voto dirimente, ahora es un integrante de un pleno dividido por consejeros de duplas especializadas. Además, a diferencia de lo que actualmente dispone la LT, el presidente del Consejo es nombrado por el Presidente de la República. Si bien actualmente es una presidencia rotativa y forzosamente consensuada por la duración del mandato, la designación del presidente del Consejo no pasa por la intervención de una autoridad externa a la institución. Desde este punto de vista, sería recomendable seguir fortaleciendo la independencia institucional y evitar la injerencia externa en la designación del presidente del Consejo Directivo.

Por otro lado, el estatuto de los consejeros es sumamente robusto, de cara a garantizar la independencia de estas autoridades y precaver conflictos de intereses. A diferencia del Consejo actual, el cargo de consejero es reformulado integralmente, se explicita la dedicación exclusiva junto con una remuneración fija –que no depende de la asistencia a sesiones– y se establecen exigentes requisitos e incompatibilidades para el cargo. Este estatuto es idóneo para tener un Consejo que pueda fiscalizar y sancionar, con independencia, tanto a entes públicos como privados. Al ampliarse el universo de sujetos sometidos a la supervisión del Consejo, es necesario que el estatuto de los consejeros permita ese ejercicio independiente del cargo.

Finalmente, al establecer exigencias de especialización en materias de datos personales o transparencia, el rol del Presidente del Consejo cambia. Deja de tener un voto dirimente pero, en el caso que los consejeros se dividan en el eje transparencia/datos personales –en función de sus trayectorias y especialidades–, entonces su voto pasa a ser clave en la decisión del caso.

3.2 La reforma del Consejo en función de la modificación de la LT

En el mensaje original de reforma a la LT, el Presidente de la República no efectuaba cambio alguno al Consejo Directivo. Esto se explicaba, en parte, porque las modificaciones estructurales se encuentran en la reforma a la LPVP. Por lo tanto, en la tramitación de la reforma a la LT, las autoridades del Ejecutivo se remitían al otro proyecto de ley.

Sin embargo, en el primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, surgió rápidamente la necesidad de ajustar el Consejo Directivo

del Consejo para la Transparencia. Las ampliaciones de competencias que se proponen, en materia de transparencia, inevitablemente derivaron en una discusión sobre el tipo de órgano encargado de supervisar el cumplimiento de la LT. Dos tipos de ampliaciones son significativas. En primer término, los órganos autónomos constitucionales pasan a ser sujetos obligados, bajo la supervisión del Consejo, respecto de obligaciones de transparencia activa²⁷. En segundo lugar, la ampliación de la competencia del Consejo respecto de entidades privadas transforma a una institución cuya parcela de poder se limitaba al sector público²⁸. En particular, respecto de personas jurídicas sin fines de lucro que “reciban transferencias de fondos públicos que, en su conjunto, asciendan a una cantidad igual o superior a 1.500 unidades tributarias mensuales, representativas de, al menos, un tercio de su presupuesto anual del año calendario inmediatamente anterior”. Ambas innovaciones impactan en la arquitectura original de la LT, en donde la competencia del Consejo se encuentra restringida a los órganos de la Administración del Estado.

Estas ampliaciones revivieron debates sobre el estatus del Consejo y su autonomía, especialmente porque el Tribunal Constitucional interpretó, en su momento, que dicha institución no podía dictar instrucciones generales

27 El proyecto de reforma a la LT elimina la frase “órganos de la Administración” para ampliar la supervisión de las obligaciones de transparencia activa, por parte del Consejo, respecto de cualquier órgano del Estado.

28 Art. Décimo Tercero LT, propuesto en la reforma LT.

“Las personas jurídicas sin fines de lucro que reciban transferencias de fondos públicos que, en su conjunto, asciendan a una cantidad igual o superior a 1.500 unidades tributarias mensuales, representativas de, al menos, un tercio de su presupuesto anual del año calendario inmediatamente anterior, deberán mantener a disposición permanente del público, en forma completa, actualizada y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito, la siguiente información:

1. Estatutos de la organización.
2. Miembros del directorio, organigrama y principales cargos ejecutivos de la organización.
3. Resumen de las actividades realizadas por la organización durante el año inmediatamente anterior a la fecha de publicación.
4. Cuadro de ingresos y gastos, con indicación expresa de los periodos en que la organización ha recibido, o no, ingresos.
5. El presupuesto y fuentes de financiamiento de la organización, con especificación de la procedencia de los recursos y del porcentaje de dicho presupuesto que corresponde a los montos recibidos mediante transferencias de fondos públicos.
6. Comodatos o concesiones de espacios públicos.

[...] Cuando se trate de una segunda infracción, el Consejo para la Transparencia deberá aplicar una multa que no podrá ser superior al 10 por ciento del monto total de transferencias de fondos públicos que el infractor haya recibido en el año inmediatamente anterior, la que podrá ser de hasta el 20 por ciento para el caso de cada reincidencia.

La falsificación intencional de información será sancionada con la prohibición de acceder a recursos públicos y/o emitir certificados de donación para exenciones tributarias.”

respecto de órganos constitucionalmente autónomos²⁹. Pero, además, la incorporación de sujetos privados bajo la supervisión del Consejo lleva a plantearse respecto del régimen y reglas aplicables a los consejeros.

El proyecto de reforma LT fue objeto de indicaciones para ajustar algunas piezas del gobierno corporativo del Consejo. Tres cambios se introdujeron: se amplió la regla de incompatibilidades del cargo de consejero con otros cargos públicos³⁰, se sumaron dos causales de cesación en el cargo³¹ y se estableció un deber expreso del director general del Consejo de implementar las obligaciones de transparencia y acceso a la información pública de la institución³².

Comparado con las propuestas de reforma a la LPVP, se trata de cambios marginales y que no modifican las estructuras básicas del Consejo Directivo e impiden salvar las críticas que pesan sobre este órgano colegiado. Es efectivo que los diputados carecen de iniciativa legislativa para cambios más profundos –como la creación de uno o más cargos de consejeros o el cambio de la dieta actual– pero sí podrían robustecer las reglas de dedicación exclusiva y de prohibición post empleo. Es decir, las modificaciones introducidas en la reforma a la LT no alteran la integración par, la falta de especialización exigida para los consejeros, no incorporan la dedicación exclusiva ni una dieta fija, ni adoptan nuevos requisitos para el cargo. Además, pese a que aumentan las incompatibilidades, éstas se siguen circunscribiendo a órganos del Estado, aún cuando el proyecto de reforma a la LT amplía las competencias del Consejo a

29 STC R. 1051. Sobre el alcance de esta sentencia, véase a Vial, op. cit., pp. 116 y ss. (El Tribunal Constitucional entiende que “los demás poderes y órganos constitucionales autónomos no pueden estar sujetos al control de un órgano parte o dependiente de la Administración como lo sería el Consejo para la Transparencia”).

30 Se propone la modificación del inciso segundo del art. 37 LT, por el siguiente: “Los cargos de consejeros son incompatibles con los de ministros de Estado, subsecretarios, delegados presidenciales regionales, delegados presidenciales provinciales y gobernadores regionales; alcaldes y concejales; consejeros regionales; Secretario General del Senado y Secretario General de la Cámara de Diputados; miembros del Escalafón Primario del Poder Judicial y el Director de la Corporación Administrativa del Poder Judicial; secretario y relator del Tribunal Constitucional; fiscales del Ministerio Público y Director Ejecutivo del Ministerio Público; miembros del Tribunal Calificador de Elecciones y su secretario-relator; miembros de los tribunales electorales regionales, sus suplentes y sus secretarios-relatores; miembros de los demás tribunales creados por ley; Contralor, Subcontralor y Secretario General de la Contraloría General de la República; consejeros del Banco Central y su Gerente General; miembros del Consejo Directivo del Servicio Electoral y el Director Nacional del Servicio Electoral; funcionarios de la Administración del Estado; y, miembros de los órganos de dirección de los Partidos Políticos.”

31 Agregando las letras e) y f) en el art. 38 LT: “e) Contravención grave del principio de probidad en el ejercicio de la función pública, en conformidad a esta ley. f) Contravención de lo establecido en la letra j) del artículo 33 de esta ley.”

32 Agregando una nueva letra g) a las atribuciones del Director del Consejo, establecidas en el art. 42 LT: “g) Implementar el principio de transparencia de la función pública y el acceso a la información en el Consejo para la Transparencia.”

entidades privadas. ¿Cómo entender que la reforma a la LT siga avanzando sin cambios significativos a la estructura del Consejo Directivo?

3.3. ¿Cuerdas separadas? La opción legislativa de reforma del Consejo

La reforma al órgano de gobierno del Consejo está cruzada por dos mensajes del Ejecutivo, con reglas distintas previstas para el Consejo Directivo y sus integrantes y con diversos niveles de avance legislativo. Como es posible advertir de la comparación que brinda el cuadro No. 3, el peso de la modificación del Consejo Directivo está en la reforma a la LPVP, que todavía se encuentra en primer trámite legislativo en el Senado. Los cambios propuestos en la reforma a la LT, en cambio, son marginales, pero se trata del proyecto de mayor avance, ahora en segundo trámite legislativo.

Este escenario requiere evaluar si hay una estrategia legislativa clara para enfrentar el cambio y ampliación de competencias que se están proyectando para el Consejo. Las reformas al Consejo Directivo están distribuidas en dos proyectos, de manera asimétrica y sin un principio unificador o coherente, en el rediseño institucional del órgano de gobierno, respecto de las nuevas atribuciones que se le confieren al Consejo. Al tratarse de dos iniciativas de ley del Presidente de la República, sólo el Ejecutivo puede coordinar la estrategia legislativa de reforma al Consejo. ¿Cuál debiera ser el eje?

Las críticas al Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, expuestas en *supra* §2, permiten orientar su reforma –y esto con independencia si se opta por entregar las atribuciones y competencias en materia de *enforcement* de protección de datos personales–. El modelo de consejeros *part-time* o “amateurs” –como los describe García³³–, es insostenible, por un lado, con la actual demanda del sistema de transparencia y acceso a la información pública y, por el otro, especialmente si se amplía y profundizan las competencias de transparencia respecto de los órganos constitucionales autónomos y entidades privadas. El estatuto de consejeros es precario y no garantiza adecuada independencia. Si además se agrega una estructura colegiada “binominalizada” que distribuye el voto dirimente del Presidente en el tiempo, no es razonable mantener esta estructura de gobierno en un órgano que debe fiscalizar –con garantías de independencia y bajo criterios técnicos– a todos los órganos del Estado (al menos respecto de los deberes de transparencia activa).

33 García, op. cit.

Si se decide perseverar en dotar de competencias de protección de datos personales al Consejo para la Transparencia, entonces el ajuste del gobierno corporativo que propone la reforma a la LPVP es un buen punto de partida que podría complementarse con las modificaciones de la reforma a la LT (en materia de causales de cesación en el cargo y las agregaciones a la regla de incompatibilidad). Sin embargo, en ambos proyectos de reforma se omite una regla de prohibición post empleo (o de freno a la “puerta giratoria” entre regulador y regulado). En este punto, si bien el proyecto de reforma a la LPVP sigue de cerca el modelo de la CMF, llama la atención que no incorpore un equivalente al artículo 29 de la Ley 21.000:

“Una vez cesados en sus cargos, y por el plazo de seis meses, tanto los excomisionados como los exfuncionarios de la Comisión no podrán prestar ningún tipo de servicio, sea de forma gratuita o remunerada, ni adquirir participación en la propiedad de entidades respecto de las cuales, dentro de los doce meses anteriores al cese en sus funciones, hayan, de forma específica, personal y directa, emitido actos, resoluciones o dictámenes; participado en sesiones del Consejo en las que se hubiere adoptado algún acuerdo o resolución a su respecto; o hayan intervenido en los procedimientos administrativos, finalizados o no, que produjeron o producirán dichos actos administrativos [...]”

Una regla de este tipo precave la captura regulatoria y fortalece la integridad de la decisión del órgano público, en pos del interés público de su actuar³⁴. Nuevamente, este tipo de mejora en la estructura de gobierno del Consejo es recomendable cuando se amplían las competencias de transparencia respecto de privados, como en el caso de la reforma a la LPVP, en donde un universo importante de sujetos obligados son los privados responsables del tratamiento de datos personales.

4. Algunas conclusiones

A partir de la revisión de los principales contenidos de los proyectos de reforma aquí expuestos, no es posible explicar con claridad la opción legislativa del

³⁴ Che, Yeon-Koo, “Revolving doors and the optimal tolerance for agency collusion”, En *RAND Journal of Economics* 26(3), 1995; p. 23. Barkow, Rachel E., “Insulating agencies: Avoiding capture through institutional design”, En *Texas Law Review* 89, 2010, p. 23.

Presidente de la República, respecto al cambio de la estructura del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia. La reforma del Consejo Directivo descansa, sustantivamente, en la reestructuración que se hace con fines de cambiar la naturaleza del órgano a una autoridad de protección de datos personales. Por ello, la reforma a la LPVP es la que contiene las propuestas centrales de cambio del órgano de gobierno del Consejo. Sin embargo, y de forma paralela, el Ejecutivo está modificando el alcance de las competencias del Consejo en materia de transparencia y acceso a la información en el proyecto de reforma a la LT, sin una modificación de la estructura del Consejo Directivo, sólo marginalmente forzada por indicaciones de diputados. Ambas iniciativas debiesen responder a un diseño coherente que consolide la independencia institucional, favorezca la especialización funcional y refuerce la autonomía de los consejeros en su estatuto de autoridad.

Si los proyectos siguen avanzando a ritmos distintos, con diferentes grados de consenso sobre las misiones que debe cumplir el Consejo para la Transparencia, entonces es altamente probable que se alcancen resultados contradictorios entre las reformas de transparencia y protección de datos personales. En este punto, es recomendable explicitar las prioridades de la política pública, fijar con claridad los fines de las reformas y proponer un rediseño del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia que se encuentre alineado con estos objetivos y sea coherente para fortalecer la institución. De lo contrario, se corren riesgos de reformar un Consejo que no pueda cumplir adecuadamente sus nuevas tareas, manteniendo los déficits originales en su diseño.

NUEVA LEY DE MIGRACIONES Y SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ¿HASTA DÓNDE LLEGA LA PROTECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN CUANDO SE ES MIGRANTE EN CHILE?

*Martín Canessa Zamora*¹

*Tomás Greene Pinochet*²

*Francisca Vargas Rivas*³⁻⁴

Resumen

El presente trabajo analiza algunos aspectos de las dos sentencias del Tribunal Constitucional que se dictaron en el marco del control preventivo de la nueva Ley de Migración y Extranjería chilena, correspondiente a los roles 9930-2020 y 9939-2020. Se plantea que el Tribunal Constitucional logra efectivamente mejorar, desde una visión de protección de derechos fundamentales, el proyecto de ley; pero que no aborda, en verdad, el fenómeno de la movilidad humana desde el reconocimiento, protección y promoción íntegros de estos derechos de las personas extranjeras, admitiendo tácitamente la existencia de un trato diferenciado entre personas nacionales y extranjeras.

1. Un “enfoque de derechos” que reprueba el examen de constitucionalidad

Hasta el año 2021, Chile tenía la ley de migraciones más antigua de toda la región. Durante el primer mandato del Presidente Sebastián Piñera se presentó un proyecto de ley de migración y extranjería (Boletín 8970-06), con el objetivo de actualizar nuestra normativa migratoria, el cual fue objeto de diversas críticas por mantener la seguridad nacional como foco para el abordaje del fenómeno

¹ Abogado. Docente en Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Abogado de la Clínica Jurídica de Atención a Migrantes de la Universidad Alberto Hurtado.

² Abogado, magíster en Derecho (LLM) con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Jefe del Área Jurídica de la Fundación Servicio Jesuita a Migrantes.

³ Abogada, magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional, Universidad Diego Portales. Docente y Directora de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados, Universidad Diego Portales.

⁴ Agradecemos el apoyo de las ayudantes de investigación Daniela Cerón y Nadia Marchant, quienes contribuyeron enormemente con los insumos para el presente trabajo.

migratorio⁵. El proyecto, que ingresó en junio de 2013, se mantuvo sin movimientos entre 2014 y 2018, cuando fue impulsado nuevamente y sufrió algunos cambios en relación con la primera versión, en virtud de diversas indicaciones.

La tramitación del proyecto, que gozó de urgencia por parte del Ejecutivo, no estuvo exenta de críticas, especialmente por parte de organizaciones de la sociedad civil. Preceptos importantes de la normativa fueron objeto de intensa discusión (como la prohibición de cambio de calidad migratoria, una posible visa de oportunidades laborales en frontera que fue rechazada por votación estrecha y las normas sobre regularización extraordinaria) y varios terminaron siendo discutidos en una Comisión Mixta. Finalmente, el proyecto fue despachado por el Congreso el 15 de diciembre de 2020.

Un día antes de su despacho, un grupo de 41 diputadas y diputados presentó un requerimiento de inconstitucionalidad, impugnando 14 preceptos del entonces proyecto de ley. El 29 de enero de 2021 – luego de haber recibido alegatos de los diputados y del Gobierno, diversos escritos de *amicus curiae* y argumentos de la sociedad civil en audiencias públicas – el Tribunal Constitucional dictó sentencia bajo el rol 9930. En ella, declaró inconstitucionales 7 de los 14 preceptos impugnados, 5 de los cuales se corresponden exactamente con lo solicitado por los requirentes. Así, fueron declaradas inconstitucionales las siguientes disposiciones:

a. La expresión “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular”, contenida en el inciso 2° del artículo 27, referido a los motivos para imponer un requisito de visa consular de turismo a los nacionales de un determinado Estado. Estuvieron por acoger el reclamo las ministras y ministros Aróstica, García, Letelier, Pozo, Vásquez, Silva y Pica. Por el rechazo, Brahm, Romero y Fernández.

b. La segunda parte del inciso 8° del artículo 117, referida a la sanción a empleadores reincidentes en la contratación de trabajadores sin autorización para desarrollar actividades remuneradas. Estuvieron por acoger las ministras y ministros Brahm, Aróstica, Romero, Letelier, Vásquez y Fernández. Votaron por el rechazo García, Pozo, Silva y Pica⁶.

5 Olea, Helena, *Refugiados en Chile: análisis de la Ley 20.430 y su reglamento* en Coddou, Alberto (ed.), *Informe anual 2012*, (Universidad Diego Portales), 2012, pp. 111-130.

6 Esto, en línea con la jurisprudencia que el Tribunal ha desarrollado respecto de la sanción accesoria de

c. El artículo 132 íntegramente, referido al retorno asistido de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) que ingresaran al país sin cumplir con los requisitos legales. La votación por acoger fue unánime.

d. La frase “por un plazo que no puede ser superior a setenta y dos horas” del inciso 1° y la expresión que va desde “el afectado por una medida” y hasta “Posteriormente,” del inciso 2°, ambas del artículo 135, relativo al plazo para mantener privadas de libertad a las personas extranjeras que son sometidas a procedimientos administrativos de expulsión. La votación respecto de la expresión del inciso 1° fue unánime. Respecto del inciso segundo, solamente votó por rechazar la impugnación el ministro Aróstica.

e. El inciso 4° del artículo 137, en la frase “podrá ser de hasta treinta años”, referente a prohibición de ingreso fijada por el Subsecretario del Interior al momento de disponer la expulsión del territorio nacional de personas extranjeras por razones calificadas. Estuvieron por acoger las ministras y ministros Aróstica, García, Pozo, Vásquez, Silva y Pica. Por rechazar, Brahm, Romero, Letelier y Fernández.

f. La segunda parte del inciso 1°, que va desde la expresión “La pérdida de la categoría migratoria de residente” y hasta el punto final, junto con el inciso 2°, ambos del artículo 175 sobre avecindamiento relacionado con el derecho a sufragio de las personas extranjeras. Respecto del inciso primero, sólo votó por el rechazo el ministro Aróstica. Respecto del segundo, los ministros Aróstica y Letelier.

g. El numeral 17° del artículo 176, que intercala en el Decreto Ley N°321 de 1925, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, un artículo 2° bis nuevo, que restringía el derecho de las personas extranjeras a optar a este beneficio en ciertos casos. Respecto de los incisos primero y segundo del nuevo artículo 2°bis, votaron por acoger Brahm, García, Letelier, Vásquez, Silva, Fernández y Pica; y por rechazar, Aróstica, Romero y Pozo. En el caso del inciso tercero, sólo estuvo por el rechazo el ministro Juan José Romero.

prohibición de contratación con el Estado contenida en el artículo 4° de la Ley N°19.886. La sentencia inaugural de esta jurisprudencia se encuentra en el rol N°3570. Para fallos más recientes, con la integración actual del Tribunal (y el 6-4 recurrente en la materia), véase a modo ejemplar el rol N°8294.

En paralelo al requerimiento del grupo de diputadas y diputados, el proyecto también fue remitido al Tribunal Constitucional para que ejerciera control preventivo obligatorio de constitucionalidad respecto del artículo 142 del proyecto de ley, referido al recurso judicial para impugnar medidas de expulsión. Así, el 1 de abril de 2021 el Tribunal dictó sentencia en la causa rol 9939, resolviendo que el artículo en cuestión adolecía de inconstitucionalidades relativas al artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental (lo que será abordado en profundidad en el cuerpo de este trabajo). Asimismo, se pronunció sobre otros artículos que abordaban materias propias de una ley orgánica constitucional – los artículos 169, 175 inciso primero, primera parte y 176 N°1 y 13, del proyecto – declarándolos constitucionales.

La ley fue finalmente publicada el 20 de abril del año en curso, con el número 21.325.

2. Un control de constitucionalidad de exigencia variable. Dificultades para analizar las sentencias en comento.

Ambas sentencias del Tribunal Constitucional constituyen una mejora al proyecto de ley, específicamente a su deficiente “enfoque de derechos”. En efecto, el sustento de la declaración de inconstitucionalidad de cada uno de los 7 preceptos nombrados fue la vulneración de derechos fundamentales. Así, la ley publicada es *más respetuosa* de los derechos de las personas migrantes que lo que proponía el proyecto.

Con todo – y a pesar del efecto positivo que las sentencias del Tribunal tienen sobre el resultado final de la tramitación legislativa – nos parece que no representan un avance sustantivo en materia de reconocimiento y protección constitucional de los derechos de las personas migrantes, ni un precedente particularmente memorable, salvo declaraciones aisladas. Ello, en un doble sentido.

Por un lado, la sentencia del Tribunal Constitucional fue pronunciada con alta dispersión de votos. Así, la expresión del parecer de la mayoría (redactada por los ministros García y Letelier, con evidentes desacuerdos) es seguida por una serie de prevenciones y disidencias, algunas de carácter general y otras más particulares. Es difícil establecer criterios comunes, incluso en las declaraciones de inconstitucionalidad que gozaron de unanimidad (como los artículos 132, 135 y 142 del proyecto), toda vez que las ministras y ministros parten su análisis de marcos doctrinarios completamente diferentes. Este artículo intentará abordar el problema, dibujando líneas comunes donde las haya y mostrando las divergencias donde no.

Por otro lado, la dispersión de votos y la diferente configuración de mayorías para uno y otro precepto, llevó a que a lo largo de la sentencia se aplicaran controles de muy diversa intensidad. Así, por ejemplo, veremos que al estar en juego los derechos de NNA, la mayoría del Tribunal Constitucional aplicó una exigencia de suficiente densidad normativa coherente con el criterio jurisprudencial y doctrinario desarrollado en otras sentencias, a propósito de la igualdad y la reserva legal. En cambio, respecto de prohibiciones de ingreso (artículo 33) o causales indeterminadas de expulsión (artículo 133), se rehusó a utilizar el mismo estándar de control. Por el contrario, en el análisis de estas y otras normas, la mayoría del Tribunal pareciera haber hecho suya la visión securitista expresada por legislador frente a las migraciones.

Incluso existen contradicciones entre los considerandos introductorios que, en teoría, se proponen expresar un parecer común como punto de partida para el examen posterior, y las argumentaciones que le siguen. Así, por ejemplo, se afirma la igual dignidad y goce de derechos fundamentales de todas las personas, incluidas las extranjeras, enfatizando el uso de esta voz en lugar de “todos los habitantes” (STC 9930, cc. 6°, 10°, 11°), inclusive la libertad personal (cc. 16° a 21°). Pero luego, en abierta oposición, se resuelve que la titularidad del derecho a la libre circulación está sujeta al “ingreso legal” al país (c. 26°). Este tipo de problemas se replica a lo largo de diversos capítulos de la larga sentencia.

En este sentido, nos parece que la reticencia del Tribunal Constitucional de aplicar, de manera pareja y consistente, un estándar elevado de escrutinio a todas las normas restrictivas de derechos sometidas a su control, es indiciaria de una protección menos intensa aplicable a las personas migrantes (contra lo establecido en los artículos 1°, 5° y 19 de la Constitución). Lo anterior es particularmente grave ante la realidad de creciente movilidad humana (vivimos en un país con 1,5 millones de personas extranjeras⁷) y de aumento de discursos anti-inmigración, que llegan a criminalizarla hasta límites falaces. Frente a ello, la aplicación de estándares disímiles no sólo impidió que el Tribunal subsanara grandes falencias de la ahora ley que fueron sometidas a su control, sino que evitó que la sentencia se alzara como un verdadero hito en la defensa de los derechos humanos de las personas migrantes⁸.

7 Instituto Nacional de Estadísticas, *Migración Internacional. Evolución, Datos, y Desafíos Futuros*, 8 de octubre de 2020, disponible en: https://www.ine.cl/docs/default-source/prensa-y-comunicacion/conferencia-ciudadana-migraci%C3%B3n.pdf?sfvrsn=885527fa_2#:~:text=Se%20estimaron%201.492.522%20personas,31%20de%20diciembre%20de%202019

8 Esto no implica desconocer que, en todo caso, la legislación ahora publicada adolece de problemas estructurales que, por su naturaleza y por ser de competencia exclusiva del legislador, el Tribunal jamás

En las siguientes páginas intentaremos abordar algunos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al controlar el proyecto de ley (roles 9930 y 9939), precisamente bajo la premisa de que las sentencias desarrollan una diferencia entre nacionales y extranjeros que alcanza, a veces, incluso la titularidad de los derechos humanos y fundamentales, entendiéndolas como una subcategoría de seres humanos. Desde allí, se pretende mostrar cómo, si bien esta judicatura mejoró el contenido del proyecto de ley a través de las dos sentencias referidas, no abordó, en verdad, el fenómeno de la movilidad humana desde una óptica de reconocimiento, promoción y protección integral de los derechos fundamentales de las personas extranjeras.

3. Migración e igualdad ante el TC: ¿La Constitución asegura a todas las personas?

Prácticamente todo lo discutido ante el Tribunal Constitucional (y, por ende, lo resuelto en la sentencia analizada) interactúa en mayor o menor medida con el derecho a la igualdad y a la no discriminación. En efecto, la comprensión amplia de este derecho, así como la profundización de sus diferentes dimensiones y aristas, a nivel jurisprudencial y doctrinario, ha erigido esta garantía como piedra angular del Estado democrático de derecho contemporáneo⁹. Tal es su importancia, que cierta jurisprudencia internacional ha sugerido su categoría de *ius cogens*¹⁰. Así, la proscripción constitucional de la discriminación arbitraria fue siempre el telón de fondo en la deliberación del Tribunal.

Precisamente, toda legislación migratoria se basa, por su propia naturaleza, en una distinción entre nacionales y extranjeros. Este hecho, sin embargo, no significa que la nacionalidad deje de constituir una categoría

iba a poder resolver, como por ejemplo, el sistema de visados consulares que en sí mismo arriesga acarrear un aumento de la irregularidad migratoria y los ingresos por pasos no habilitados al país. En este sentido, véase: Vargas, Francisca, *Una ley de migraciones con enfoque de Derechos Humanos* en Vial, Tomás (ed.), *Informe anual 2012*, (Universidad Diego Portales), 2012, pp. 502-505.

9 Al respecto, se ha argumentado que “la igualdad es una de las nociones más importantes del constitucionalismo occidental. Ella no sólo sirve de fundamento al régimen democrático de gobierno, sino que también se constituye en una de las bases esenciales del ordenamiento jurídico. Más aún, en la actualidad, los más diversos conflictos jurídicos tienden a formularse, al menos parcialmente, en torno a exigencias de igualdad” (Díaz de Valdés, José Manuel, *Igualdad Constitucional y No Discriminación*, (Tirant Lo Blanch), 2019, pp. 31-32.). Coherente con este rol, debe destacarse que prácticamente todas las Constituciones del mundo contemplan un derecho a la igualdad, existiendo diferencias importantes entre si se estatuye también como principio/valor, y respecto de qué dimensiones de la igualdad protegen (véase Coddou, Alberto, *Igualdad y no discriminación*, en Muñoz, Fernando y Ponce de León, Viviana (eds.), *Conceptos para una nueva Constitución*, (DER Ediciones), 2020, pp. 211-232.

10 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados”. Decisión del 17 de septiembre de 2003, párrafo 173.4.

sospechosa de discriminación¹¹, ni mucho menos que pueda utilizarse para realizar cualquier diferenciación, mientras se mantenga en el espacio de “lo migratorio”¹²⁻¹³. Todo lo contrario, justamente por constituir una categoría sospechosa, su uso debe sobrepasar siempre un escrutinio estricto, respondiendo a razones suficientes.

Lo anterior es reforzado por el hecho de utilizarse para restringir el ejercicio de otro derecho fundamental (adicional a la igualdad): la libertad personal. De este modo, el derecho a la igualdad y la no discriminación se traduce en la necesidad del legislador de satisfacer parámetros de razonabilidad y proporcionalidad para limitar legítimamente otro derecho. En ese ejercicio, la jurisprudencia constitucional ha ido demarcando una frontera tras la cual la discrecionalidad administrativa (en principio autorizada y constitucionalmente admisible) se transforma, por exceso, en espacio para la arbitrariedad¹⁴.

Esta dimensión de la igualdad, como exigencia de razonabilidad, dio lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la frase “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular”, contenida en el artículo 27 inc. 2° del proyecto de ley¹⁵ y del plazo especial de

11 Las categorías sospechosas de discriminación se han construido tradicionalmente a partir de lo establecido en el artículo 2° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que explícitamente nombra el “origen nacional” como una categoría en base a la cual no es legítimo hacer distinciones respecto de la titularidad de los Derechos Humanos. De acuerdo con los profesores García y Contreras, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado criterios interpretativos transversalmente citados que implican, respecto de la nacionalidad, que su “regulación puede ser admisible bajo ciertas circunstancias, transformándose su examen en un escrutinio exigente y con un estricto deber de probar su fundamento disímil” (Gonzalo García y Pablo Contreras (2014) *Diccionario Constitucional Chileno*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 55, p.284). Es decir, la sospecha de discriminación no impide su uso, pero sí acarrea la necesidad de someterlo a un escrutinio estricto.

12 Esto ha sido reconocido con anterioridad y de manera expresa por el propio Tribunal Constitucional, resolviendo precisamente un requerimiento de inaplicabilidad en materia migratoria (Tribunal Constitucional, Rol 2273-2012, 4-07-2013, C. 30°)

13 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados”. Decisión del 17 de septiembre de 2003, párrafo 172.

14 Sin ser este el espacio para ahondar en lo antes dicho, al menos desde 2001 el Tribunal Constitucional ha señalado que las normas restrictivas de derechos fundamentales deben ajustarse a los requisitos de suficiente “determinación” y “especificidad”, para cumplir conjuntamente con la garantía de la reserva legal (19 N°26) y con la prohibición de la arbitrariedad (19 N°2) (Tribunal Constitucional, Rol 325-2001, 26-06-2001 y, en sentido similar, Rol 1341-2009, de 16-04-2010, y Rol 3770-2017, de 18-10-2018).

15 Así, la mayoría del Tribunal consideró que “su estructura indeterminada transforma la discrecionalidad máxima en arbitrariedad, afectando el artículo 19, numeral 2° de la Constitución” (Tribunal Constitucional, Rol 9930-2020, 29-01-2021, c. 58°). Para sustentar esta posición, observan que “personas que se encuentran en una misma situación, recibirán un trato diferente por lo que hicieron terceras personas, sobre las cuales no podían ejercer ningún tipo de control. Justamente esto refleja la irrazonabilidad de la frase impugnada” (ibíd., c. 60°). También se aplicó un test de proporcionalidad a la medida, impugnando derechamente su idoneidad.

prohibición de ingreso que podía imponer el Subsecretario del Interior luego de ejercer la facultad del artículo 133¹⁶. También fue el parámetro propuesto por los requirentes para controlar la causal de expulsión del artículo 127 N°6, por imponer una exigencia desproporcionada de veracidad en todo momento y lugar¹⁷.

Con todo, el análisis que sigue se centrará en la interacción del derecho a la igualdad con otros derechos: el acceso a la justicia, los derechos de niños, niñas y adolescentes, la libertad personal y los derechos de ciudadanía (en especial, el derecho a sufragio). En particular, revisaremos: (3.1) la declaración de inconstitucionalidad del retorno asistido de NNA; (3.2) la declaración de inconstitucionalidad de la revisión en única instancia y en cuenta del recurso especial de reclamación contra órdenes de expulsión; (3.3) la declaración de constitucionalidad de la facultad del Subsecretario del Interior para expulsar discrecionalmente a extranjeros, fuera de las causales legalmente determinadas; (3.4) la declaración de inconstitucionalidad de la privación de libertad por un plazo de 72 horas con la finalidad de materializar expulsiones; y (3.5) la declaración de inconstitucionalidad de la restricción del derecho a sufragio de las personas extranjeras.

Las páginas siguientes abordarán estos derechos desde una perspectiva amplia, en concordancia con el principio *pro homine* aplicable al orden de los derechos humanos y fundamentales. Así, hemos querido referirnos al acceso a la justicia entendiéndolo no solo como el acceso a la prestación jurisdiccional o a un recurso judicial efectivo, sino también como un acceso al derecho mismo y a su protección¹⁸. En sentido análogo, el derecho a la libertad personal será tratado bajo el contenido que le otorga la Constitución actualmente

¹⁶ Sobre este punto, la mayoría consideró que no se justificaba que el Subsecretario, por el sólo hecho de ser él quien aplicara la sanción, pudiera exceder 5 años del límite máximo establecido en el resto del articulado: “Ese salto es gratuito en cuanto garantía material puesto que se disocia de conducta alguna y significa una imposición de una sanción adicional por que sí. En consecuencia, el modo en que se produce dicha consideración, al carecer de fundamento racional, produce un efecto desproporcionado que configura la violación del artículo 19, numeral 2° de la Constitución” (Tribunal Constitucional, Rol 9930-2020, 29-01-2021, c. 123°).

¹⁷ La norma fue declarada constitucional por 6 votos a 4. En la disidencia conjunta de los ministros García y Pozo y de la ministra Silva, se invoca la falta de razonabilidad en la exigencia de “veracidad en todo momento y lugar” (Tribunal Constitucional, Rol 9930-2020, 29-01-2021, disidencia de los ministros García, Pozo y Silva, c. 27°), la ausencia de proporcionalidad de la sanción en relación con la conducta (ibíd. c. 28°), y el exceso de discrecionalidad que se transforma en arbitrariedad (ibíd. c. 30°), para sustentar su voto por acoger la impugnación. El ministro Pica suscribe parámetros similares de control.

¹⁸ Cançado, Antonio, *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*, (Librotecnia), 2012, citado en Bernales Rojas, Gerardo, “El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos” en *Revista Ius Et Praxis*, (Universidad de Talca), 2019, pp. 277-306.

vigente, abordando también los derechos a entrar y salir, residir, permanecer y circular dentro del territorio nacional¹⁹.

3.1. Retorno asistido de NNA

El artículo que fuera impugnado del proyecto de ley, refería a la situación del ingreso al país de NNA no acompañados/as, es decir, de personas menores de edad que ingresaran al país sin encontrarse custodiados por su padre, madre o cuidador/a o no contara con la autorización de las personas competentes o del tribunal que corresponda, para salir del país. Allí se establecía que estas personas no serían expulsadas, pero que podrían ser sujetos de un procedimiento de retorno asistido, dejando en manos del reglamento de la ley las condiciones bajo las cuales se implementaría este procedimiento.

En el artículo se indicaba que tanto en la decisión como en el procedimiento mismo se privilegiaría el interés superior del niño y la niña y su situación de vulnerabilidad.

Extrañamente, el artículo planteaba como respuesta a una situación de extrema vulnerabilidad, como es la migración no acompañada de una persona menor de edad – fenómeno ampliamente estudiado en materia de movilidad humana mundial –, el retorno de ese niño o niña a su país de origen o de procedencia, siguiendo un procedimiento sumario (máximo 3 meses, indicaba la norma). Tampoco explicitaba el órgano que se encargaría de velar por su interés superior, y dejaba la regulación del procedimiento de algo tan complejo al total arbitrio de la autoridad administrativa de turno, mediante un reglamento.

El Tribunal Constitucional señala en su considerando centésimo sexto:

“CENTÉSIMO SEXTO. Que, el precepto impugnado es de baja densidad normativa, en circunstancias que incide en un derecho fundamental, como es la libertad personal y la seguridad individual, de personas especialmente vulnerables, como son los NNA no acompañados. En efecto, no señala cuáles son las causales que autorizan la excepción a la regla general, de conformidad con

19 Tal y como lo consagra el artículo 19 N°7 letra a) de la Constitución Política de la República de Chile. En el lenguaje del derecho internacional de los derechos humanos, este derecho englobaría los derechos a la libertad personal y a la libre circulación. La titularidad de ambos, bajo la Constitución actual, es más generosa que bajo la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos, con la notable excepción de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias.

la cual los NNA no acompañados no pueden ser expulsados. En segundo término, no identifica con precisión cuál es la autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes. Tercero, encomienda todo el procedimiento de retorno asistido a un reglamento, no obstante, la reserva legal en materia de libertad personal y seguridad individual (artículo 19 N°7 letras a) y b) de la Constitución). Por último, no contempla clara e indubitadamente la intervención de los tribunales de justicia para efectos del control de la actividad administrativa.”

Indica posteriormente que son los tribunales de familia los competentes para determinar el interés superior de cada niño y niña en situación de vulnerabilidad respecto a sus derechos, y termina por declarar inconstitucional la norma completa, excluyéndola de la nueva ley. Lo hace por no cumplir “con el estándar nacional respecto de la protección de los NNA en general” ni con “el estándar internacional en materia de NNA no acompañados en proceso de migración”. Además, por contravenir el artículo 19 N°7 de la Constitución, sobre libertad personal y seguridad individual, específicamente la reserva legal, en el sentido de dejar al reglamento aquello que corresponde a la ley, y el artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental, por cuanto se afectaba el derecho a una tutela judicial efectiva.

Nos parece que el Tribunal Constitucional aplica correctamente los criterios enunciados y, de hecho, esta parte del fallo resulta probablemente la más elevada en lo que respecta a estándares de protección de los derechos humanos. Sin embargo, también es cierto que con ocasión del mismo requerimiento, el Tribunal pudo velar por una protección integral de NNA y no lo hizo. Por ejemplo, declaró constitucional el artículo 16 del otrora proyecto de ley, referido a las prestaciones de seguridad social y la necesidad de estar a lo menos 2 años en calidad de residentes para acceder a ellas; a pesar que, de la lectura del mismo, aparece la exclusión de NNA de ciertos beneficios que solo pueden obtener a través de sus padres – quienes estarían excluidos de la posibilidad de acceder a estas prestaciones – y que no pueden ser solicitados directamente por ellos/as²⁰.

20 Así lo advirtió la Defensoría de la Niñez en un escrito de *amicus curiae* que hizo llegar al Tribunal durante la tramitación del requerimiento. En su análisis, la Defensoría hace presente al Tribunal que “la universalidad que establece el inciso primero sería una excepción a la que, en definitiva, el artículo consagra como regla general en la materia, tanto por la restricción respecto de las y los adultos migrantes, así como también por la imposibilidad de cumplimiento de lo dispuesto en su inciso final, dejando

Así, se evidencia que, respecto del retorno asistido, el Tribunal Constitucional aplicó un estándar alto de escrutinio, basándose en la exigencia de suficiente densidad normativa; pero luego, al examinar la restricción de otro derecho que también afecta a NNA, relaja el estándar y permite la distinción entre nacionales y extranjeros, a la que subyace una diferencia en cuanto a la titularidad de derechos fundamentales.

3.2. Recurso judicial contra órdenes de expulsión

El antiguo artículo 142 del que fuera el proyecto de ley de migración y extranjería (hoy, artículo 141 de la Ley N°21.325, con las supresiones que se indican), establecía:

“Artículo 142.- Recurso judicial. El afectado por una medida de expulsión podrá reclamar por sí o por cualquier persona en su nombre, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, dentro del plazo de diez días corridos, contado desde la notificación de la resolución respectiva.

Dicho recurso deberá ser fundado y la Corte de Apelaciones respectiva fallará la reclamación en única instancia, en cuenta. La causa será agregada extraordinariamente a la tabla más próxima, gozando de preferencia para su vista y fallo, debiendo resolver el asunto dentro de tercero día. Su interposición suspenderá la ejecución de la orden de expulsión.

Los extranjeros afectados por una medida de expulsión tendrán derecho a la defensa jurídica a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial, en igualdad de condiciones que los nacionales, de conformidad a las normas que las regulan.”

Aquí se consagraba un recurso judicial específico en contra de órdenes de expulsión, a ser presentado ante las Cortes de Apelaciones del país, el cual se vería *en cuenta* y sería resuelto en *única instancia*.

El Tribunal Constitucional, pronunciándose sobre la constitucionalidad de

en una situación de indefensión a los niños, niñas y adolescentes en contexto de migración internacional”, puesto que “[t]oda restricción de derechos sea por ley o a través de facultad reglamentaria, que se imponga en el acceso de cualquier derecho a los adultos, afecta el acceso de parte de los niños, niñas y adolescentes que están a su cargo” (Defensoría de la Niñez (2021) Oficio N°27 que “Remite Opinión técnica sobre materias de competencia de la Defensoría de la Niñez en causa N°9930”). La opinión fue incorporada al Cuaderno Separado de la causa Rol N°9930, a fojas 179-189.

este artículo, declaró que eran inconstitucionales las frases “en única instancia” y “en cuenta”. La primera, pues las garantías constitucionales de debido proceso exigen que las personas tengan derecho a reclamar de una resolución dictada por un tribunal inferior y, la segunda, por cuanto el mandato constitucional de razonabilidad y justicia implica que las personas puedan presentar sus alegaciones en aquellos casos en que pueda haber un efecto negativo de gran envergadura, como es el caso de las expulsiones del país. Esto evitaría errores en que podrían incurrir jueces y juezas si se prescinde de la relación y los alegatos.

Nos parece que el Tribunal Constitucional acierta en este punto, pues todas las personas merecen acceder a todas las garantías de un justo y racional procedimiento. Dentro de ellas, el derecho a ser oído y el derecho a revisión resultan especialmente importantes.

Respecto del análisis realizado sobre la frase “en única instancia”, comparemos el argumento central del Tribunal, aunque no todas sus razones. Así, estamos en desacuerdo con el Tribunal Constitucional cuando señala que un recurso de este tipo podría ser de única instancia, si se tratara de “un asunto que ha de ser conocido por una alta corte de justicia actuando colegiadamente”, siempre y cuando el mismo no fuera visto en cuenta. En efecto, en el considerando cuadragésimo segundo, el Tribunal Constitucional desecha la única instancia *al unirla con la vista de la causa en cuenta*, lo que nos lleva a pensar que, quizás, hubiera permitido la única instancia si es que el artículo de base hubiera contemplado un recurso judicial que se analizara en relación.

Esta no es, por supuesto, la primera vez que el Tribunal Constitucional tiene ocasión de pronunciarse sobre el derecho al recurso. Así, en una sentencia reciente, resolvió, por un lado, que el derecho al recurso es parte del debido proceso constitucionalmente consagrado y, por otro, que bajo ciertas circunstancias puede limitarse, para lo cual debe realizarse una ponderación entre la celeridad de los procesos y este derecho²¹. Aquí se trataba de un análisis sobre el recurso de casación, de modo que, en estricto rigor, no estaba en juego el acceso al recurso (el Auto Acordado impugnado permite la apelación), si no el acceso a *un recurso* específico y, a través de este, el acceso a la Corte Suprema.

21 Tribunal Constitucional, Rol 5570-2018, 14-03-2019, especialmente en los considerandos 32° y 34°. Sin perjuicio de que es una sentencia en que la mayoría estuvo por rechazar el requerimiento, la disidencia de la ministra Brahm y los ministros Letelier y Fernández (que votaron por acoger, abriendo la puerta a la casación) funda su parecer en un desacuerdo con la ponderación realizada por la mayoría. Así, los criterios aplicados resultan los mismos, pero, en este caso específico, la minoría considera que “la celeridad puede alcanzarse mediante otros mecanismos procesales más idóneos, o sea, menos intrusivos en los derechos de las partes” (ibid., disidencia de los ministros Brahm, Letelier y Fernández, c. 7°).

Adicionalmente, el criterio determinante para la ponderación en favor de la restricción respondía a la necesidad de celeridad en el procedimiento de sustracción internacional de niños y niñas, el que requiere rapidez, tanto por su esencia como por disposiciones de un tratado internacional²². Anteriormente, y en línea similar, el Tribunal había señalado que “el derecho al recurso no debe entenderse como sinónimo del derecho al recurso de apelación”²³.

Comparando ambos parámetros de control, habría que preguntarse cuál sería la razón, en el caso de la medida de expulsión, que podría llevar a la ponderación entre celeridad y derecho al debido proceso. La respuesta es clara: no existe ninguna razón constitucionalmente admisible, pues no hay necesidad de que el proceso sea llevado a cabo rápidamente si ello implica que la persona no pueda defenderse como debe frente a la sanción más gravosa dentro del ordenamiento jurídico migratorio, que implica no solo una limitación grave, sino una privación del derecho a la libertad personal. Si el Tribunal Constitucional hubiera señalado que procedía un recurso de única instancia en caso de verse la causa en relación, creemos que habría incurrido en una discriminación arbitraria respecto a las personas migrantes, pues no hay ningún motivo razonable ante la cual el derecho al recurso deba ponderarse y ceder.

Con todo, nos parece que el parámetro de control que separa el derecho al recurso del recurso de apelación (sustantivamente entendido como revisión de los hechos y el derecho) es deficiente, especialmente en relación con el desarrollo internacional de este derecho humano fundamental. Es importante recordar que los estándares interamericanos en la materia implican el derecho a la doble instancia (artículo 8 numeral 2, letra h) y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha señalado que es un derecho de la persona el que “una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía”²⁴. Esto no admite dobles interpretaciones: la apelación, a lo menos cuando estamos frente a una decisión que puede afectar un derecho humano, sí forma parte del derecho al recurso o a la doble instancia, y por lo tanto, es parte del derecho a un debido proceso o a un justo y racional procedimiento.

22 Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, 25 de octubre de 1980.

23 Tribunal Constitucional, Rol 1443-2010, 26-08-2010, c. 17°.

24 Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2-07-2014, párrafo 158 y Corte IDH, Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25-04-2018, párrafo 255.

En cuanto al estándar planteado por la Corte IDH, si bien en una primera lectura podría parecer aplicable sólo a una condena penal, desde la lógica de que las garantías del debido proceso son aplicables a todo procedimiento que implique decisiones de cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que puedan tener una afectación sobre los derechos humanos de una persona²⁵, la doble instancia sería también aplicable a un proceso judicial no penal²⁶ en que se decida algo tan grave como la expulsión del territorio nacional. Ello, a su vez, es coherente con la aplicación (con algunos matices) de las garantías penales al ámbito del derecho administrativo sancionador, en tanto manifestación del *ius puniendi*. Es más, dado que la naturaleza de la sanción de expulsión corresponde a la privación de parte esencial de la libertad personal, esta se encuentra especialmente cerca de la sanción penal (retomaremos este punto en 3.4, a propósito de un voto particular del ministro Aróstica).

En otro orden de ideas, respecto a la frase “en cuenta”, resulta relevante que dentro de los estándares interamericanos se consagra el derecho a la defensa en todas sus aristas, lo que incluye el derecho a ser oído y por tanto presentar alegaciones - vista en relación - (artículo 8 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH).

Adicionalmente, nos parece que el Tribunal Constitucional debió haberse pronunciado sobre el breve plazo de 10 días corridos que tienen las personas extranjeras para recurrir mediante el uso de este recurso especial, consagrado ahora en el artículo 142 de la ya ley de migración y extranjería, N°21.325. Para entender esta crítica, debemos partir de dos realidades que han sido señaladas por la Corte IDH: (i) Las personas migrantes están, en general, en una especial situación de vulnerabilidad tanto por encontrarse fuera de su país de origen, como por discriminación, racismo y xenofobia²⁷ y (ii) el debido proceso exige el reconocimiento y la resolución de los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia²⁸.

25 Corte IDH, Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, 31-01-2001, párrafo 71; Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, 02-02-2001, párrafo 127; Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, 29-03-2006, párrafo 82; y Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, 17-06-2005, párrafo 62.

26 En este mismo sentido, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2-07-2014, párrafo 158 y párrafo 28.

27 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la “Condición jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados”. Decisión del 17 de septiembre de 2003, párrafo 112 y 113.

28 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los migrantes

Si lo anterior es así, y nos encontramos frente al recurso judicial para dejar sin efecto la medida más gravosa dentro del ordenamiento jurídico migratorio, entonces no podemos obviar la condición en la que se encuentran las personas migrantes: no nacionales con escaso conocimiento de nuestro sistema jurídico y de las instituciones de asistencia jurídica. Tampoco podemos pasar por alto la realidad de la asistencia jurídica especializada en temas migratorios: en Chile, sólo la oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, ubicada en la ciudad de Santiago y conformada por un abogado jefe y dos abogados auxiliares, brinda asesoría jurídica especializada en materia migratoria, y no existe otra institución gubernamental de defensa para personas migrantes. Las instituciones de la sociedad civil suplen esta necesidad de asistencia legal en la medida de sus posibilidades, lo cual muchas veces no es suficiente²⁹.

Sin perjuicio de que, normalmente, la definición de los plazos para ejercer acciones es de resorte del legislador y un espacio donde cabe el ejercicio de la deferencia en su favor, nos parece que la naturaleza de la sanción, la necesidad de especial protección de los afectados y la realidad material del acceso a la justicia, hacen que los 10 días corridos transformen la acción en ineficaz, puesto que muy difícilmente una persona migrante expulsada del país podrá acceder a asesoría y representación jurídica, y menos una especializada. No por nada las acciones de carácter análogo (urgencia ante afectación de derechos fundamentales) que contempla la Constitución carecen de límite temporal para su ejercicio (el amparo) o se han ido regulando posteriormente con plazos que triplican el analizado (la protección)³⁰. Estos parámetros vuelven la norma inconstitucional también en esta parte, por ir directamente en contra del debido proceso y los principios de razonabilidad y justicia consagrados en el artículo 19 N°3 inciso sexto de la Carta Fundamental.

indocumentados". Decisión del 17 de septiembre de 2003, párrafo 121.

29 Información que la autora y los autores conocen de primera fuente por su trabajo en Clínicas Jurídicas de atención a personas en movilidad humana y Fundación Servicio Jesuita a Migrantes.

30 Precisamente, la declaración de inconstitucionalidad de la expresión "dentro del plazo de diez días corridos, contado desde la notificación de la resolución respectiva" habría tenido el efecto de permitir el ejercicio de la acción en cualquier momento. Esto, que podría parecer problemático, resulta en realidad coherente con la práctica jurisdiccional habitual que resuelve impugnaciones contra órdenes de expulsión vía recurso de amparo (también, sin plazo). La ausencia de plazo tampoco pondría en riesgo la eficacia de las órdenes, toda vez que el mismo artículo declara que será la interposición del recurso la que suspenderá la ejecución.

3.3. Facultad del Subsecretario del Interior para expulsar extranjeros del territorio nacional sin invocar una hipótesis fáctica previamente establecida en una norma de rango legal

La parte final del artículo 133 del Proyecto de Ley que fue sometido al examen del Tribunal Constitucional contiene una norma que faculta al Subsecretario del Interior para disponer la expulsión de extranjeros de manera excepcional y “sólo en casos debidamente calificados, fundados en razones de seguridad interior o exterior”, sin necesidad de que el afectado haya incurrido en alguna conducta previamente descrita por la ley. Esta norma confiere a la autoridad administrativa un importante (y, a nuestro juicio, peligroso) espacio de discrecionalidad en el ejercicio de una potestad que no estaba contemplada hasta ahora en el Decreto Ley N°1094. La posibilidad de que el Subsecretario del Interior pueda determinar incluso el núcleo de la conducta castigable con la expulsión con posterioridad a su verificación, por muy excepcional que sea el ejercicio de esta facultad, se aparta de la lógica del propio Proyecto de Ley, que contiene un sistema de causales de expulsión reglado, basado en la existencia de motivos específicos determinados por el legislador para hacer procedente la aplicación de esta sanción³¹.

Esta norma fue impugnada por las y los parlamentarios requirentes por infringir gravemente la reserva legal en materia de restricción de derechos fundamentales, la que, dentro del ámbito de la libertad personal y ambulatoria, resulta ser especialmente estricta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 N°7 letra a) de la Constitución³², y también por ignorar el principio de tipicidad que emana del artículo 19 N°3 inciso final de la Carta Fundamental, aplicable (con matices) al Derecho Administrativo Sancionador³³.

La opinión del Tribunal Constitucional frente a esta parte del requerimiento estuvo dividida, pero la mayoría de sus ministras y ministros eligió rechazar

31 (i) Artículo 91 inciso 4° (causal de expulsión por no dar cumplimiento a una orden de abandono); (ii) Artículo 127 (causales de expulsión aplicables a extranjeros que son titulares de un permiso de permanencia transitoria o que carecen de cualquier permiso para residir legalmente en el país); (iii) Artículo 128 (causales que permiten la expulsión de extranjeros que son titulares de un permiso de residencia); (iv) Artículo 131 (causales de reconducción o devolución inmediata); y (v) Artículo 132 (causales de retorno asistido de niños, niñas y adolescentes), declarado inconstitucional por el Tribunal.

32 Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, (Ediciones Universidad Católica de Chile, Segunda Edición), 2012, p. 260; Nogueira Alcalá, Humberto, “La libertad personal y las dos caras de jano en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho*, Vol. XIII, (Universidad Austral de Chile) 2002, p. 164.

33 Tribunal Constitucional, Rol N°244, 08-1996, c. 9°. Jurisprudencia reiterada por fallos posteriores: Tribunal Constitucional, Rol N°479, 08-08-2006, c. 5°; Tribunal Constitucional, Rol N°480, 27-07-2006, c. 5°; Tribunal Constitucional, Rol N°1518, 2010, c. 6°; Corte Suprema, Rol N°3357-2009, 10-09-2009, c. 7°.

la impugnación, declarando la conformidad del precepto con la Carta Fundamental (c. 111°). El motivo central del rechazo fue que, en términos generales, “las medidas administrativas de esta drástica índole encuentran sustento normativo en la atribución amplia que al efecto le acuerda al Presidente de la República, directamente, el artículo 24 constitucional, en cuya virtud “su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes” (inciso segundo)” (c. 112°). Sobre esta base, al voto de mayoría le pareció que esta facultad excepcional del Subsecretario del Interior suponía “el ejercicio de una competencia derivada de esta regla constitucional”, lo que se justificaba también en que el titular de este poder es “un personero de la exclusiva confianza del Jefe de Estado y forma parte del Ministerio del ramo” (c. 112°).

Sin perjuicio de lo anterior, la mayor parte del Tribunal, de todos modos estimó, que el ejercicio de esta facultad por parte del Subsecretario del Interior no estaba excluida de la sujeción a “las prescripciones que rigen en el derecho público chileno” (c. 113°), señalando explícitamente (i) la exigencia de fundar la decisión “en motivos fácticos debidamente expresados, acorde con lo prescrito en los artículos 8°, inciso segundo, de la Constitución, y 11, inciso segundo, de la Ley N°19.880 sobre bases de los procedimientos administrativos” (c. 113°); (ii) el deber de someter cada caso particular a “un procedimiento justo y racional antes de resolver, al tenor de lo ordenado en el artículo 19, N°3, inciso sexto, en relación con el artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental” (c. 114°); y (iii) la necesidad “acudir al control previo de juridicidad [de la Contraloría General de la República], de acuerdo a las reglas generales”, sin perjuicio de las regulaciones establecidas por dicha entidad en la materia (c. 115°).

Según esta tesis, entonces, lo que justificaría el ejercicio de esta particular facultad del Subsecretario del Interior de expulsar a extranjeros del país sin necesidad de que éstos hayan ejecutado una conducta previamente descrita por el legislador, sería el poder-deber que tiene el Presidente de la República y sus representantes más cercanos de resguardar el orden público al interior de su territorio y la seguridad nacional fuera de sus fronteras. De lo anterior concluimos que la mayoría de las y los ministros del Tribunal Constitucional consideraron que es posible, en materia de expulsiones, relajar la aplicación del principio de tipicidad en virtud de motivos de seguridad y orden público, en la medida que estos bienes jurídicos podrían verse seriamente comprometidos por hechos cometidos por personas extranjeras dentro del país.

Teniendo en cuenta que el ejercicio de esta facultad implica la aplicación de una sanción administrativa que puede afectar únicamente a personas extranjeras (la expulsión del territorio chileno), nos preguntamos por qué razón se justificaría este atemperamiento de las exigencias que emanan del principio de tipicidad en este específico ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, aligeramiento a través del cual el Tribunal Constitucional se apartó de la línea jurisprudencial que venía sosteniendo hasta la fecha.

Para el Tribunal Constitucional, en efecto, el principio de tipicidad en el ámbito administrativo exigía “la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto con la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”.³⁴ Esta definición jurisprudencial ya asentada resulta totalmente incompatible con el ejercicio de la facultad consagrada en la parte final del artículo 133 en comento, que crea un estado de máxima incertidumbre para los administrados extranjeros, al exponerlos a ser sancionados por conductas respecto de las cuales no se conoce una descripción ni siquiera elemental.

Ahora bien, respecto de si la aplicación del principio de tipicidad en materia administrativa admite la colaboración de la potestad reglamentaria, había señalado el Tribunal Constitucional que “afirmar que una determinada materia está regida por el principio de legalidad [del cual la tipicidad es un modo de realización³⁵] no equivale necesariamente a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda, dentro de los márgenes constitucionales, normar esa misma materia”, subordinándose obviamente a la ley, especialmente cuando se trata de un asunto reservado al dominio legal³⁶.

En este mismo sentido se ha pronunciado también la Corte Suprema, al sostener que “la predeterminación normativa de los comportamientos que configuran infracciones administrativas se satisface con la exigencia de que en la ley se describa el núcleo esencial de las conductas reprochables, pudiendo éstas precisarse y complementarse en aspectos no sustanciales por normas emanadas de una autoridad distinta a la legislativa, como el Presidente de la

34 Tribunal Constitucional, Rol N°244, 26-08-1996, c. 10°. En esta línea, el voto disidente de los ministros señores Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva, y de la ministra señora María Pía Silva Gallinato: “la persona afectada [por la medida de expulsión] no estará en condiciones con anterioridad de conocer el núcleo esencial del comportamiento debido, de manera que se encontrará imposibilitado de actuar de una manera que no lo hiciera acreedor de la sanción” (c. 36°)

35 Tribunal Constitucional, Rol N°244, 26-08-1996, c. 10°.

36 Tribunal Constitucional, Rol N°480, 27-07-2006, c. 13°.

República, por vía de decretos y reglamentos, en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución que le compete de acuerdo con lo establecido en la Carta Fundamental (SCS Rol N°4859-2013)”.³⁷

Incluso si aceptásemos que en esta delicada materia (la afectación del derecho a la libertad ambulatoria mediante una medida de expulsión), en la que rige el principio de reserva legal absoluta, fuese posible la restricción del ejercicio de un derecho por medio de normas contenidas en un decreto o reglamento, es evidente que el ejercicio de la facultad que se le atribuye al Subsecretario del Interior en el artículo 133 de la nueva Ley de Migración y Extranjería no puede calificarse bajo ningún respecto como colaboración reglamentaria, puesto que supone, en último término, que la autoridad determine a través de un acto administrativo de efectos relativos, y después de ejecutada la conducta por parte del extranjero, si acaso ésta amerita o no la expulsión, olvidando así la exigencia de que la sanción debe provenir de la aplicación de una norma jurídica de efectos generales, previa, cierta y escrita.

En este sentido, es interesante (y gravemente errado, en nuestra opinión) que, al hablar de la expulsión administrativa, el voto de mayoría del Tribunal Constitucional haya considerado que, por su naturaleza, esta “no corresponde necesariamente y en todo caso a una sanción”, sino solamente a “una medida [...] que amerita la eficacia y eficiencia con la que debe ser atendida una situación de flagrante discordancia o necesidad con el ordenamiento jurídico nacional” (c. 113°). ¿Es posible que, por no considerar esta forma de expulsión como una sanción, el Tribunal haya entendido que el Subsecretario del Interior, en el ejercicio de esta facultad, no debía sujetarse al principio de tipicidad?

Pero las preguntas de fondo son: ¿por qué resulta lícito eximir al Subsecretario del Interior de tener que sujetarse al principio de tipicidad cuando se trata de proteger el orden público y la seguridad nacional de las amenazas que eventualmente causen las conductas de personas extranjeras? ¿Acaso el orden público y la seguridad nacional son intereses estatales tan caros que, ponderados con la garantía de la tipicidad, obligan a ésta a ceder en todos los casos? ¿O solo debe sacrificarse en aquellos casos en que los afectados son personas extranjeras? ¿Se aplica el mismo estándar cuando la seguridad interior o exterior se ve amenazada por una persona chilena? ¿No es precisamente este principio una garantía establecida en favor de los administrados (sin importar

37 Corte Suprema, Rol N°138348-2020, 22-03-2021, c. 9°.

su nacionalidad) para protegerlos de arbitrariedades de parte de órganos del Estado, como las que podrían darse a causa de una actividad administrativa desplegada para proteger la seguridad nacional y el orden público?

A juicio de estos autores y autora, la decisión mayoritaria del Tribunal Constitucional, en lo que respecta a esta norma, da cuenta de una sutil forma de discriminación arbitraria respecto de las personas extranjeras, que considera que, sólo respecto de ellas y tratándose de su expulsión del país, es posible dispensar al Subsecretario del Interior de tener que ceñirse al estándar constitucional de la tipicidad que debe regir en absolutamente todos los ámbitos del Derecho Administrativo Sancionador. Al permitir la existencia de una norma como esta en nuestro ordenamiento jurídico, creemos que el Tribunal ha esbozado la posibilidad de que exista un sistema de garantías para extranjeros, que son los únicos expulsables del territorio chileno por la vía administrativa, y otro paralelo para los nacionales, que no lo son, incurriendo en una discriminación arbitraria.

3.4. Privación de libertad con el fin de materializar expulsiones administrativas

Otra de las normas que fue impugnada por medio del requerimiento interpuesto por diputadas y diputados de la República ante el Tribunal Constitucional fue el artículo 135 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, referido a la facultad estatal de privar de libertad de personas extranjeras con el fin de ejecutar sus órdenes de expulsión del territorio nacional, específicamente en aquella parte que fijaba un plazo máximo de duración para aquella medida. De acuerdo con la norma, esta afectación de la libertad personal podía extenderse hasta por un plazo de setenta y dos horas y, de no materializarse la expulsión en ese tiempo, la persona afectada debía ser liberada, pudiendo ser nuevamente aprehendida y sometida a esta medida por el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

El requerimiento de inconstitucionalidad señaló que estas reglas infringían lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 letra c) de la Carta Fundamental, que obliga a someter al control de un juez la privación de libertad de personas que se extiendan por más de cuarenta y ocho horas, enfatizando además lo anómala que resulta dentro de nuestro ordenamiento jurídico una disposición que permita imponer este tipo de medidas por orden de una autoridad administrativa, y cómo esta norma se apartaba también de los estándares internacionales en la materia.

Es importante señalar que el Ejecutivo, tanto a lo largo de la tramitación del proyecto de ley en el Congreso, como en sus observaciones formuladas al

requerimiento, hizo hincapié en lo necesario que resultaba otorgar a la autoridad policial un plazo que permitiera la realización de los trámites propios de la ejecución de una expulsión de una persona extranjera. Además, señaló en sus observaciones que esta forma de privación de libertad no constituía “una detención o arresto en el contexto de un proceso penal, sino [...] la ejecución material de una resolución administrativa firme, producto de un proceso administrativo y/o judicial, que no constituye una sanción administrativa” (fojas 2880-2881 del cuaderno principal, rol 9930).

En este caso, la sentencia del Tribunal Constitucional fue escueta y unánime para declarar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado, afirmando que, en atención a que “la restricción o privación de libertad señalada no se encuentra sujeta a control judicial, siendo claramente una especie de detención aunque el precepto no lo exprese, con mayor razón el tiempo de duración de la medida, debió adecuarse a los plazos señalados en la letra c) del artículo 19 N°7 constitucional” (c. 131°). Por tanto, la norma que fue finalmente publicada señala que “[e]n todo caso, el afectado podrá ser privado de libertad únicamente para hacer efectiva la expulsión por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas.”

Resulta interesante subrayar el voto particular del ministro Iván Aróstica, que concurrió a la decisión haciendo presente que “la ejecución de un acto administrativo no puede conllevar prisiones de libertad, por ningún lapso de tiempo, por tratarse de una medida que es de resorte exclusivo del Poder Judicial, conforme lo disponen los artículos 76, inciso primero, de la Constitución, y 152 del Código Penal”.

Esta opinión, que fue más allá incluso de lo pedido por los requirentes, es destacable porque permite plantearse la siguiente cuestión: si para que el Estado ordene una forma de afectación intensa de la libertad personal, como la privación de libertad, se requiere de la intervención de un tribunal, ¿por qué no aplicaría el mismo estándar para disponer aquella otra forma drástica de afectación del mismo derecho fundamental, que es la expulsión de una persona extranjera del territorio nacional? ¿Por qué se admite que sea el Derecho Administrativo Sancionador, sin control judicial obligatorio, el que castigue con esta medida a personas extranjeras, cuando en nuestro ordenamiento jurídico ni siquiera son imaginables afectaciones tan graves a la libertad personal en otros ámbitos por parte de la autoridad administrativa?

Lo anterior, otra vez, nos lleva a preguntarnos si acaso no hemos naturalizado la existencia de dos estatutos de derechos paralelos frente a los poderes

sancionatorios del Estado, uno para nacionales y otro para extranjeros, el último de los cuales admitiría un estándar menos estricto que se justificaría, erradamente, en el hecho de haber nacido la persona en otro país.

3.5. Derecho a sufragio de las personas migrantes

Centraremos esta última parte de nuestro análisis de pronunciamientos concretos en la declaración de inconstitucionalidad de parte del artículo 175 del proyecto (hoy, artículo 174 de la Ley N° 21.325), que interpreta la noción constitucional de “avecindamiento”, en tanto constituye (aunque indirectamente) una aplicación de la igualdad a un ámbito (el electoral) que en pocas ocasiones ha llegado al Tribunal Constitucional. La norma en el proyecto establecía tres reglas interpretativas: (i) se entendería que un extranjero se ha avecindado en Chile desde que obtuviera su permiso de residencia (momento a partir del cual se contabilizaría el plazo de cinco años del artículo 14 de la Carta Fundamental); (ii) la pérdida del permiso de residencia implicaría la interrupción del plazo; y (iii) quedarían excluidos de la noción de avecindamiento (y, por tanto, del ejercicio del derecho a sufragio) las personas con residencia para trabajadores de temporada.

El requerimiento parlamentario (rol 9930) impugnó las reglas (ii) y (iii), por considerar que representaban una privación del derecho contenido en el artículo 14 constitucional, a la vez que constituir exigencias no razonables para su ejercicio, vulnerando el artículo 19 N°2. En efecto, la gravedad de la incorporación de estas normas estribaba en el resultado que tendría para el ejercicio del derecho a sufragio de las personas extranjeras, en un triple sentido: Primero, la norma propuesta habría importado la aplicación de una regla de cómputo muy difícil de cumplir, haciendo que incluso un pequeño tiempo de sobreestadía importara la pérdida del plazo acumulado y, por ende, del derecho (muchas veces sin culpa directa del migrante)³⁸. Segundo, la aplicación de la norma en el momento de su entrada en vigor tendría por efecto privar del derecho a sufragio a extranjeros que, bajo la normativa actual (es decir, en

³⁸ Bajo la nueva ley, la sobreestadía, es decir, mantenerse en el territorio luego del vencimiento de la visa, es una infracción migratoria menor, que amerita sanción de multa (que incluso puede condonarse) y, sólo en casos de más de 9 meses de infracción, la expulsión del país. Adicionalmente, los requisitos documentales para solicitar prórrogas o cambios de visa, así como la complejidad para conseguir algunos de estos documentos (especialmente para nacionales de países cuyos servicios consulares tienen alta demanda o poca capacidad de respuesta), hacen que: (i) La irregularidad por sobreestadía sea un problema relativamente común, aunque de corta duración y de fácil salida. Y (ii) que, las más de las veces, no sea un problema atribuible exclusivamente a la voluntad de los extranjeros, sino sobre todo a circunstancias externas.

ausencia de norma interpretativa), ya se habían constituido como titulares, representando una medida regresiva. Tercero, la norma propuesta pretendía dejar permanentemente fuera de la posibilidad de sufragar a un grupo de extranjeros – los trabajadores de temporada –, sin existir para ello fundamento constitucional alguno.

El Tribunal Constitucional acogió el reclamo por una amplia mayoría – con la sola oposición del ministro Iván Aróstica –, centrando su razonamiento en el artículo 14. Con todo, la argumentación seguida devela la aplicación de un estándar de razonabilidad a la restricción del derecho a sufragio, sin perjuicio de que el Tribunal no lo declara explícitamente.

El parámetro de comparación fue, pues, el artículo 14 constitucional. En particular, se trataba de dilucidar el contenido normativo de la voz “avecindados” y si la norma propuesta constituía (a) una precisión válida del mismo o, cuando menos, (b) una restricción legítima. Luego de revisar la historia del derecho a voto de las personas migrantes en Chile (comenzando por la Constitución de 1925 y sus consecuentes reformas, que lo ampliaron), la mayoría buscó elementos en la discusión al interior de la Comisión Ortúzar. Finalmente, se acudió a otros usos de la palabra en el texto constitucional y en legislación vigente (como el Código Civil).

A lo largo de los ocho considerandos que dedica al alcance del derecho del artículo 14 (141° a 148°), se desarrollan cuatro parámetros de control constitucional relevantes.

Primero, se constata que la evolución normativa en materia de derecho al sufragio ha sido progresiva, es decir, ha avanzado en la dirección de ampliar el derecho a sufragio de las personas migrantes, no de restringirlo. En ese sentido, la Constitución de 1980 expandió sustantivamente el alcance de este derecho, garantizándolo ya no sólo en elecciones de regidores (como hacía la Constitución de 1925), sino que en toda elección. De este modo, si la Constitución ha ampliado el alcance del derecho, resulta inadmisibles que la ley interprete el contenido de su disposición en el sentido de restringirlo. Sin decirlo expresamente, el Tribunal aplica el principio interpretativo pro persona.

Segundo, que existió una sustitución deliberada de la palabra “residencia”, utilizada por la Constitución de 1925, por la palabra “avecindamiento”, preferida por la Constitución de 1980. Esta sustitución devela una intención de usar un concepto no asociado a las categorías de la legislación de extranjería, sino más bien denotativo de un cierto arraigo. Así, el Tribunal acude a una noción civilista, el *ánimo de permanecer y avecindarse*. De este modo, cualquier

aplicación de conceptos o normas de extranjería debe remitirse a develar esta intención, no a sustituir el avecindamiento por la residencia legal³⁹.

Tercero, que, en relación con el avecindamiento, la normativa constitucional omitió de manera intencionada el calificante de “ininterrumpido”, lo que develaría la intención de que cuestiones accidentales no interrumpieran el cómputo del plazo ni obstaculicen la titularidad del derecho. Si, en la discusión al interior de la Comisión Ortúzar, este criterio se utilizó para descartar que “ausencias temporales” interrumpieran el plazo; en la sentencia del Tribunal Constitucional, el parámetro fue aplicado para descartar que la pérdida de la residencia, por sí sola, produjera aquel efecto.

Cuarto, que no resulta ajustada al precepto constitucional la exclusión de unos extranjeros, en virtud del tipo de residencia del que son titulares. Lo anterior, toda vez que la Constitución no distingue y, como se ha dicho, los conceptos migratorios de residencia resultan deliberadamente extraños a aquellos en base a los cuales la Constitución consagra el derecho a sufragio.

Llama la atención, en este punto, que la mayoría haya optado por no incorporar expresamente un quinto parámetro de control: en qué medida la norma representaba un atentado contra el derecho a la igualdad, al introducir una diferenciación arbitraria. Lo anterior, especialmente considerando la nutrida jurisprudencia constitucional en materia de igualdad y no discriminación. A pesar de que el criterio atraviesa como telón de fondo toda la argumentación y es recogido luego explícitamente por votaciones particulares o disidentes⁴⁰, nos parece que la reticencia de la mayoría a utilizar la igualdad como parámetro de control devela también un cierto temor a reconocer, en este punto, igualdad a chilenos y extranjeros⁴¹.

39 Uno de los problemas de la norma del proyecto sería que “introduce una dimensión normativa cuando la Constitución define un hecho a partir del cual debe constatar el ánimo de permanecer y arraigar en el país” (Tribunal Constitucional, Rol N°9930, 29-01-2021, c. 146°, énfasis agregado). Este mismo criterio puede utilizarse para, a la inversa, argumentar la constitucionalidad de la primera parte del inciso primero (lo que hemos llamado la regla de cómputo (i) al comienzo de este apartado). Ello, en tanto la obtención de un permiso de residencia (por contraposición a un permiso transitorio) develaría la intención de permanecer, propia del avecindamiento constitucional, de modo que sería una determinación legítima realizada por el legislador. Esta parece haber sido la razón por la que los requirentes no impugnaron esta parte de la norma y por la cual el Tribunal la declaró constitucional (Tribunal Constitucional, Rol N°9939, 01-04-2021, c. 44°), aunque esto segundo sea meramente especulativo, toda vez que la sentencia no desarrolla los motivos.

40 En este sentido, la prevención del ministro Rodrigo Pica, en Tribunal Constitucional, Rol N°9939, 01-04-2021, c. 19° a 21°.

41 Declara la mayoría “En cuanto a la objeción relativa a la infracción del artículo 19, numeral 2°, de la Constitución, estimamos que, sin perjuicio de lo que indiquen los respectivos Ministros en sus votos particulares y prevenciones, se tendrá por acreditada la infracción a la Constitución de un modo que se torna innecesario argumentar la mencionada inconstitucionalidad” (ibid. c. 147°). Es decir, se omite el

A pesar de esta omisión en materia de igualdad, nos parece que en este punto la sentencia del Tribunal Constitucional será relevante, no sólo por haber recortado parte de la normativa propuesta y aprobada por el Congreso, sino que para los procesos electorarios venideros. Incluso puede serlo para el debate sobre sufragio en la Convención Constitucional.

En efecto, la afirmación del Tribunal (por abrumadora mayoría) del carácter material del concepto constitucional “avecindamiento”, así como de la ilegitimidad de considerarlo interrumpido por cuestiones meramente accidentales, obliga a revisar el criterio aplicado para la confección del padrón de extranjeros. Deberá, también, informar los criterios en base a los cuales los organismos electorales – Servicio Electoral de Chile, Tribunal Electoral Regional y Tribunal Calificador de Elecciones (SERVEL, TER y TRICEL, respectivamente) – resuelvan reclamaciones por la no incorporación de personas migrantes al padrón.

Por último, sin perjuicio de que – evidentemente – la sentencia no vincula a la Convención en su ejercicio de redacción de una nueva Constitución, nos parece que los parámetros arriba esbozados son de importancia a la hora de pensar una democracia amplia. Así, resulta particularmente ilustrativo el hecho de que nuestra historia constitucional (al menos del siglo XX y XXI) dibuje un claro camino de ampliar los derechos de ciudadanía de todas las personas, nacionales o extranjeras. Junto con este principio expansivo (no regresivo), el criterio interpretativo pro persona, aplicado por el Tribunal, podría informar la discusión y el modo en que la Convención se aproxima a la consagración de derechos.

Lo anterior resulta coherente con la idea de que la participación es un derecho humano y que la democracia, en tanto mecanismo de ejercicio colectivo del poder, es una garantía para el más pleno goce de los derechos de las personas. De todas las personas. Una democracia amplia, en tiempos de creciente migración, debiese desagregar ciudadanía y nacionalidad, volviendo al principio básico de que todo quien pueda verse afectado por el ejercicio del poder político, participe también en la toma de decisiones políticas⁴².

pronunciamiento respecto de la igualdad, por considerar suficiente el argumento respecto del artículo 14. Este criterio (omitir pronunciarse respecto de una segunda infracción si la primera ha bastado) no se utiliza uniformemente. Muchas veces el Tribunal se pronuncia respecto de múltiples infracciones. La omisión de vela, más bien, falta de un acuerdo en torno a la impugnación que permitiera incluir el parecer dentro del voto de mayoría.

42 Benhabib, Seyla, *Los derechos de los otros*. (Ed. Gedisa), 2004.

4. Conclusiones

Las sentencias del Tribunal Constitucional analizadas en este artículo (roles 9930 y 9939) fueron recibidas con optimismo por organizaciones de la sociedad civil, personas migrantes y todos quienes nos desempeñamos en la defensa de sus derechos humanos y fundamentales. Con todo, las páginas precedentes son una advertencia contra el excesivo entusiasmo por lo resuelto por el Tribunal y aconsejan, más bien, una aproximación particularizada, que impide extraer criterios de análisis global, pero permite rescatar estándares adecuadamente desarrollados a propósito de alguna impugnación concreta (p.ej. retorno asistido y sufragio).

En efecto, hemos revisado cómo estas sentencias de mayoría no desarrollan, de manera transversal, un enfoque de verdadero respeto, promoción y protección de los derechos humanos de las personas migrantes en nuestro país. Así también, hemos visto que los votos de mayoría parecieran entender que existe una suerte de doble estatuto de derechos fundamentales: uno para nacionales y otro para personas migrantes. Este segundo estatuto contendría menos derechos, a pesar de que la Constitución los asegura a *todas las personas*, y contemplaría habilitaciones más amplias al legislador y la administración para que los restrinjan, sujetándolos a un estándar de control constitucional distinto, holgado, que a las restricciones de los derechos de los extranjeros (sujetas, como debe ser, a un escrutinio estricto).

Esto es grave e inconcebible en un Estado de Derecho que, además, busca limitar el ejercicio de su soberanía en virtud del respeto por los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, pues lo que se produce en concreto es una discriminación arbitraria que afecta el principio de (y el derecho a la) igualdad. Adicionalmente, utilizar estándares tan dispares para medir la legitimidad de las acciones del Estado, implica una fragmentación de la soberanía en razón del sujeto pasivo de su acción, permitiendo que respecto de unos – los migrantes –, se establezca una permanente excepcionalidad, restringiendo sus derechos humanos y fundamentales en modos no autorizados para los otros – los nacionales –⁴³. La normalización de estos enclaves de excepcionalidad es un obstáculo para el control del poder.

En todo caso, el optimismo expresado al comienzo no es del todo injustificado. Existen resultados positivos concretos, derivados de las sentencias

43 Para un análisis acerca de la fragmentación de la soberanía en relación con el control de la migración y el refugio en Estados Unidos, y la excepcionalidad permanente, véase: Kahn, Jeffrey S. *Islands of Sovereignty: Haitian Migration and the Borders of Empire* (University of Chicago Press), 2019.

analizadas. Así, sin duda fueron una mejora a la ahora ley: la eliminación del retorno asistido de niños y niñas, la necesidad de doble instancia y vista de la causa en la reclamación judicial frente a la medida de expulsión, la sujeción del plazo máximo para privar de libertad a personas que van a ser expulsadas a los límites constitucionales. Junto con ello, hemos intentado extraer los parámetros de control más relevantes en el examen de cada uno de los preceptos analizados. Por último, nos parece que las falencias en los criterios de las sentencias y la construcción de este doble estatuto de derechos fundamentales, en tanto advierten de la existencia de parámetros constitucionales insuficientes, pueden ser un insumo importante para el proceso de redacción de una Nueva Constitución, a fin de que nuestra próxima Carta Fundamental consagre de manera explícita, clara e indubitada, la igualdad de derechos entre nacionales y personas migrantes.

JURISPRUDENCIA DE LA TERCERA SALA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA EN MATERIA DE COBERTURA DE MEDICAMENTOS DE ALTO COSTO EN SEDE DE PROTECCIÓN

Ángela Vivanco Martínez¹

Resumen

La jurisprudencia de protección de la Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema ha sido consistente, durante los últimos años, en la ampliación de cobertura de la acción de protección a garantías no contempladas originalmente en el listado del artículo 20 de la Carta Fundamental, a través de la aplicación extensiva de otras garantías relacionadas. En particular, el derecho a la protección de la salud contemplado en el artículo 19 N° 9, en lo no contenido en el listado referido – pues sólo uno de sus incisos se encuentra mencionado en él -, ha sido abordado gracias a su relación con los derechos a la vida, a la igualdad ante la ley y a la propiedad (garantizados, respectivamente, en los números 1, 2 y 24 del artículo 19, los cuales sí admiten la presentación directa de acciones de protección). Gracias a dicha doctrina, se ha podido conocer de múltiples causas relacionadas con la cobertura de medicamentos, tanto en lo referente a enfermedades de alta incidencia epidemiológica como a otras de aquellas consideradas raras o huérfanas, por su baja prevalencia. En estos casos se ha dado especial importancia a la afectación de la vida del paciente en el caso de no recibir un medicamento que es prescrito por el médico tratante para tal fin, como asimismo a las posibilidades de asimilación de una terapia a otra y a los compromisos contractuales tomados entre el afiliado y la respectiva institución prestadora/aseguradora, sea ésta pública o privada.

¹ La autora es abogada UC, Doctora en Derecho por la Universidad de La Coruña, España. Profesora de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Ministra de la Excm. Corte Suprema.

I. Recurso de protección, salud y medicamentos

1. Alcance de la acción de protección.

La acción de protección prevista en el artículo 20 de la Constitución, procede respecto de actos u omisiones ilegales o arbitrarios que afecten alguna de las garantías listadas en el mismo precepto, ya sea mediante la privación, la perturbación o la amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos correspondientes respecto de una persona determinada. El listado referido no incluye a todos los numerales del artículo 19 ni tampoco hace referencia a otros derechos contenidos en tratados internacionales o en leyes, pese a que, en el caso de los primeros, se reconocen expresamente en el artículo 5° de la Constitución como fuente de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

En el caso específico del derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 19 N° 9, sólo se puede presentar esta acción respecto del “derecho a elegir el sistema de salud” al que la persona desee acogerse, ya sea, estatal o privado. Tal restricción se ha superado, considerando que derechos matrices enumerados en el artículo 20 permiten dar protección a la salud de las personas (derecho a la vida, igualdad ante la ley, propiedad, contenidos respectivamente en los números 1, 2 y 24 de la Carta Fundamental e incluidos íntegramente en el listado del artículo 20) en una interpretación finalista de esta acción cautelar, lo cual permite abordar casos que no encuentran una acción expedita y urgente pese a la gravedad propia de éstos.

2. Exigibilidad indirecta del derecho a la protección de la salud.

Ello ya, de por sí, implica una evolución positiva respecto de la cautela de los derechos de las personas y representa la llamada *exigibilidad indirecta* del derecho a la protección de la salud, “cuando se tratan de aprovechar las posibilidades de justiciabilidad y los mecanismos de tutela que brindan otros derechos –como la dispuesta para aquellos de carácter civil y político–, de modo de permitir, de esa forma, el amparo del derecho a la salud (ejemplo: el derecho a la vida y el derecho a la salud)”².

2 Allard Soto, Raúl; Hennig Leal, Mônia Clarissa; Galdámez Zelada, Liliana, “El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario” en Estudios Constitucionales, vol. 14, núm. 1, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), julio, 2016, p. 112.

3. El derecho a los medicamentos.

a. Su relación con el derecho a la protección de la salud.

El derecho humano a la atención sanitaria comprende el derecho humano al acceso a medicamentos³. El medicamento es parte integrante del derecho de acceso a los tratamientos médicos...la efectividad del derecho a la protección de la salud se debe al acceso a los tratamientos médicos y, a través de ese acceso, al medicamento. La problemática de la efectividad es evidentemente común al conjunto de derechos de prestación⁴.

b. Los medicamentos según los convenios y tratados internacionales de derechos humanos.

La interpretación de los convenios y tratados internacionales de Derechos Humanos permite la consideración de existencia de un verdadero derecho a los medicamentos, que se asocia inextricablemente al derecho de protección de la salud: “La exégesis del artículo 12 del PIDESC permite reconocer como beneficiario del derecho de acceso a los medicamentos a cualquier persona así como el hecho de que la responsabilidad para la realización del derecho recae ante todo en los Estados respecto de su población. De acuerdo con esto último, los Estados afectados deberían destinar los recursos públicos necesarios disponibles para la adquisición de medicamentos esenciales”⁵.

Las recomendaciones del Comité DESC incluidas en la Observación No. 14⁶, ordenan “disponer los mismos en condiciones adecuadas, formas farmacéuticas apropiadas bajo la impronta de la calidad y con precios accesibles para los individuos y la comunidad”. ¿Qué supone la accesibilidad según el

3 Benglio Valdés, Mariana: “Salud, acceso a medicamentos y Bioética”, Revista de Derecho Público - año 24 - número 48, (Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile), diciembre 2015 - p. 20.

4 Lageot, Céline: “Los medicamentos en Francia, ¿componentes del derecho a la protección de la salud?”, en Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja” - Año V, Número 7, Invierno 2011, p. 91

5 Ortega Gómez, Marta: “El derecho de acceso a los medicamentos y el derecho de patente en países en desarrollo”, en Rev. Bioética y Derecho no.37 Barcelona may./jun. 2016.

6 Según ha ampliado el propio Comité de DESC en la Observación N° 14 del año 2000 relativa al disfrute del más alto nivel posible de salud constituyen aspectos relevantes en relación a las obligaciones estatales: respetar y facilitar el acceso a bienes y servicios de salud; adoptar leyes y otras medidas así como tomar disposiciones apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario y judicial para que sea efectivo el derecho a la salud. Disponible en: http://conf-dtsr.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14.

documento antes mencionado? Comprende en lo territorial, la necesidad de que los medicamentos estén accesibles en todo el territorio del Estado. Así también los aspectos económicos, que requieren su acceso básico. La equidad, que implica la no discriminación en el acceso y la dimensión informativa que vincula a las decisiones que han de adoptar pacientes y profesionales de la salud debidamente asesorados y de manera segura. De ahí la importancia que los Estados tengan un buen sistema de control y un marco regulatorio seguro y de calidad de los medicamentos, encuadrado en una política pública eficaz y participativa. El otro aspecto relevante radica en la universalidad de acceso. Los Estados en forma progresiva habrán de incluir una lista nacional de medicamentos recurriendo a la participación de todos los actores, de forma de mitigar los conflictos de intereses y otras razones de índole económica y financiero. Desde esta perspectiva no se trata únicamente de incluir los medicamentos esenciales sino de singularizar y adecuar las demandas, en un proceso integral, en el cual las políticas públicas sanitarias de cada país deben promover la inclusión de la mayor cantidad posible de medicamentos que cubran lo más integralmente posible, las necesidades vitales de las personas⁷.

c. La situación del derecho a los medicamentos en Chile.

Nuestra Constitución nada dice acerca del derecho a los medicamentos. Podemos considerar que éstos son parte de las acciones de recuperación de la salud que sí se mencionan en el texto constitucional, pero ello no reviste la fuerza normativa de un reconocimiento expreso. Tampoco el hecho de mencionar a los medicamentos dentro de la atención preferente que, para el adulto mayor, consagra la Ley de derechos y deberes de las personas en salud, N° 20.584, evita la necesidad de una consideración expresa del derecho a los medicamentos, como una de las prestaciones fundamentales que forman parte del derecho a la protección de la salud. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, apreciando que “el acceso a medicamentos forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Al respecto, la Corte ha retomado el criterio sobre que el acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH, tuberculosis y paludismo es uno de los elementos fundamentales para alcanzar

7 Benglio Valdés, Mariana: “Salud, acceso a medicamentos y Bioética”, en Revista de Derecho Público - año 24 - número 48, (Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile), diciembre 2015 - p. 20.

gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”⁸.

Sin embargo, es difícil la defensa de este derecho cuando, a la ausencia de una garantía constitucional explícita, se suman otros tres factores negativos: (i) Trabas formales de interposición del recurso de protección, directamente en virtud de la afectación del derecho a la salud; (ii) Consagración débil de la naturaleza de los derechos económicos y sociales en la Carta de 1980, lo cual redundaba en que sus rasgos prestacionales queden, al menos en apariencia, limitados o dependientes de la disponibilidad de recursos y (iii) herramientas insuficientes para la cobertura de medicamentos de alto costo, por carencia respecto de las patologías o de las prestaciones que permiten acceder a los beneficios del sistema AUGE/GES, Ricarte Soto⁹ o CAEC, de modo tal que es propio del modelo una dualidad e desequilibrio evidente, entre las enfermedades/prestaciones que obtienen cobertura y las que no.

En efecto, la normativa legal vigente, por definición, implica una selección previa de patologías y de prestaciones, que necesariamente importa la exclusión de algunos casos, cuya única posibilidad de obtener una solución adecuada se traduce en la presentación de un recurso de protección.

En tal perspectiva, la jurisprudencia descrita se ha transformado en un camino de posible superación de esta problemática, aunque aún con las limitaciones propias de una creación jurisprudencial que prácticamente innova no sólo respecto de un marco legal sino también de una visión evidentemente limitativa de los derechos económicos y sociales. Así, la cobertura de medicamentos¹⁰, particularmente aquellos de alto costo, ha pasado a ser un tema fuertemente marcado por decisiones jurisprudenciales como única vía de solución para los pacientes que adolecen de ciertas patologías o que requieren de tratamientos innovadores.

8 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359

9 La Ley N° 20.850 de junio de 2015 del Ministerio de Salud, “Crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos”.

10 “El acceso a los medicamentos presenta cuatro aspectos: deben ser accesibles en todo el país; ser económicamente asequibles para todos, incluidas las personas que viven en la pobreza; ser accesibles sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos y, por último, los pacientes y profesionales de la salud deben tener acceso a información fidedigna sobre ellos, para poder adoptar decisiones con conocimiento de causa”: Allard Soto, Raúl, “El acceso a los medicamentos: conflictos entre derechos de propiedad intelectual y protección de la salud pública”, Acta bioeth. vol.21 no.1 Santiago jun. 2015

En aquellos casos, la negativa de las instituciones de salud públicas o privadas, como veremos, suele abordarse por las requeridas, desde la perspectiva de falta de cobertura específica, altos costos de la prestación e incertidumbre acerca de sus resultados. A continuación, analizaremos la respuesta que ha dado la Excma. Corte Suprema, conociendo en segunda instancia de estos recursos de protección¹¹.

2. Los fundamentos de la jurisprudencia sobre cobertura de medicamentos de alto costo.

Como ya se ha dicho, la Tercera Sala de la Corte Suprema se ha pronunciado en esta materia en sede de protección, conociendo en segunda instancia de las acciones de protección deducidas respecto de la negativa de acceso a medicamentos de alto costo, negativas que se han fundado en las argumentaciones mencionadas más arriba.

Las premisas que ha seguido la Corte en sus fallos han sido las siguientes:

1. Supremacía constitucional y aplicabilidad directa de la Constitución.

La supremacía constitucional, principio reconocido en el artículo 6° de la Carta Fundamental y propio de un régimen democrático constitucional, no implica sólo una prelación formal de fuentes, sino la posibilidad de ofrecer soluciones directas emanadas de la Constitución frente a situaciones tan graves como el riesgo de la vida y la salud.

La consagración de derechos fundamentales, que el Estado tiene el mandato expreso de promover y de respetar de acuerdo al artículo 5°, significa que necesariamente la Constitución y, en especial, el capítulo sobre derechos fundamentales, han de ser prevalentes respecto de toda actuación de los poderes públicos y de toda regulación infraconstitucional. Tal cosa también es demandable al Estado de Chile en relación a los compromisos adquiridos en tratados internacionales de derechos humanos: “El bloque constitucional de derechos fundamentales, en virtud de su unidad de naturaleza de constituir atributos y garantías que concretan derechos y tienen su fundamento en la dignidad humana reconocida constitucionalmente, constituye un bloque unificado sustantivo o material de atributos y garantías de los derechos, al cual la misma Carta Fundamental le reconoce una fuerza normativa superior,

¹¹ Agradezco a los abogados Alejandra Inalaf Campos y Alejandro Maragaño Méndez, de la Dirección de Estudios de la Excma. Corte Suprema, por su valioso trabajo de sistematización de nuestros fallos en la materia.

permitiendo que este bloque constituya una limitación para el ejercicio de la soberanía y de las competencias de los órganos constituidos del poder público estatal, como lo determina expresamente la Constitución en su artículo 5° inciso 2°, debiendo todas las normas internas del Estado y todos los actos de sus órganos y autoridades estatales conformarse materialmente a los contenidos sustanciales de dicho bloque de derechos¹².

En tal perspectiva, la aplicabilidad de la Carta Fundamental ha de ser directa y no pender o depender de la ley, precisamente porque la primera es superior de la segunda y modula a las normas “dictadas conforme a ella” como lo dice el propio texto constitucional: “A la idea de aplicación directa de la Constitución (el modo de su normatividad, si se quiere) se agrega la afirmación de que ella obliga a todos, tanto órganos públicos como a particulares (en la extensión de su normatividad), dando lugar a la recepción en Chile del denominado efecto horizontal de los derechos fundamentales... A partir de la afirmación de la fuerza normativa como eficacia directa de la constitución, y su consiguiente incorporación al sistema de fuentes, una de las conclusiones que cae con mayor peso es que cada órgano jurisdiccional debe resolver en conformidad a la integración de dicho sistema resolviendo, en caso de antinomias entre fuentes subconstitucionales y constitucionales, a favor de las segundas. Este argumento, que está en la base del nacimiento del *judicial review* en los Estados Unidos, sitúa la idea de eficacia directa en su correcto lugar, como elemento dentro del ámbito o contenido de la jurisdicción como potestad del órgano jurisdiccional. Si lo que se afirma es que la constitución es obligatoria para todos, y que su carácter vinculante no está sujeto a condiciones de las que dependa su eficacia ni está sometido a la necesidad de una mediación por la vía de otras fuentes o actos normativos, la única conclusión posible es que dicho carácter obligatorio e inmediato también lo tiene la constitución al ser considerada por el juez de cualquier instancia o recurso que haya de resolver¹³.”

12 Nogueira Alcalá, Humberto: “El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, en Estudios Constitucionales, Año 13, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2015, pp. 301-350.

13 Aldunate Lizana, Eduardo: “La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° 32 Valparaíso jun. 2009.

2. La obligación del Estado y sus órganos en relación con la protección de la vida y la salud de las personas.

Varias son las normas constitucionales que impone al Estado esta clase de deberes. A saber, el artículo 1° de la Carta Fundamental, en su inciso 5°, incluye dentro de los deberes del Estado, “el dar protección a la población y a la familia”; el artículo 5°, como ya se ha mencionado, establece en su inciso 2° el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, consagrados en la propia Carta Fundamental y en los tratados internacionales; el artículo 6° dispone que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, acentuando esta idea al expresar que “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. Finalmente, en el artículo 19 N° 9 que garantiza el derecho a la protección de la salud, se dispone expresamente que “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”.

Es importante, por obvio que parezca, recalcar que tales deberes de los órganos del Estado, aplicados a la salud y, por defecto, a la vida de las personas, no sólo aplican a las entidades sectoriales, sino también a otros órganos de naturaleza distinta, en el ejercicio de sus competencias, cuyo es el caso de los tribunales de justicia, llamados no sólo al respeto directo de los derechos fundamentales, sino a cautelar que las personas naturales o jurídicas que concurren a estrados asimismo los respeten: “el Estado tiene, al menos, dos obligaciones generales en la materia: la de “respetar” los derechos humanos y la de “garantizar” que individuos privados no los violen¹⁴. De ese modo, tratándose de acciones cautelares, parte de dicho mandato constitucional consistirá en otorgar la protección requerida ante la vulneración del derecho respectivo, sea a manos de las propias entidades estatales o de instituciones privadas.

3. Obligaciones de las entidades privadas en relación con la vida/salud.

Resulta interesante destacar que, en la jurisprudencia analizada, no sólo se considera como obligación del Estado la procura de medicamentos, como parte de su deber de resguardar la salud de las personas cuya protección está garantizada por la Constitución. También se ha considerado que las instituciones

¹⁴ Art. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), y Art. 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

de salud previsional tienen un deber similar respecto de sus afiliados. Ello se corresponde con los siguientes aspectos:

- i. Las normas que regulan las relaciones de las isapres con sus afiliados son de derecho público¹⁵.
- ii. Los particulares tienen un deber subsidiario respecto de la protección de los derechos fundamentales¹⁶.
- iii. La imposibilidad constitucional de afectar los derechos en su esencia es un principio de intermediación de contratos, aún entre privados¹⁷.

4. Intermediación constitucional de los contratos.

“La autonomía de la voluntad es la columna vertebral del Derecho Privado en las familias del *civil law* y del *common law*, además, permea y recorre toda la tradición continental. Como principio, implica que dentro del poder regulatorio de las relaciones jurídicas patrimoniales, lo contratado, acordado o concertado por las partes o por los sujetos de la relación obligatoria es expresión de la libertad humana, ejercida, por supuesto, en las fronteras o límites que la ley impone, especialmente entre las disposiciones de carácter imperativo y las de índole dispositiva. Se obliga a quien otorga su voluntad en forma expresa o tácita, mediante el acto o negocio jurídico seleccionado y autorizado por el ordenamiento. Las partes ejercen sus derechos mediante las instituciones

15 Tribunal Constitucional, Rol N° 1710-10, 6 de agosto de 2010, considerando centesimoquincuagesimo-cuarto: “resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado.

16 En el mismo fallo del Tribunal Constitucional: “Que, aplicando dicho criterio de hermenéutica constitucional y siendo la Carta Fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus precepto”.

17 “El Tribunal señala que los particulares tienen el deber de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona en las relaciones convencionales entre privados. Luego, el principio civilista de la autonomía de la voluntad cede ante la dignidad de la persona y la imposibilidad constitucional de afectar los derechos en su esencia, por lo que no resultan constitucionalmente válidas las cláusulas que puedan desconocer o aminorar tales derechos”: Bates, Luis, “Sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable norma de la ley de ISAPRES y derechos económicos, sociales y culturales”, Anuario Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2009, p. 169.

jurídicas que consideren pertinentes para satisfacer sus intereses, utilizando formas típicas o atípicas y regulando cuanto permita el ordenamiento...Sin embargo, la autonomía de la voluntad como ejercicio de la libertad no puede afectar el ordenamiento público ni eludir el cumplimiento de normas constitucionales, las cuales hoy ejercen una influencia particular.

“El efecto envolvente del Derecho Constitucional, por contera, implica cerrar la brecha de la perjudicial y tajante separación entre Derecho Privado y Derecho Público que significó deshumanizar por centurias la relación obligatoria y la contratación y, al mismo tiempo, se tradujo en el envilecimiento de los derechos del usuario, del deudor, pero también los de la víctima en el marco de la responsabilidad, creando dos saberes jurídicos separados y marginando del marco del Derecho Civil y Comercial a la Constitución, el bloque de constitucionalidad y los tratados internacionales sobre derechos humanos. De esta manera, el Derecho Obligacional no escapa ni debe escapar al influjo del Derecho Constitucional.

Los modelos económicos de libre competencia y de protección de la autonomía privada en el Estado Democrático de Derecho, demandan de las autoridades estatales, y de los jueces en particular, superar las percepciones individualistas del Estado legislativo para imponer el equilibrio y la equidad en las relaciones económicas... Ello pone en evidencia la necesidad de reformular las reglas de la formación del contrato, sobre todo en la contratación masiva, vigorizando la posibilidad del contratante débil de reflexionar y arrepentirse y robusteciendo el régimen de responsabilidad del contratante fuerte y, al titular de la información mediante medidas legislativas y criterios jurisprudenciales, que respondan a la nueva estructura del Estado Constitucional y Social de Derecho”¹⁸.

Esta interesante cita explica muy bien la situación actual de la mirada iuspublicista sobre contratos que importan la prestación de un servicio público, cuyo es el caso de los contratos de salud. Sin duda se incorpora al contrato la regulación sectorial vigente a la fecha de su celebración, pero como ya ha sido mencionado, ello no obsta a la necesidad de que las partes respeten y cumplan con los mandatos de la Constitución, especialmente la cautela de derechos irrenunciables contractualmente, como es el caso de los que nos ocupan.

18 Tolosa Villabona, Luis Armando: “Principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo”, en Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 19, núm. 2, 2017, en <https://revistas.uorosario.edu.co/xml/733/73351954002/index.html>.

5.- La concesión de los recursos exige que esté en peligro la vida del paciente.

Se trata de medicamentos que el paciente y su familia se ven imposibilitados de costear por sus muy altos costos, lo cual los enfrenta a esperar un resultado inevitable de no haber una intermediación estatal. En este sentido, la situación extrema en la que se encuentra el afectado, remarca la superioridad del imperativo de protección de la vida, frente a las consideraciones administrativas y económicas¹⁹. Así, la consideración de que es arbitraria la negativa a financiar medicamentos sobre la base de tales consideraciones administrativas y económicas, si está en riesgo la vida de una persona y ello ha sido acreditado mediante certificación o informe de un profesional médico, resulta una decisión amparada en la lógica de protección de la persona, en el respeto a la dignidad humana y en el cumplimiento mínimo de la obligación de procura existencial de sus miembros por parte del Estado y de la sociedad civil.

De ese modo, la jurisprudencia dictada no jerarquiza derechos ni considera el derecho a la vida como un absoluto, rangos de decisión que se encuentran alejados de las cortes chilenas en el presente siglo. Por el contrario, en un ámbito de armonía entre los derechos fundamentales, se reconoce que “el contenido constitucional de los derechos fundamentales, entonces, es *limitado, ilimitable y delimitable*”²⁰ y bajo ninguna circunstancia es absoluto ni corresponde a una jerarquía. Cosa distinta es que el derecho a la vida se considere de especial importancia cuando está en severo y decidido riesgo y hay una posibilidad de preservarlo.

En tal circunstancia, la necesidad de priorizar un derecho fundamental y garantizado en la Constitución en grave riesgo frente a las regulaciones legales y administrativas que, en un caso determinado, no ofrecen ninguna solución ni posibilidad a quien padece una grave enfermedad, resulta no sólo lógico sino previsto de una reflexión humanitaria. Precisamente por eso, no se han concedido recursos de protección destinados a mejorar la calidad de vida²¹, sino directamente destinados a posibilitar que un paciente cuya

19 Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XII, (Editorial Jurídica de Chile), 2008, p. 140. “Que el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea”, Tribunal Constitucional, Rol N.º 976-07, 26 de junio de 2008, considerando vigesimosegundo y siguientes.

20 Castillo, Luis: “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?” en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Volumen N.º 12, año 2005, p. 129.

21 Lo cual no evita considerar tal posibilidad en fórmulas futuras, a propósito de un proceso constituyente que remarque una serie de contenidos del derecho a la vida que hoy claramente no se han considerado

vida está en riesgo, tenga la posibilidad de preservarla y en consecuencia, salvaguardar su propia titularidad de derechos. En otras palabras, imponer el orden constitucional en aquello que es indispensable.

3. Síntesis de los fallos en que se concede el recurso, período 2018-2021 en materia de salud pública.

1.- Respecto de enfermedades de aquéllas llamadas “raras o huérfanas”²².

En efecto: “... tal como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos roles N°s. 43.250-2017, 8.523-2018, 2.494-2018, 17.043-2018, 33.189-2020 y 18.451-2019, entre otros), es preciso considerar que, si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor nivel jerárquico en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República.

En este orden de consideraciones, no se puede soslayar que conforme al principio de supremacía constitucional, ella prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos –como las Leyes N°s. 18.469 y 19.966 y el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que fija un texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979, y de las leyes números 18.933 y 18.469.

De allí que, conforme reza el inciso primero del artículo 6° de la Constitución Política, sus preceptos son obligatorios para los titulares o integrantes de los órganos de Estado, incluida por cierto esta Magistratura. Si el rol de esta Corte es velar por la aplicación de las garantías constitucionales y de los derechos esenciales que emanan de la persona humana, ella no puede excusarse de otorgar la cautela urgente que le es requerida si el derecho a la vida se ve amenazado. Negarse a hacerlo bajo el pretexto de que normas de inferior jerarquía se lo impiden, importa desconocer que la Constitución Política de la República es la norma jurídica a la cual el resto del ordenamiento jurídico se debe someter.

en un texto constitucional que data de ya varios años respecto de su capítulo de garantías.

22 Las Enfermedades Raras (o huérfanas) son llamadas así porque tienen una baja prevalencia en la población. Una enfermedad es considerada rara cuando el número de personas afectadas por ella es menor a 5 casos por cada 10.000 personas. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), existen entre 5.000 y 7.000 enfermedades raras, la mayoría de origen genético, las cuales afectan entre un 6% y 8% de la población mundial. Vid. https://www.who.int/medicines/areas/priority_medicines/Ch6_19Rare.pdf.

El caso en cuestión dice relación con la aplicación directa de la Constitución Política, no con el modelamiento de políticas públicas.

Quinto: Que, en el indicado contexto, la negativa a proporcionar a la recurrente el acceso al fármaco CETUXIMAB, fundamental para el tratamiento de la patología que la aqueja, que ha sido prescrito por su médico tratante, quien sobre la base de los exámenes que le ha realizado estima que es procedente su utilización por las perspectivas positivas que aporta para la actora, aparece como arbitraria y, además, amenaza la garantía consagrada en el N° 1 del artículo 19 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de ésta, así como para su integridad física, considerando que la patología que la afecta se encuentra en progresión y en la etapa diagnosticada es frecuentemente mortal.

Sexto: Que, establecido lo anterior, es preciso subrayar que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción de carácter tutelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que esa misma disposición enumera, facultando a los Tribunales Superiores de Justicia a adoptar las medidas de resguardo o providencias que resulten necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado por un acto u omisión arbitrario o ilegal que le prive, perturbe o amenace dicho ejercicio.

Séptimo: Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de los recurridos a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física de la recurrente, sobre la base principalmente de consideraciones de índole económica, éstos han incurrido en un acto arbitrario que amenaza —y, en estricto rigor, pone en riesgo— el derecho a la vida de la señora M.S.R., quien no se encuentra en condiciones de adquirirlo.

Siendo ello así, la determinación impugnada en autos no permite a la paciente el acceso a dicho fármaco, único y exclusivo, prescrito por un especialista, para el tratamiento de la patología que ella sufre...

Octavo: Que, sin embargo, es preciso dejar expresamente asentado que, aun cuando la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal”²³.

²³ Corte Suprema, Rol N° 35.636-2021, 27-05-2021, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, considerandos 4° y siguientes. Las cursivas son nuestras. En el mismo sentido, y a modo meramente

2. Respeto de enfermedades de alta prevalencia, en relación con medicamentos de alto costo y no previstos en la cobertura legal.

En esta materia, la fundamentación es similar a la anterior, con especial énfasis en que, dada la situación específica de cada paciente, su vida puede depender de que se le otorgue acceso al medicamento adecuado, el que puede no ser coincidente con el régimen de cobertura general.

“Séptimo: Que, del examen de los antecedentes aparece que la principal razón esgrimida por el Ministerio de Salud para no otorgar el tratamiento indicado para la enfermedad que presenta la recurrente, esto es cáncer de mama en etapa IV progresivo desde enero de 2019, es de orden administrativo-económico, toda vez que el medicamento Palbociclib no ha sido incluido en los decretos dictados para la determinación de los diagnósticos y tratamientos de alto costo con sistema de protección financiera contemplados en la Ley N° 20.850, al no superar los criterios objetivos establecidos en el procedimiento regulado por ley, el que cuenta con etapas sucesivas entre sí que con el objeto de evitar arbitrariedades en la toma de decisiones de política pública.

Octavo: Que, al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018, N° 2494-2018 y 17.043-2018), es preciso considerar que, si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos.

Noveno: Que, en el indicado contexto, la negativa a proporcionar a la recurrente el acceso al fármaco fundamental para el tratamiento de la patología que la aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de ésta, así como para su integridad física, considerando que la patología que la afecta se encuentra en progresión y en la etapa diagnosticada es frecuentemente mortal.

ejemplar, las siguientes sentencias de la Tercera Sala de la Corte Suprema: Rol N° 32.973-2021, sentencia de fecha 19-05-2021; Rol N° 144.090-2020, sentencia de fecha 24-03-2021; Rol N° 138.430-2020, sentencia de fecha 19-02-2021; Rol N° 76.539-2020, 17-II-2020; Rol N° 24.828-2020, sentencia de fecha 08-09-2020; Rol N° 69.806-2020, sentencia de fecha 03-08-2020; Rol N° 12.323-2019, sentencia de fecha 28-03-2019; Rol N° 129.209-2020, sentencia de fecha 02-01-2019; Rol N° 25.009-2018, sentencia de fecha 02-01-2019; Rol N° 17.043-2018, sentencia de fecha 06-11-2018.

Décimo: Que, establecido, lo anterior es preciso subrayar que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción de carácter tutelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo o providencias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado por un acto u omisión arbitrario o ilegal que le prive, perturbe o amenaza dicho ejercicio.”

Undécimo: Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de los recurridos a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física de la recurrente, sobre la base principalmente de consideraciones de índole económica, éstos han incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que la actora no se encuentra en condiciones de adquirirlo, de modo que la determinación impugnada en autos no permite el acceso a aquel fármaco, único y exclusivo, para el tratamiento de la patología que ella sufre y, en tal virtud, procede que se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada y, de esta forma, restablecer el imperio del derecho, mismas que han de consistir en que las instituciones contra las cuales se dirige el recurso realicen las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Palbociclib, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto de que se inicie en el más breve lapso el tratamiento de la recurrente con este medicamento.”²⁴

3. En aquellos casos en que se ha recurrido por la cobertura de medicamentos de alto costo en favor de niñas, niños y adolescentes, la Corte Suprema ha sostenido además que, por aplicación del artículo 5° de la Constitución de la República, resulta obligatorio para el Estado de Chile cumplir los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de tratados internacionales, tales como la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.

De este modo:

“Sexto: Que, del examen de los antecedentes, aparece que una de las principales razones esgrimidas por las recurridas para no otorgar el tratamiento requerido para la enfermedad que presenta la menor, padecimiento de índole genético, de carácter progresivo, de rara ocurrencia y con un desenlace mortal prematuro, consiste en que

²⁴ Corte Suprema, Rol N° 18.451-2019, 13-08-2019, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, considerandos 7° y siguientes. Las cursivas y negritas son nuestras. En el mismo sentido, Corte Suprema, Rol N° 8523-2018, dictado por la Tercera sala, 19-06-2018.

la enfermedad que aqueja a la niña no forma parte de la cartera de servicios de los establecimientos de la red de salud y el medicamento mencionado no está incluido en el arsenal farmacológico de los establecimientos de dicha red asistencial, sin que ninguna norma lo habilite para dispensar recursos respecto del financiamiento de una patología que no se encuentra priorizada por la autoridad sanitaria y que carece de evidencia científica respecto de su efectividad.

Séptimo: Que, en relación a lo establecido precedentemente, es necesario hacer presente que el numeral 1 del artículo 24 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, suscrita por Chile y promulgada por Decreto Supremo N° 830 de fecha 27 de septiembre de 1.990, dispone “Los estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

Octavo: Que el instrumento antes referido, por aplicación del artículo 5° de la Constitución de la República, resulta obligatorio para el Estado de Chile, siendo compelido a dirigir sus acciones y decisiones para asegurar que ningún niño o niña sea privado del disfrute del más alto nivel respecto de prestaciones sanitarias, a fin de resguardar el derecho a la vida e integridad física y síquica de los menores. En consecuencia, en las determinaciones de la administración de salud en Chile que involucren a menores, debe prevalecer el respeto irrestricto a los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de los tratados, tales como la convención antes referida, que los criterios de orden económico, resultan derrotados al ser contrapuestos al interés superior del niño.

Noveno: Que al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018 y N° 2494-2018 y 63.091-2020), es preciso considerar que, si bien es cierto que las consideraciones de orden administrativo y económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por la recurrida.

Décimo: Que, en el indicado contexto, la decisión de las recurridas consistente en la negativa a proporcionar a la menor de autos aquel fármaco, único, por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que la aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la

Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de la menor A.A.H.G., así como para su integridad física, considerando que la fibrosis quística que sufre es una enfermedad pulmonar obstructiva crónica de progresivo deterioro y que ocasiona una muerte prematura y que la administración de la droga tantas veces citada ha sido estimada como esencial para la vida de ésta, como surge de los antecedentes agregados a la causa.

Undécimo: Que resulta insoslayable subrayar que las recurridas, al negar la cobertura al medicamento requerido, no se hacen cargo de señalar qué otro tipo de tratamiento de similares efectos pueden brindarle a la paciente, actuar que se torna en ilegal conforme lo dispone el artículo 1° del D.F.L. N°1 de 2005 del Ministerio de Salud que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469, que dispone que: "Al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla el presente Libro, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como de coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones"²⁵.

4. No es menester que el medicamento sea prescrito por un facultativo de la red pública.

Así: "Tercero: Que al respecto cabe señalar que la necesidad de prescripción de los medicamentos por facultativos pertenecientes a la red de salud pública, se relaciona con una cuestión diversa a la que motiva el recurso, vale decir, con la posibilidad de obtener los recursos económicos necesarios para el financiamiento de la prestación médica de que se trate, a través del Auxilio Extraordinario, en razón de no ser solventable por el paciente, además de no estar comprendida en el arancel del Fondo Nacional de Salud, como tampoco disponible en el presupuesto de las entidades del Sistema Nacional de los Servicios de Salud u organismos autónomos.

Sin embargo, cabe señalar que la ayuda proporcionada por el Ministerio de Salud a pacientes FONASA, con un diagnóstico de alto costo no cubierto por otros beneficios, en ningún caso resulta suficiente para financiar el tratamiento de la enfermedad que aqueja al menor A.D.M.G., de manera que, a todas luces la respuesta

25 Corte Suprema, Rol N° 128.766-2020, 19-02-2021, pronunciada por la Tercera sala, considerando décimo tercero. Las cursivas son nuestras. En el mismo sentido, Rol N° 122.237-2020, sentencia de fecha 19-02-2020; Rol N° 30.287-2020, sentencia de fecha 23-06-2020; Rol N° 63.091-2020, sentencia de fecha 10-06-2020; Rol N° 33.083-2020, sentencia de fecha 15-05-2020; Rol N° 38.575-2019, sentencia de 28-01-2020; y Rol N° 27.591-2019, sentencia de fecha 29-10-2019.

de la recurrida relativa a no ser la vía correcta para instar por los recursos económicos para el tratamiento de la enfermedad en cuestión, no resulta plausible, en tanto la cobertura del tratamiento que se requiere tampoco se obtendrá a través del mentado fondo de auxilio extraordinario.

Desde esa misma perspectiva, es necesario destacar que de la respuesta entregada a los recurrentes, es evidente que se esgrimen razones de orden económico para desestimar el financiamiento lo solicitado.

(...)

Décimo: *Que en el indicado contexto, la decisión de la recurrida consistente en la negativa a proporcionar al menor de autos aquel fármaco, único, por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que le aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia del menor A.D.M.G, así como para su integridad física, considerando que la Atrofia Muscular Espinal tipo 2 que sufre es una enfermedad frecuentemente mortal en los niños, que produce la pérdida progresiva del movimiento muscular, y que la administración de la droga tantas veces citada ha sido estimada como esencial para la vida de ésta, como surge de los antecedentes agregados a la causa*²⁶.

5. El hecho que un determinado medicamento no cuente con registro sanitario del Instituto de Salud Pública, no es un argumento para negar la cobertura respectiva.

A mayor abundamiento, tampoco esta circunstancia puede ser esgrimida para negar el acceso al medicamento: *“Décimo Tercero: Que sin perjuicio de que lo razonado es suficiente para fundar la decisión de esta Corte, es necesario enfatizar que el hecho que la citada medicina no cuente con registro sanitario del Instituto de Salud Pública no es un argumento para negar la cobertura respectiva, más aún cuando este medicamento fue aprobado por la FDA (Food and Drug Administration) el 21 de octubre de 2019 para tratar la patología que afecta a la niña en favor de quien se recurre”*²⁷.

²⁶ Corte Suprema, Rol N° 4289-2021, 05-05-2021, pronunciada por la Tercera sala, considerando tercero y décimo.

²⁷ Corte Suprema, Rol N° 128.766-2020, 19-02-2021, pronunciada por la Tercera sala, considerando sexto y siguientes. Las cursivas son nuestras. En el mismo sentido, Rol N° 122.237-2020, sentencia de fecha 19-02-2021; Rol N° 129.314-2020, sentencia de fecha 04-01-2021; y Rol N° 29.261-2019, sentencia de fecha 14-02-2020.

5. Síntesis de los fallos dictados en que se concede el recurso, período 2018-2021 en materia de salud privada.

1. Consideraciones contractuales, administrativas o económicas.

Se resuelve que es arbitraria la negativa de las Instituciones de Salud Previsional a proporcionar la cobertura de un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física de una persona, sobre la base de consideraciones de índole contractuales, administrativas o económicas, si está en riesgo la vida de una persona y así lo ha determinado el o los médicos tratantes:

“Quinto: Que, del examen de los antecedentes, aparece que la principal razón esgrimida por la Isapre recurrida para no otorgar el tratamiento indicado para la enfermedad que presenta el recurrente, esto es Fibrosis Pulmonar Ideopática, es el hecho que el mismo es un medicamento que se suministra en forma ambulatoria, por lo que se encuentra excluido de cobertura en el contrato de salud del recurrente. De ello se desprende que el fundamento de la decisión objeto del recurso, es de orden contractual-económico, toda vez que no existe controversia entre las partes que el medicamento Nintedanib es suministrado de forma ambulatoria, y por consiguiente excluido de la cobertura del contrato de salud suscrito entre las partes.

Sexto: Que, al respecto y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N°43.250-2017, N°8523-2018, N°2494-2018, N°17.043-2018 y N°18.451-2019), es preciso considerar que si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no es menos cierto que no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por la recurrida.

Séptimo: Que, en el indicado contexto, la negativa a proporcionar al recurrente el acceso al fármaco, único, por lo demás, para el tratamiento de la patología que lo aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de ésta, así como para su integridad física, considerando que la patología que la afecta se encuentra en progresión afectando órganos vitales, la que frecuentemente resulta mortal.

Octavo: Que la acción de protección de derechos constitucionales es de naturaleza cautelar o de emergencia, cuyo fin es restablecer el imperio del derecho

cuando por actos arbitrarios o ilegales se perturbe, prive o amenace el ejercicio legítimo de aquellos que se encuentran amparados por la citada acción en el Art. 20 de la Carta Fundamental, en relación con su artículo 19, sin perjuicio del ejercicio de otros derechos.

Luego, son requisitos indispensables de la acción de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a la ley; o arbitrario, producto de la mera subjetividad de quien incurre en él, provocando alguno de los efectos que se han indicado, vulnerando una o más de las garantías constitucionales protegidas, a fin de que se adopten las medidas que sean conducentes para el restablecimiento del imperio del derecho.

Noveno: *Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que con la negativa de la recurrida a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física del recurrente, sobre la base de consideraciones de índole contractuales o económicas, ésta ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que el actor no se encuentra en condiciones de adquirirlo por su alto costo, de modo que la determinación impugnada en autos no permite el acceso a aquel fármaco, único y exclusivo, para el tratamiento de la patología que él sufre y en tal virtud, procede que se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada y de esta forma, restablecer el imperio del derecho, mismas que han de consistir en que las instituciones contra las cuales se dirige el recurso realicen las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Nintedanib, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto de que se inicie en el más breve lapso el tratamiento de la recurrente con este medicamento.*

Décimo: *Que, en consecuencia, y habiendo arribado estos sentenciadores a la convicción de que la decisión impugnada en autos infiere un daño grave y significativo al recurrente, en tanto pone en riesgo su derecho a la vida, no cabe sino acoger el recurso de protección intentado*²⁸.

28 Corte Suprema, Rol N° 11.197-2020, 29-05-2020, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, considerandos cuarto y siguientes. Las cursivas son nuestras. En el mismo sentido, Rol N° 20.767-2020, sentencia de fecha 14-05-2020, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, considerandos quinto y siguientes; Rol N° 43772-2020, sentencia de fecha 24-06-2020; Rol 44069-2020, sentencia de fecha 22-06-2020.

En estas sentencias, aplicando el mismo criterio que en las coberturas médicas reclamadas al Estado, la Corte Suprema ha establecido que cuando se recurre en favor de niñas, niños y adolescentes, por aplicación del artículo 5° de la Constitución de la República, resulta obligatorio para el Estado de Chile cumplir los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de tratados internacionales, tales como la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.

2. Prestaciones excluidas del contrato de salud.

“Quinto: Que del examen de los antecedentes aparece que la principal razón esgrimida por la Isapre recurrida para no otorgar el tratamiento indicado para la enfermedad que presenta el recurrente, esto es cáncer glándula lagrimal izquierda y conducto lagrimal progresivo desde octubre de 2018, es el hecho que se trate de un tratamiento de carácter ambulatorio excluido del contrato de salud y que el Instituto de Salud Pública no tiene registrado el medicamento para la patología que padece el recurrente. De ello se desprende que el fundamento de la decisión objeto del recurso, es de orden administrativo-económico, toda vez que el medicamento Palbociclib no ha sido incluido en los decretos dictados para la determinación de los diagnósticos y tratamientos de alto costo con sistema de protección financiera contemplados en la Ley N° 20.850, al no superar los criterios objetivos establecidos en el procedimiento regulado por ley, el que cuenta con etapas sucesivas entre sí con el objeto de evitar arbitrariedades en la toma de decisiones de política pública;

Sexto: Que, al respecto y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018, N° 2494-2018, N° 17.043-2018 y N° 18.451-2019), es preciso considerar que si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no es menos cierto que no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por la recurrida;

Séptimo: Que en el indicado contexto, la negativa a proporcionar a la recurrente el acceso al fármaco fundamental para el tratamiento de la patología que la aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de ésta, así como para su integridad física, considerando que la patología que la afecta se encuentra en progresión afectando la cuenca del ojo y zona parietal izquierda, la que frecuentemente resulta mortal;

(...)

Noveno: Que de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que con la negativa de la recurrida a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física del recurrente, sobre la base de consideraciones de índole económica, ésta ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que el actor no se encuentra en

condiciones de adquirirlo por su alto costo, de modo que la determinación impugnada en autos no permite el acceso a aquel fármaco, único y exclusivo, para el tratamiento de la patología que él sufre y en tal virtud, procede que se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada y de esta forma, restablecer el imperio del derecho, mismas que han de consistir en que las instituciones contra las cuales se dirige el recurso realicen las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Palbociclib, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto de que se inicie en el más breve lapso el tratamiento de la recurrente con este medicamento, debiendo además reembolsar el precio pagado por el recurrente para practicarse el exámen denominado Foundation One CDx, prescrito por el médico tratante y que resultó necesario para determinar la composición molecular del extraño tumor que aqueja al recurrente;

Décimo: Que la decisión antes anotada, guarda armonía con la interpretación que la Superintendencia de Salud ha sostenido sobre el particular, según da cuenta el ORD. SS/N°2109 de fecha 22 de diciembre de 2017, en respuesta a la misiva enviada por la Sociedad Oncológica y Asociaciones de Pacientes instando a la modificación de la Circular IF N°7 de 2005 de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, acompañado por el actor, en el que se señala "...la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, de esta Superintendencia, se ha pronunciado mediante la resolución de controversia, ante la negativa de las isapres de otorgar CAEC para tratamientos ambulatorios con drogas antineoplásicas para el tratamiento del cáncer... De acuerdo al criterio sostenido por dicho tribunal, las normas que regulan los contratos de salud, deben interpretarse con criterios y objetivos sanitarios, por lo que, independientemente, de la forma en que los contratos de salud se refieren a las drogas citotóxicas, lo que es relevante, es que sean fármacos utilizados en el tratamiento del cáncer. En este contexto, se ha afirmado que los ciclos de quimioterapia deben entenderse como una circunstancia inclusiva y no destinada a la exclusión de cobertura en los casos en que el medicamento que se utiliza para el tratamiento del cáncer se suministre fuera de esos ciclos. En definitiva se sostiene que, existiendo una acción antitumoral, lo importante es que se trate de medicamentos utilizados en el tratamiento del cáncer, independientemente de su naturaleza o mecanismo de acción (citotóxica o citostático [sic]) o vía de administración de este medicamento, correspondiéndole la CAEC"²⁹.

29 Corte Suprema, Rol N° 14.689-2020, 30-03-2020, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, considerandos quinto y siguientes.

3. Cobertura GES.

Se establece expresamente el derecho a gozar de aquellas prestaciones asociadas con la cobertura GES, sin que corresponda a las instituciones de salud previsional negarlas:

“Duodécimo: Que, de acuerdo a la normativa precedentemente señalada, el Fondo Nacional de Salud y las Isapres deben asegurar obligatoriamente las garantías de acceso, la calidad, la oportunidad y la protección financiera respecto de las prestaciones asociadas a las patologías o condiciones de salud cubiertas por ley.

Décimo tercero: Que la patología diagnosticada al recurrente, trastorno bipolar del tipo I, corresponde al problema de salud N° 75 del Decreto Supremo N° 22, vigente a contar del 1° de octubre del año en 2019, el que en el Listado de Prestaciones Específicas incluye el fármaco Clozapina en la canasta correspondiente a “Hospitalización trastorno bipolar año 1”, que es la enfermedad determinada respecto del actor.

Décimo cuarto: Que, en consecuencia, tratándose de un fármaco que se encuentra contemplado en el Listado de Prestaciones Específicas GES para la patología citada, encontrándose fundadamente prescrito el uso ambulatorio al recurrente, como asimismo certificados los favorables resultados en éste y explicadas las consecuencias de su suspensión, el actuar de la recurrida resulta ilegal y arbitrario, toda vez que contrariamente a lo sostenido por ésta, el tratamiento requerido se encuentra expresamente contemplado como una prestación cubierta por el sistema de Garantías Específicas en Salud, y por su parte, la norma técnica, que guía el correcto suministro del referido fármaco, contempla clara e indistintamente el uso ambulatorio o en régimen cerrado, motivo por el cual ésta se encuentra obligada, sobre la base de los cuerpos normativos citados, a financiar la prestación referida sin condicionarla a una internación hospitalaria, la que resulta improcedente exigir puesto que, en el actual estado de salud en que se encuentra el paciente, debe ser voluntaria y no forzada directa o indirectamente, más aún cuando las condiciones sanitarias tornan desaconsejable una internación que no sea estrictamente necesaria dado el riesgo sanitario que ésta representa, lo que fuerza concluir que el recurso debió ser acogido. En tales circunstancias se afecta ilícitamente la garantía de igualdad ante la ley del recurrente, dado que en similares circunstancias otras personas accederán al beneficio que ahora a él se le desconoce”³⁰.

4. Cobertura Adicional de Enfermedades Catastróficas (CAEC).

No se justifica dar razones de índole económica para evitar activar la cobertura adicional de enfermedades catastróficas:

³⁰ Corte Suprema, Rol N° 21.944-2021, 07-06-2021, dictada por la Tercera sala, considerandos duodécimo y siguientes.

“Sexto: ... ha quedado de manifiesto que con la negativa de la recurrida a proporcionar Cobertura Adicional de Enfermedades Catastróficas (CAEC) a un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física del recurrente, sobre la base de consideraciones formales y en las que subyacen, en definitiva, razones índole económica, ésta ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza su derecho a la vida, puesto que el actor no se encuentra en condiciones de adquirirlo por su alto costo, de modo que la determinación impugnada en autos no permite el acceso a aquel fármaco imprescindible para el tratamiento de la patología que aquél sufre”³¹.

5. Síntesis de las causales de rechazo de recursos en la materia

En concordancia con los estándares exigidos para acoger los recursos deducidos, también la jurisprudencia citada ha clarificado las razones por las cuales procede rechazar algunos de éstos:

1. El tratamiento alternativo que el paciente está recibiendo es eficaz.

“Noveno: Que, conforme a lo informado por la médico tratante, el niño referido en autos actualmente se encuentra en una buena condición de salud, conserva movilidad, lo que le permite movilizarse en la distancia que se consigna en el informe citado, el que por lo demás no refiere que el paciente esté aquejado por alguno de los deterioros descritos como propios de la enfermedad, circunstancias que permiten concluir que no se ha acreditado de modo alguno que la vida de éste se encuentre en riesgo.

Décimo: Que, de acuerdo con lo antes expuesto y sin que se advierta vulneración alguna de las garantías fundamentales señaladas en el libelo, el recurso de protección deducido en estos autos debe ser desestimado”³².

En este mismo fallo y otros de las mismas características, la suscrita ha introducido la siguiente prevención:

“... prevención de la Ministra Vivanco, quien considera importante destacar lo siguiente, en relación con el considerando Décimo del presente fallo:

“1.- La ausencia de cobertura del sistema de salud respecto de medicamentos de altos costos, para pacientes que padecen enfermedades como la del menor de autos, ha motivado de parte de esta Corte la necesidad de un estudio acerca de la necesidad vital de tales medicamentos, cuando se solicita su cobertura a través de la acción de

³¹ Corte Suprema, Rol N° 28.967-2021, 08-07-2021, dictada por la Tercera sala, considerando sexto.

³² Corte Suprema, Rol N° 25.147-2019, 03-12-2019, dictada por la Tercera sala, considerandos octavo y noveno. En el mismo sentido, Rol N° 20.737-2020, 27-05-2020; Rol N° 139.819-2020, 19-03-2021, dictada por la Tercera sala.

protección, dado que, precisamente, la garantía esencial invocada como vulnerada es el derecho a la vida.

“2.- La sola mejoría de la calidad de vida u otros efectos beneficiosos que dicho medicamento pueda tener sobre el paciente no permiten, en sede de protección, otorgar su cobertura, cuando no está en riesgo la vida del paciente, dado que tal cosa se relacionaría más bien con un juicio de oportunidad o conveniencia acerca de las políticas públicas en salud, lo cual no es competencia de estos sentenciadores sino de la autoridad encargada de éstas.

“3.- De allí que sea de especial importancia no sólo la orden del médico tratante, sino también su informe acerca de las razones por las cuales se efectúa dicha indicación y una evaluación de los posibles efectos adversos que la ausencia de suministro podría producir en el menor. Dado que, en este caso, no se visualiza que corra riesgo la vida del afectado, ello imposibilita a otorgarle una prestación que el sistema vigente no le concede”³³.

2. No se evidencia riesgo vital del paciente:

“...se constata que la recurrente ha recibido todos los tratamientos necesarios para tratar la patología que la aqueja, encontrándose actualmente de alta sin recidiva ni riesgo vital que ameriten someterla a algunas de las alternativas de tratamiento que se detallan en el Ordinario N° 13 aludido anteriormente, circunstancia que no permite acoger la presente acción toda vez que su derecho a la vida no se encuentra amenazado”³⁴.

6. Conclusiones

1.- La existencia de ciertas barreras para deducir el recurso de protección de garantías constitucionales consagrado en el artículo 20 de la Constitución ha exigido, por parte de la judicatura, una interpretación amplia pro administrado, que derive en poder conocer de casos de afectaciones de derechos constitucionales, usando como derechos de base a la vida, la igualdad y la propiedad.

2.- La dictación de fallos sobre la protección de la salud de las personas en relación con el derecho a la vida de éstas ha permitido desarrollar un sólido núcleo jurisprudencial, en el cual se destaca la necesidad de cautelar estos derechos, reconociendo la inextricable relación entre ellos y la importancia de

33 Corte Suprema, Rol N° 25.147-2019, 03-12-2019, dictada por la Tercera sala, prevención ministra señora Vivanco.

34 Corte Suprema, Rol N° 27.674-2019, 29-01-2020, dictada por la Tercera sala, considerando cuarto. En el mismo sentido, Rol N° 28.817-2019, 29-01-2020, dictada por la Tercera sala.

la cual gozan en relación con la dignidad humana y con la preservación del titular de los derechos, sin que ello signifique volver a concepciones ya superadas, como la jerarquización de derechos o la consideración de existencia de derechos en términos absolutos. Por el contrario, la necesaria armonía que debe existir entre los derechos demanda, precisamente, reconocer y respetar el ámbito preservado a los derechos sociales, económicos y culturales, superando un cierto trato peyorativo o carente de cautela efectiva respecto de ellos.

3.- En lo que respecta al derecho de acceso a los medicamentos, ha de reconocerse la ausencia de una consideración expresa en el ámbito constitucional, lo que no impide poder derivar la existencia de tal garantía, implícita en el derecho a la protección de la salud consagrado en la Constitución y respaldada por los tratados internacionales suscritos por Chile, como asimismo por la jurisprudencia del sistema interamericano.

4.- Las situaciones sometidas al conocimiento de la judicatura en sede de protección, acerca del acceso a medicamentos de alto costo, revisten una especial gravedad. Se trata de pacientes que sufren las llamadas enfermedades raras o huérfanas o que, adoleciendo de patologías de alta prevalencia, requieren de medicamentos novedosos, al no ser ya efectivos respecto de ellos los medicamentos tradicionales. La negativa de las instituciones requeridas, públicas o privadas, se relaciona con límites de cobertura establecidos en las leyes aplicables, lo cual conecta claramente con la escasez del financiamiento destinado a medicamentos, como asimismo se justifica en la incertidumbre acerca de los efectivos resultados de éstos o a no cumplir con ciertos parámetros contractuales.

5.- La resolución de estos casos ha tenido por premisas a la supremacía constitucional y aplicabilidad directa de la Constitución, la obligación del Estado y sus órganos en relación con la protección de la vida y la salud de las personas, la intermediación constitucional de los contratos, las obligaciones de las entidades privadas que prestan un servicio público en materia sanitaria y la exigencia de afectación de la vida del paciente para conceder los recursos.

6.- De acuerdo a las premisas referidas, la jurisprudencia revisada ha privilegiado la cautela del derecho a la vida gravemente amenazado, al no tener los pacientes un tratamiento alternativo u oportunidad de preservar su vida si no es a través del medicamento solicitado. En tal sentido, se atiende especialmente a la prescripción del médico tratante, así como los antecedentes que así lo demuestren. Por el contrario, ante la existencia de alternativas o tratamientos eficaces, los recursos no han sido concedidos, de modo tal de

mantener un escrutinio estricto de las situaciones en que amerita imponer los fundamentos constitucionales explicados respecto del marco contractual y legal de la salud pública o privada.

7.- La consideración preeminente de la vida del paciente, en estos casos, no ha de entenderse como una estimación de derechos absolutos o de aplicación de criterios de jerarquización de derechos, criterios ya superados por nuestra judicatura. Por el contrario, el escrutinio estricto descrito en el punto anterior se corresponde precisamente a la consideración del principio de proporcionalidad y también a una adecuada estimación de la esencia de los derechos, reservando la concesión de recursos relativos a medicamentos de alto costo, en forma excepcional y más allá de la regulación sectorial, a situaciones humanitarias en las cuales se busca darle al paciente la única oportunidad viable de acuerdo al estado del arte, brindándole el medicamento que los antecedentes indican como la vía posible para tal efecto.

NON BIS IN ÍDEM: TENDENCIAS ACTUALES EN MATERIA DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Rosa Fernanda Gómez González¹

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar la aplicación del *non bis in ídem* en materia de sanciones administrativas. Si bien su reconocimiento en este ámbito no admite discusión, es posible advertir una limitada y escasa aplicación práctica. Bajo tal contexto, este trabajo analiza algunos fallos recientes sobre materia, con el objeto de determinar cuáles son las principales problemáticas que presenta la aplicación efectiva del principio.

1. Aspectos generales²

Este principio procura impedir que un hecho que ha sido sancionado o que ha servido de base para la agravación de una pena, sea utilizado nuevamente³, de este modo, si un hecho ya ha sido tomado en consideración para la aplicación de una pena o circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, no es lícito volver a tenerlo en cuenta por segunda o ulterior vez para los mismos efectos.⁴

1 Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actualmente es investigadora y profesora del Departamento de Derecho Público PUCV. Esta investigación cuenta con el apoyo del Proyecto FONDECYT Postdoctoral N° 3190494 “Sanciones administrativas y derechos fundamentales. Análisis de temas específicos a partir de los principios, garantías y derechos regulados en la Constitución”.

2 Para la elaboración de este trabajo, se ha tenido presente la publicación Gómez, Rosa Fernanda, *El non bis in ídem en el Derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa*, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), 2017, pp. 101-138, la cual ha sido actualizada fundamentalmente a partir de fuentes normativas, dogmáticas y jurisprudenciales.

3 Bustos, Juan, *Obras Completas, Derecho Penal. Parte General* (2° edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago), 2007, I, p. 370.

4 Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal, Parte General* (3° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 1997, p. 108.

Su objeto es evitar que se realice una persecución abusiva por parte del Estado en contra de los sujetos que hubiesen cometido delito⁵, sea que por un mismo delito se pretenda imponer dos penas, que una misma agravante sea apreciada en más de una ocasión o que un mismo hecho se pueda sancionar a la vez con una pena criminal y con una sanción administrativa⁶. Si en la práctica dos o más preceptos configuran una posible infracción al principio, la autoridad deberá aplicar uno de ellos, pero no todos.⁷

Tradicionalmente, el principio puede ser analizado desde dos perspectivas⁸. Una de carácter material o sustantiva, conforme a la cual se impide imponer a un sujeto un doble castigo por un mismo hecho y fundamento (proscripción de punición múltiple) y, la otra, de orden procesal, a través de la cual se prohíbe someter a más de un proceso a un mismo sujeto por los mismos hechos y fundamento, tras una decisión judicial firme, sea o no condenatoria, es el efecto negativo de la cosa juzgada (prohibición de juzgamiento múltiple).⁹

Tratándose de sanciones administrativas, existen casos en que una conducta puede configurar un ilícito penal y además una sanción administrativa, en cuyo caso será necesario determinar su fundamento para efectos de aplicar o descartar el principio *non bis in ídem*. También, puede resultar que una misma conducta origine ilícitos infraccionales previstos en distintos cuerpos normativos especiales (v. gr. medio ambiente, sanitario,

5 Balmaceda, Gustavo, *Manual de Derecho Penal, Parte General* (Santiago, Librotecnia), 2014, p. 25.

6 Garcías Planas, Gabriel, *Consecuencias del principio «non bis in ídem» en Derecho Penal*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 42, 1989, pp. 109-124.

7 Mir, Santiago, *Derecho Penal, Parte General* (7° edición, B de la F Editores, Buenos Aires), 2005, pp. 51 y 651.

8 Para Mañalich el *ne bis in ídem* -como lo denomina- no puede ser entendido como “un único principio”, sino que tiene que ser reconstruido como una conjunción de dos estándares: uno sustantivo entendido como la prohibición de punición múltiple y, otro, procesal que implica la prohibición de juzgamiento múltiple. Para el autor, ambos estándares son susceptibles de ser diferenciados en atención a sus respectivas condiciones operativas, en Mañalich, Juan Pablo, “El principio *ne bis in ídem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, en *Política Criminal*, 9, 2014, 18, p. 547.

9 El Tribunal Constitucional ha señalado que implica una restricción de carácter procesal y una restricción de naturaleza material o sustantiva, que, en principio, vinculan al sentenciador. Como estándar de clausura procesal, el principio se traduce en una exclusión de la posibilidad de juzgamiento de un hecho ante la existencia de otro juzgamiento (anterior o simultáneo) relativo al mismo hecho, restricción que se identifica con la institución de la cosa juzgada material o la litispendencia. Como estándar sustantivo de adjudicación, se vincula a aquellos casos en que el hecho objeto del juzgamiento puede satisfacer dos o más descripciones de formas de comportamiento delictivo (concurso de delitos), estándar que obliga al juez, porque la premisa ideológica que subyace a la aplicación del principio en su modalidad de prohibición es la necesidad de evitar las consecuencias de una eventual redundancia legislativa circunstancial, en STC Rol N° 2.254, cc. 37°, 38° y 39°.

saneamiento, etc.), por lo que se pueden originar distintos procedimientos administrativos sancionatorios a cargo de diversos órganos de la Administración, caso en el que, verificada la unidad conductual, el fundamento jurídico de la normativa especial será determinante para establecer si existe vulneración al principio. Finalmente, una conducta puede configurar dos hipótesis infraccionales previstas en el mismo cuerpo normativo, razón por la que, en un solo procedimiento administrativo, la autoridad debe examinar si, efectivamente, se lesiona el principio por ser un único hecho el que se debería sancionar dos veces de aplicarse cada uno de los preceptos que se dicen infringidos.¹⁰

En todos estos supuestos, no basta la unidad de la conducta para aplicar el principio, sino que se debe atender al fin de la norma, que indudablemente se relaciona con el bien jurídico tutelado.¹¹

Sin perjuicio de la denominación que se le otorgue¹², existe consenso en que la prohibición es un “principio” de carácter amplio y sentido abstracto que se desprende del ordenamiento jurídico y que es relevante para la legitimidad del sistema jurídico y del Estado de Derecho¹³, constituyendo una poderosa garantía contra los abusos del poder estatal sobre los particulares.¹⁴

Si bien no existe un consenso respecto de cuál sería su fundamento, es posible señalar que éste descansaría en múltiples instituciones como la *cosa juzgada*¹⁵,

10 SCS Rol N° 22.970-2019, “Marín con Comisión para el Mercado Financiero”, c. 10°.

11 SCS Rol N° 22.970-2019, “Marín con Comisión para el Mercado Financiero”, c. 11°.

12 Tanto la doctrina como la jurisprudencia se refieren indistintamente al *non bis in idem* como derecho, garantía, regla o principio, y en ocasiones, se ha llegado inclusive a hacer sinónimas estas terminologías.

13 García de Enterría, Eduardo – Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo (16° edición, Madrid, Civitas), 2020, I, p. 107.

14 Sanz (2008), p. 3.

15 Cordero, Eduardo, Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el Derecho chileno (Santiago, Legal Publishing Thomson Reuters, La Ley), 2014, p. 264. En el ámbito comparado, Cano señala que el fundamento de la cosa juzgada material (de su efecto negativo o preclusivo) es el *non bis in idem*, y no al contrario. La cosa juzgada es un instrumento procesal que garantiza la prohibición, sin que quepa una identificación absoluta entre ambas instituciones, pues ni la cosa juzgada es el único instrumento de garantía de dicha prohibición ni aquella persigue únicamente garantizar la referida prohibición, Cano, Tomás, Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador, en Revista de Administración Pública 156, 2001, pp. 201-202. Por su parte, Nieto rechaza el sustento del principio en la institución de la cosa juzgada, sosteniendo que para efectos del Derecho administrativo sancionador es preciso elaborar una doctrina propia sustentada en las figuras concursales y sobre el análisis y contraste de los hechos constitutivos de los ilícitos, de los sujetos y de los bienes protegidos por las normas, en Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador (5° edición, Tecnos, Madrid), 2012, pp. 434-435.

la *litispendencia* (vertiente procesal), la *seguridad jurídica*¹⁶, la *proporcionalidad*¹⁷, entre otros.¹⁸

2. Regulación del principio en nuestro ordenamiento jurídico

2.1. El reconocimiento del non bis in ídem a nivel constitucional

Si bien el principio no está consagrado expresamente en la Constitución, no se discute su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico.¹⁹

Al efecto, el Tribunal ha señalado que el *non bis in ídem* se encuentra implícito en diversas disposiciones constitucionales, además, se trata de un principio esencial de todo ordenamiento democrático²⁰, el cual supone que nadie puede ser juzgado y/o sancionado dos veces por un mismo hecho y fundamento²¹, constituyendo una doble restricción para el sentenciador: una de carácter procesal y otra de naturaleza material o sustantiva.²²

16 Resulta contrario a toda lógica que si un asunto fue discutido (en una instancia jurisdiccional o administrativa), sea nuevamente reabierto, manteniendo al particular en una incertidumbre que ningún Estado de Derecho moderno resiste ni debiera tolerar, Gómez, Rosa Fernanda (2017): “El non bis in ídem en el Derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), p. 106.

17 La proporcionalidad exige una retribución adecuada entre la gravedad del ilícito imputado y la sanción aplicada, no una “sobre-reacción” del ordenamiento jurídico que atente contra este equilibrio. La proporcionalidad de la sanción constituye una materialización de la garantía de igualdad en la protección de los derechos, si se sanciona dos veces por lo mismo, se afecta la proporcionalidad de la sanción en relación con el ilícito, incurriendo, por consiguiente, en arbitrariedades, Gómez, Rosa Fernanda (2017): “El non bis in ídem en el Derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), p. 106.

18 Sobre los diversos fundamentos del principio véase el trabajo elaborado por Lucía Alarcón Sotomayor, quien ha efectuado una sistematización conforme a los autores que sostienen cada uno de ellos. Así, García de Enterría y Suay Rincón lo sustentan en el principio de *legalidad*; De León, Del Rey y Alonso Más en la *cosa juzgada*; Cano, Garberí y Navarro en la *proporcionalidad*; Muñoz Lorente en la *seguridad jurídica* y Arroyo Zapatero en la *no arbitrariedad*, en Alarcón Sotomayor, Lucía, Principio non bis in ídem, en Lozano Cutanda, Blanca, *Diccionario de Sanciones Administrativas* (Madrid, Iustel), 2010, pp. 762 y ss.

19 Sobre el principio Navarro indica que “[...] no aparece consagrado, en forma explícita, en la Carta Fundamental, como tampoco aparece mencionado, de manera desarrollada, el principio del debido proceso legal”, Navarro, Enrique, La potestad sancionadora administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Arancibia, Jaime – Alarcón, Pablo [Coord.], *Sanciones Administrativas* (Santiago, Legal Publishing), 2014, p. 31. No obstante, hay quienes denuncia la falta de una regulación explícita, v. gr. Ossandón Widow, María Magdalena, “El principio ne bis in ídem en el sistema jurídico chileno”, en: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, XLII, 3, 2015, p. 87, nota 2.

20 STC Roles N° 2.045 y N° 2.236, cc. 4.°, sobre acumulación de infracciones de tránsito, entre otras. Sin embargo, al respecto no existe una jurisprudencia uniforme.

21 STC Roles N°s. 2.045; 2.402 y 2.403.

22 STC Roles N°s. 2.108 y 2.236, entre otras.

Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que el *non bis in ídem*, es aquel principio con arreglo al cual una persona no puede ser encartada, condenada ni sancionada dos veces por un mismo hecho. Se trata de una garantía individual, cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el artículo 19 N° 3 de la Constitución. El referido principio busca evitar que una misma circunstancia o aspecto del hecho o de los hechos objeto de juzgamiento tengan relevancia bajo más de una descripción, y se contravenga así la prohibición de punición múltiple por un mismo hecho.²³

En cuanto a su fundamento constitucional el Tribunal Constitucional “[...] deriva de la dignidad personal y del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cualidad que le es reconocida universalmente. Su transgresión constituye, pues, un atropello de las bases de la institucionalidad, así como de las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos, consagradas en el capítulo sobre igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Como se ha dicho reiteradamente, tales garantías no se restringen a la observancia de la ritualidad formal de un proceso, sino que alcanzan a los elementos materiales o sustanciales del trato que surge de la aplicación de la norma procesal, en orden a asegurar la justicia de la decisión jurisdiccional. En ese sentido, el procedimiento que permite juzgar y sancionar más de una vez por el mismo hecho desafía toda noción de justicia”.²⁴

En definitiva, para el Tribunal Constitucional, “[...] la prohibición de *bis in ídem* o doble sanción se expresa en la imposibilidad que pesa sobre el órgano administrativo de sancionar dos o más veces, la misma conducta, respecto del mismo sujeto y por iguales fundamentos. Esta triple identidad funciona como salvaguarda de los intereses y derechos del sancionado, el cual puede tener la certeza de que, frente a una determinada infracción, la administración no puede abusar de sus facultades aplicando más de una medida como respuesta punitiva.”²⁵

Desde la perspectiva sustantiva, el *non bis in ídem* se encuentra implícito en los principios de legalidad (artículo 6°) y de tipicidad (artículo 19 N° 3 inciso final), los cuales establecen los límites que deben observar las autoridades administrativas en el ejercicio del *ius puniendi*.²⁶ Asimismo, se encontraría

23 SCS Roles N° 5.493-2013; 58.862-2016; 31.578-2018 y 21.054-2020.

24 STC Roles N°s. 2.045 y 2.254, cc. 4.°, a propósito de la inconstitucionalidad de la norma que dispone la suspensión de la licencia de conducir por acumulación de infracciones. Posteriormente en STC Rol N° 8484, c. 6°.

25 STC Rol N° 8484, c. 7°.

26 En este sentido también se puede ver la SCS Rol N° 22.970-2019 “Marín con Comisión para el Mercado Financiero”, c. 10°.

estrictamente vinculado al principio de proporcionalidad (artículo 19 N° 3, inciso 8°), por cuanto demanda el establecimiento y aplicación racional de las medidas sancionadoras, proscribiendo su duplicidad.

Por ello, el *non bis in ídem* tendría como destinatarios, por una parte, al legislador para que este evite, al momento de determinar las infracciones y sus sanciones, establecer que una persona sea doblemente sancionada²⁷ y, por la otra, a la autoridad llamada a aplicar la sanción, dado que ésta deberá impedir que una persona ya juzgada, absuelta o condenada, en su caso, vuelva a ser investigada y juzgada por la misma conducta.²⁸

En el plano procedimental su fundamento descansaría en las normas que garantizan el debido proceso (artículo 19 N° 3 CPR)²⁹, puesto que el constituyente señaló que los principios allí contenidos debían aplicarse respecto de todo órgano que imponga penas o sanciones³⁰. Lo anterior se complementa con lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución cuando se indica que “*Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos*”, precepto que busca proteger a toda persona de una nueva sanción por un hecho que ya fue objeto de castigo.

Por último, el *non bis in ídem* ha sido recogido en los artículos 14 N° 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966³¹, y 8° N° 4 de la

27 Cordero, Eduardo, *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el Derecho chileno* (Santiago, Legal Publishing Thomson Reuters, La Ley), 2014, p. 265. Asimismo, el Tribunal Constitucional, STC Rol N° 2.236, c. 14.°, ha manifestado que el principio “[...] vincula al legislador al prohibirle establecer penas crueles, inhumanas o degradantes, abriéndole un campo material y formal de decisión bastante amplio para definir, determinar y disponer comportamientos valorados negativamente y el establecimiento de penas proporcionales asociadas a dichos comportamientos, mientras no excedan ese baremo y mientras los sentenciadores dispongan de los mecanismos para evitar que una persona se vea doblemente sancionada y/o juzgada por el (los) mismo(s) fundamento(s) y hecho(s). En este sentido, la libertad reconocida al legislador, dentro de esos parámetros, es vasta y debe presumirse”. Con todo, autores como Mañalich sostienen que “[...] la prohibición de punición múltiple sólo puede resultar vinculante para el adjudicador, mas no para el legislador”, Mañalich (2014), p. 549.

28 Véase la STC Rol N° 1968, en particular el c. 39°.

29 Vid. SCS Rol N° 22.970-2019 “Marín con Comisión para el Mercado Financiero”, c. 10°.

30 Actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión N° 113, celebrada el jueves 10 de abril de 1975, [http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_III_Comision_Ortuzar.pdf, última visita el 12 de enero de 2017].

31 Este precepto señala que “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. El tratado fue promulgado por Chile mediante Decreto N° 778, de 1976, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989.

Convención Americana de Derechos Humanos de 1969³², pactos que gozan de reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico por aplicación de inciso 2 del artículo 5° de la Constitución. Al efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio –en su faz procesal– forma parte del conjunto de derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover en virtud del mandato contenido en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, el que reconoce como fuente de esos derechos tanto a la propia Carta Fundamental como a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.³³

En definitiva, el principio cuenta con un amplio reconocimiento constitucional a partir de la interpretación de diversas disposiciones contenidas en nuestra Carta Fundamental y en diversos tratados internacionales.

2.2. Regulación a nivel legal

Si bien no existe una regulación general del *non bis in idem* en el ámbito administrativo sancionador³⁴, existen algunas normas sectoriales que lo regulan.

Por ejemplo, los artículos 59 y 60 inciso 2° de la Ley N° 20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. El primer precepto regula la vertiente procedimental del principio³⁵, en tanto, el segundo, la sustantiva o material.

Por su parte, existen disposiciones, como ocurre en el orden disciplinario de los funcionarios públicos, que excluyen categóricamente su procedencia, permitiendo imponer diversas consecuencias jurídicas a un mismo sujeto por los mismos hechos, justificado en la existencia de múltiples responsabilidades, lo que en definitiva se traduce en una diversidad de fundamentos jurídicos.³⁶

Ahora bien, aun cuando el legislador goza de discrecionalidad para determinar si una acción u omisión será sancionada vía administrativa o penal o,

32 “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Fue promulgado en Chile mediante Decreto N° 873, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores y se publicó en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

33 En este sentido resulta interesante el análisis que Camacho (2010) IV, p. 226, efectúa sobre “el reconocimiento del principio”. Asimismo, véase las STC Roles N°s. 1.968, c. 41° y 2.236, c. 16°.

34 El artículo 12 del proyecto de ley de bases de los procedimientos administrativos sancionadores de 2004 (Boletín N° 3475-06), establecía que “No podrá aplicarse sanción alguna por hechos que hayan sido previamente sancionados penal o administrativamente, cuando se acredite la identidad del sujeto, hecho y fundamento”.

35 Vid. casos Compañía Minera TECK A001-2013 y Aeródromo de Codegua D-027-2014.

36 V. gr. artículos 120 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo y 119 de la Ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo para funcionarios municipales.

en su caso, disponer la doble persecución o compatibilidad de sanciones³⁷, se espera que en el establecimiento de medidas coercitivas, se consideren los presupuestos básicos tanto del principio de *non bis in ídem* como del de proporcionalidad, incorporando elementos que permitan diferenciar sustancialmente la doble persecución y sanción³⁸, respetando las garantías constitucionales establecidas a favor de las personas (lo que ciertamente incluye a los infractores).

De tal modo, el legislador mediante el empleo de una adecuada técnica legislativa puede estimar proporcional que para un mismo hecho se apliquen dos o más sanciones sin renunciar a los objetivos de política punitiva³⁹. Ello sería permisible en la medida que se aseguren ciertas garantías, como que las medidas sean decretadas en un mismo momento (sea por un órgano judicial o administrativo), de modo que el sujeto pueda enfrentar en una sola instancia (psicológica y financieramente) la proyección del poder punitivo estatal y desplegar sus herramientas de defensa y probatorias tendientes a desvirtuar las acusaciones de que es objeto y, una vez sancionado, cumplir en una misma oportunidad las medidas coercitivas impuestas, estrategia que por lo demás resulta conveniente para los intereses del Estado desde la perspectiva de la gestión de los recursos, la eficacia, eficiencia y economía procedimental.

En definitiva, el legislador es la primera autoridad obligada a respetar el principio. Enseguida, frente a la existencia o superposición de diversas normas sancionadoras o procedimientos represivos, serán las autoridades llamadas a resolver el caso en concreto, quiénes deberán velar por el respeto y la efectiva operatividad del principio, lo que consecuentemente importará una revisión de proporcionalidad.

2.3. El concepto del *non bis in ídem* en la doctrina nacional

Para la doctrina penal el *non bis in ídem* obedece a una “[...] interpretación lógica, pues, como la ley ha de ser estricta (principio de certeza y taxatividad),

37 A nivel comparado, el artículo 4° N° 2, de la Ley de Procedimiento Sancionador del País Vasco establece un mandato específico al legislador al señalar que “En la configuración de los regímenes sancionadores se evitará la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento que delitos o faltas ya establecidas en las leyes penales o que infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras”.

38 Cano, Tomás, *Non bis in ídem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador, en *Revista de Administración Pública* 156, 2001, p. 194.

39 Huergo, Alejandro, *Las sanciones administrativas* (Madrid, Iustel), 2007, p. 438. En este supuesto, el Estado puede estimar que pese a la posibilidad de aplicar una sanción sería perfectamente posible imponer una segunda medida sin que ello sea desproporcionado.

necesariamente no se puede usar el mismo presupuesto para imponer más de una pena.”⁴⁰. De esta manera, en principio, no sería admisible que un mismo hecho se castigue con una sanción administrativa y una pena criminal⁴¹. Para ello, el legislador debiera evitar superposiciones normativas disponiendo específicamente los ilícitos que serán exclusivamente sancionados con una pena penal⁴². Con ello, se busca reconocer a este principio como una garantía propia de todo ordenamiento penal democrático, respetuoso de la dignidad personal y de los derechos que emanan de la naturaleza humana.⁴³

Por su parte, en el orden administrativo, es preciso efectuar ciertas precisiones. Si bien la doctrina y la jurisprudencia no discuten su aplicación, cabe destacar que ésta se produce por “regla general”. En efecto, se trata de un principio que, a diferencia de los demás principios extrapolables a este ámbito, no admite matizaciones o adecuaciones, esto es, o se aplica o no se aplica, sin dar cabida a categorías intermedias. En este sentido, cabe recordar que en la primera sentencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional sobre sanciones administrativas (STC Rol N° 244-1996), indicó que los principios penales contemplados en la Constitución “[...] han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador”, dado su común origen, conforme a lo cual, existirían principios que en algunos supuestos no resultarían aplicables, como el derecho a un juez natural⁴⁴ o sólo lo serían en algunas circunstancias, dadas las singulares características del sistema represivo administrativo, siendo el *non bis in ídem* uno de ellos.

40 Bustos, Juan, *Obras Completas, Derecho Penal. Parte General* (2° edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago), 2007, I, p. 383.

41 Cury, Enrique, *Derecho Penal, Parte General* (7° edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), 2005, p. 110.

42 Para Hernández esta delimitación enfrenta facultades técnicas difícilmente superables, asociadas además al riesgo de generar lagunas indebidas. Agrega que, por el contrario, existen buenas razones para que el legislador prevea al mismo tiempo una sanción administrativa y una penal para un supuesto en principio idéntico, en Hernández, Héctor, *Actividad Administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal: algunas necesidades de coordinación legal*, en Arancibia, Jaime – Alarcón, Pablo [Coord.], *Sanciones Administrativas* (Santiago, Legal Publishing), 2014, p. 568.

43 Ossandón Widow, María Magdalena, “El principio *ne bis in ídem* en el sistema jurídico chileno”, en: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, XLII, 3, 2015, p. 87.

44 Lo cual se ve compensado con el control judicial posterior del acto que aplica la sanción respectiva. Además, cabe precisar que las últimas leyes sancionadoras administrativas separan, dentro de la propia Administración, las facultades de fiscalización y sanción, en unidades o departamentos distintos, con el objeto de entregar más garantías a los sujetos regulados.

En cuanto a su fundamento, estaría estrechamente vinculado a los principios de legalidad y tipicidad⁴⁵, prohibiendo que alguien pueda ser condenado dos veces por un mismo hecho y fundamento jurídico. Se trata de un principio que busca limitar el *ius puniendi* del Estado, llegando inclusive a constituir, para algunos, un principio general de Derecho (aplicable a diversos ámbitos) de carácter esencial, que procura tutelar la dignidad humana. Además, el ordenamiento jurídico debe dar a cada uno lo que proporcionalmente le corresponde, por lo que una multiplicidad de procedimientos y sanciones afectaría la idea de “justicia” que persigue el Derecho.⁴⁶

De esta manera, se trata de un principio que, tanto para el ámbito penal como administrativo sancionador, presenta un mismo contenido y características, teniendo una aplicación por regla general en este último sistema jurídico. No obstante, y pese a su modesta y sencilla formulación, es un principio que encierra un conjunto de singularidades que demandan un complejo análisis de los supuestos en que puede (y debiera) concurrir.

3. Análisis jurisprudencial del principio y sus problemáticas prácticas en el ámbito administrativo sancionador

Como se ha señalado, el principio prohíbe la aplicación de dos o más sanciones, en uno o más órdenes punitivos, si concurre identidad de sujeto, hecho y fundamento. Junto con ello, el principio presenta un doble carácter: desde una perspectiva material, impide la pluralidad de medidas y, desde el ámbito procesal, proscribire la tramitación de procedimientos coetáneos o sucesivos. Con todo, cabe precisar en qué supuestos se estará ante lo mismo⁴⁷ y en qué casos se puede producir una infracción a la vertiente procedimental del principio.

A continuación, se revisará algunas de las problemáticas más relevantes que se han planteado en el último tiempo respecto de la aplicación del principio, a partir de una revisión de diversos pronunciamientos

45 Cordero, Eduardo, *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el Derecho chileno* (Santiago, Legal Publishing Thomson Reuters, La Ley), 2014, p. 264; Camacho, Gladys, *Tratado de Derecho Administrativo, La actividad sustancial de la Administración del Estado* (Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing), IV, 2010, p. 227; Vergara, Alejandro, “Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte) 11, 2, 2004, pp. 143 y 144, entre otros.

46 Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador* (5° edición, Tecnos, Madrid), 2012, p. 433.

47 Rebollo, Manuel; Izquierdo, Manuel; Alarcón, Lucía y Bueno, Antonio, *Derecho Administrativo Sancionador* (Valladolid, Lex Nova), 2010, p. 363. Al respecto, el Tribunal Constitucional español señaló en su sentencia 2/1981, de 30 de enero, que ocurre “lo mismo” cuando se pretende castigar por segunda vez al mismo sujeto, por el mismo hecho y para proteger el mismo bien jurídico.

jurisprudenciales, ello con el objeto de extraer algunos criterios y/o reglas relativas a su aplicación.

3.1. Sobre la preferencia de regímenes sancionadores: concurrencia de un proceso penal y de un procedimiento administrativo

Constituye una vulneración al principio la circunstancia de que una misma persona por un mismo hecho y fundamento jurídico, fuese objeto de una sanción en un procedimiento administrativo y en uno penal de forma paralela o sucesiva.⁴⁸

De este modo, desde una perspectiva procedimental, el principio consiste en la imposibilidad de llevar a cabo procesamientos múltiples, sea en uno o más órdenes jurídicos sancionadores, por el o los hechos, por los sujetos y fundamentos sobre los que ha recaído sentencia ejecutoriada absolutoria o condenatoria, cesación del procedimiento o resolución de preclusión de la investigación.

En definitiva, esta vertiente impide un nuevo procedimiento con base en el mismo hecho, cuando existe una sentencia o resolución firme (excepción de cosa juzgada), o cuando el hecho está siendo objeto de un proceso en desarrollo (litispendencia)⁴⁹. En otras palabras, el Estado tendría una oportunidad para perseguir y sancionar al sujeto infractor, la cual una vez ejercida ya no podría reiterarse posteriormente aún cuando se invoquen defectos técnicos o una perspectiva jurídica diferente para abordar el caso. Ahora bien, esta perspectiva de la prohibición puede dar lugar a diversas situaciones.

3.1.1. Sobre la concurrencia de un proceso penal previo

Como remedio a esta problemática, y con el objeto de evitar una doble incriminación y eventuales pronunciamientos contradictorios, la doctrina comparada postula la preeminencia del orden penal por sobre el administrativo en base a diversos argumentos: a) el principio de control jurisdiccional de la actividad administrativa; b) la imposibilidad de que la Administración lleve a cabo procedimientos sancionadores cuando los hechos puedan ser constitutivos de delito, y c) la vinculación de las actuaciones en la instancia jurisdiccional respecto de la actividad de la Administración.⁵⁰

48 Garrido, Mario, *Derecho Penal, Parte general, Tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 86.

49 Nogueira, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (3a edición, Santiago, Librotécnica), II, 2013, p. 412.

50 Garberí, José, "Principio non bis in ídem y cuestiones de prejudicialidad", en Cuadernos de Derecho Judicial II, Tomo XI, 1997, p. 93.

De conformidad con lo anterior, la doble sanción atenta contra el principio *non bis in ídem*. De este modo, si en el proceso penal se dicta sentencia condenatoria la Administración no podrá tramitar o reanudar un procedimiento administrativo ni imponer una sanción por los mismos hechos ya castigados penalmente. Lo mismo acontece si la sentencia penal declara la inexistencia de los hechos o la falta de participación en ellos del imputado⁵¹, en los cuales el proceso penal concluye con la absolución del imputado.

Sin embargo, en los casos de absolución penal habrá que tener en especial consideración las razones que la fundan para determinar si el infractor podría ser perseguido y sancionado administrativamente. En particular, cabe determinar la incidencia que en sede administrativa tendrían los hechos probados en la instancia penal. Así, si el tribunal: a) declara la inexistencia los hechos o la falta de participación del acusado, sería cuestionable que la Administración impusiera una sanción posterior; b) declara la existencia de los hechos, pero absuelve por otros motivos (p. ej. concurrencia de una causal de justificación o porque el hecho no era constitutivo de delito), en cuyo caso la Administración podría tenerlos en cuenta y valorarlos desde la perspectiva de los ilícitos administrativos; y c) constata que los hechos no se han probado, la Administración podría acreditarlos en el procedimiento administrativo.⁵²

Por su parte, en nuestro ordenamiento cabría resolver si la decisión de no perseverar en el procedimiento, la aplicación del principio de oportunidad o la procedencia de una salida alternativa, permiten que la Administración pueda iniciar un procedimiento sancionatorio. En principio, la respuesta sería afirmativa, dado que ninguna de dichas hipótesis produce cosa juzgada en sentido estricto.⁵³

En definitiva, todas estas hipótesis ponen de manifiesto el relativo valor jurídico y la compleja aplicación del principio.

No obstante, dicha preeminencia no se encuentra regulada en nuestro sistema jurídico, lo que abre la discusión en cuanto a la compatibilidad de una sanción penal y una administrativa.

Al efecto, nuestra Corte Suprema ha sostenido que existen casos en que una conducta puede configurar un ilícito penal y además una sanción

51 Cano, Tomás, *Sanciones Administrativas* (Madrid, Lefevre), 2018, p. 65.

52 Gómez, Rosa Fernanda, “El non bis in ídem en el Derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), 2017, pp. 118-119.

53 Gómez, Rosa Fernanda, “El non bis in ídem en el Derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), 2017, p. 119.

administrativa. En dicho supuesto es necesario analizar si la norma contempla expresamente la compatibilidad de sanciones, si ello no está señalado, se debe determinar si la sanción penal y la administrativa tienen el mismo fundamento para efectos de aplicar o descartar el principio *non bis in ídem*.⁵⁴

En relación con el primer supuesto, de la revisión de nuestro ordenamiento jurídico es posible advertir que el legislador ha establecido diversas formas de concurrencia de la acción penal y administrativa. En algunos casos, ha precisado que los ilícitos podrán dar lugar a sanciones penales y administrativas, haciendo compatibles ambos tipos de acciones de manera paralela o sucesiva⁵⁵; entregando en algunas ocasiones a la Administración la exclusividad de la acción penal, de modo que puede elegir perseguir la responsabilidad del infractor por la vía penal o administrativa.⁵⁶

Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que en aquellos ámbitos en los cuales queda de manifiesto la voluntad legislativa de que la eventual aplicación de las sanciones penales que correspondan no impide la aplicación de las sanciones administrativas que pueda imponer el órgano administrativo, es posible descartar la infracción al principio *non bis in ídem*, tanto en su faz adjetiva como sustantiva.⁵⁷

A mayor abundamiento, la Corte Suprema ha señalado, respecto de los ilícitos penales y administrativos en materia de mercado financiero, en donde existe una expresa compatibilidad legal de sanciones, que:

“[...] la sola existencia de un proceso penal en que se investigan los mismos hechos que originan la responsabilidad administrativa no impide la aplicación de sanciones en esta sede, resulta relevante señalar que, en la especie, se verifica la existencia de bienes jurídicos protegidos distintos, toda vez que el delito de estafa y apropiación

54 SCS Rol N° 22.970-2019, “Marín con Comisión para el Mercado Financiero”, cc. 10° y ss.

55 V. gr. los ilícitos regulados en los artículos 59 y 60 de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores; los delitos penales establecidos en el DL N° 211 (art. 30 inciso final); los ilícitos vinculados con la extracción ilegal de aguas y duplicidad de título de propiedad del derecho (artículos 459, 40 y 460 bis del Código Penal en relación con el artículo 173 del Código de Aguas), entre otros.

56 Así, en materia tributaria el artículo 162 inciso 3° del Código establece que “Si la infracción pudiere ser sancionada con multa y pena privativa de libertad, el Director podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva denuncia o querrela o enviar los antecedentes al Director Regional para que persiga la aplicación de la multa que correspondiere a través del procedimiento administrativo [...]”. En tanto, en el ámbito aduanero el artículo 189 de la Ordenanza establece que “Las investigaciones de hechos constitutivos del delito de contrabando sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio, por intermedio de su Director Nacional, de los Directores Regionales o de los Administradores de Aduana.”. Por su parte el artículo 39 bis inciso 7° del DL N° 211 establece que “Las investigaciones de los hechos constitutivos de dicho delito sólo serán iniciadas por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, sin que sea aplicable, para estos efectos, lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal.”.

57 SCS Rol N° 31.578.2019 “Mauricio Peña Merino con Comisión para el Mercado Financiero”, c. 20°.

indebida el bien jurídico protegido es el patrimonio de las personas que han sido víctimas del delito, en cambio en el caso de la infracción de los artículos 53 y 59 letra a) de la Ley N° 18.045, lo protegido es la estabilidad del mercado financiero.

[...] el fundamento que tuvo en vista el legislador, en el caso de las infracciones establecidas en la Ley N° 18.045, fue resguardar el mercado de capitales, para proteger y mejorar su transparencia, así como la disponibilidad, fluidez y credibilidad de la información que por ellos circula, que constituye la base de un mercado financiero.

El bien jurídico protegido, esto es la transparencia y fiabilidad de la información que entregan los operadores al mercado de valores, se vincula directamente con el fundamento disuasivo que tiene la sanción pecuniaria, toda vez que los altos montos contemplados en la legislación se relacionan estrechamente con el desincentivo para el resto de los operadores de incurrir en tales conductas, toda vez que una eventual ganancia económica obtenida en virtud de la conducta infraccional se neutraliza con multas elevadas que dan una clara señal al mercado, impidiendo que aquellos adopten conductas de riesgo con miras a eventuales ganancias ilícitas. El fundamento de la sanción penal es distinto, pues sólo tiene un carácter retributivo, tendiente a restablecer el equilibrio [sic] social, reprimiendo la conducta del sujeto que incurre en el hecho punible.

En razón de lo anterior, solo cabe desestimar las eventuales infracciones al principio del non bis in idem, pues resulta fehacientemente la fundada existencia de bienes jurídicos distintos en sendas imputaciones de carácter administrativo y penal.”

Al respecto, la Corte efectúa una clara distinción entre los bienes jurídicos tutelados: en sede penal lo es el patrimonio de las personas que han sido víctimas del delito, mientras que en el ámbito administrativo lo protegido es la estabilidad del mercado financiero.

Sin embargo, llama la atención los argumentos orientados a establecer diferencias cualitativas entre las sanciones penales y las administrativas a partir de la disuasión y retribución⁵⁸, por cuanto se trata de una discusión que aun

⁵⁸ En otro fallo sobre materia financiera la Corte también ha procurado establecer diferencias entre la pena y la sanción. Al efecto, ha señalado que “Décimo Octavo: *Que, en esta materia, también se ha dicho que, si bien existen instituciones y principios comunes entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, tales como el propio principio non bis in idem, la irretroactividad de la ley sancionadora, la culpabilidad, el principio pro reo y la necesidad de prescripción de la respectiva acción persecutoria, no es posible desentenderse de la imposibilidad jurídica que se advierte en asimilar la contravención administrativa a una falta penal, impedimento que surge de la naturaleza intrínseca del castigo, si se considera que la sanción penal presenta características suficientemente estudiadas por la doctrina, como son las de su moralidad, esto es, su fundamento ético; su aflictividad, destinada al restablecimiento del equilibrio social perturbado; su proporcionalidad a la naturaleza de la ilicitud penal de que se trate; su personalidad o individualidad; su igualdad, esto es, una misma conducta debe tener una idéntica sanción; su ejemplaridad, es decir, su potencialidad de intimidación; su publicidad, no sólo respecto del castigo, sino del justo proceso que a ella condujo; su certeza e ineludibilidad; su prontitud, en relación a su comisión; su revocabilidad para remediar una eventual injusti-*

en materia penal no se encuentra resuelta, y que en el ámbito del mercado financiero no resulta consistente con dicha regulación, por cuanto la compatibilidad de penas penales y sanciones administrativas genera, en su conjunto, un efecto disuasivo en la conducta.

Por su parte, cabe precisar que, en la especie, el infractor no fue condenado en sede penal por los delitos previstos en el aludido artículo 59 letra a) de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, sino por delitos diversos, a saber, estafa previsto y sancionado en el artículo 467 del Código Penal, y como autor del delito de apropiación indebida, regulado en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, además del delito de invasión del giro bancario, de manera que el supuesto base sobre el que cabe analizar la aplicación del *non bis in ídem* no concurre.

Ahora bien, en los supuestos legales en los cuales se establece la plena compatibilidad de penas y sanciones, se puede inferir que el legislador estima que la protección al bien jurídico de que se trate solo se puede alcanzar a través de estas dos vías, sea que se establezca la responsabilidad del infractor o inculpa de manera paralela o sucesiva, resultando insuficiente la protección que cada uno de los sistemas de responsabilidad proporciona de manera aislada al bien jurídico de que se trata.

Esto permite explicar cómo en algunos casos conductas que no obstante disponer de una regulación sancionadora a nivel administrativo son posteriormente complementadas con una reacción penal (p. ej. protección de las aguas⁵⁹) o buscan serlo (p. ej. medio ambiente⁶⁰).

Sin embargo, esta técnica legislativa debe ser analizada con detenimiento, por cuanto la compatibilidad de regímenes sancionatorios no puede importar una sobreacción de parte del ordenamiento jurídico respecto de ciertas conductas, de modo que su atribución (legislativa) y ejercicio (juez u órgano administrativo) deben guardar una estricta observancia con el principio de proporcionalidad.

Por último, respecto de la oportunidad procesal para hacer presente la concurrencia del *non bis in ídem*, la Corte Suprema ha sostenido que la aplicación del principio, en caso de concurrencia previa de una pena, se debe alegar al

cia; su temporalidad y divisibilidad, para amoldarse a las características del hechor; condiciones, todas, que no necesariamente están presentes en la sanción administrativa, pero sí son aplicables a crímenes, simples delitos y faltas.”, sin embargo, estos elementos sí pueden estar presentes en materia de sanciones administrativas, de modo que no es posible sostener que se trata de aspectos inherentes o intrínsecos a las penas.

59 Véase modificación al Código de Aguas efectuada por la Ley N° 21.064.

60 Véase los diversos proyectos de ley cuyo objeto es tipificar y sancionar delitos contra con el medio ambiente.

momento deducir la reclamación judicial en contra del acto que impone la sanción administrativa, de modo que, su alegación posterior podría generar un vicio de *ultrapetita*.⁶¹

3.1.2. *Sobre la concurrencia de un procedimiento administrativo previo*

Sobre el particular, cabe determinar qué ocurriría en el caso que la sanción administrativa sea anterior a la penal. En este supuesto, la autoridad judicial podría:

a. *Declarar la nulidad de la resolución y de toda la actuación administrativa para realizar un juicio penal*. Sin embargo, en Chile no está establecida la potestad para que los jueces penales puedan declarar la nulidad de las sanciones administrativas; dicha atribución está entregada a los jueces civiles y a los tribunales superiores de justicia.⁶²

b. *Practicar una compensación*, esto es, descontar de la sanción penal el importe de la medida administrativa previamente impuesta o indagar qué parte del injusto penal se contempló en la sanción administrativa para luego aplicar la sanción penal en aquella parte que no fue considerada. A esta conclusión se puede llegar aun cuando no exista texto normativo que la contemple expresamente, a través la aplicación de los principios de proporcionalidad e *in dubio pro reo*, los cuales exigirían al juez penal considerar la sanción administrativa previa, sobre todo si se trata de medidas de similar naturaleza y finalidad y si se tiene presente el reproche afflictivo y los perjuicios económicos y personales que ha de soportar el imputado o acusado, en su caso.⁶³

c. *Invocar un criterio de temporalidad de la sanción*. Se trata de una aplicación radical del principio consistente en la imposibilidad jurídica de imponer una sanción penal posterior en la medida que concurra la referida triple identidad⁶⁴, dado que el Estado habría

61 Vid. SCS Rol N° 30.176-2017, "Pablo Alcalde con Superintendencia de Valores y Seguros", c. 10°.

62 Esta posibilidad sí está regulada en Alemania en el artículo 86 Ley de Contravenciones.

63 Gallardo, María Jesús, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, (Madrid, Iustel), 2008, p. 318.

64 Al efecto, emblemático resulta la sentencia Rol N° 177/1999, del Tribunal Constitucional español, en la cual se consideró válida la actuación administrativa y se impidió la actuación posterior de la jurisdicción penal, ya que ésa sería la única forma de garantizar la prohibición de doble sanción. En lo que interesa, el TC señaló que "[...] en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada

tomado la decisión de castigar el ilícito con una sanción administrativa, que se aplicó de forma más expedita atendidas las menores exigencias del proceso en el cual se tramitó, circunstancia que obedecería a una interpretación conforme a la Constitución⁶⁵. En este sentido, en un fallo de 1951 la Corte Suprema sostuvo que sí un órgano público impuso una sanción administrativa en uso de su competencia y conforme a sus potestades legales, resulta improcedente aplicar otra de carácter penal toda vez que la acción destinada a este efecto queda “agotada” a consecuencia del procedimiento administrativo que precedió a su ejercicio.⁶⁶

Para Matus esta última alternativa sería inadmisibles. Al efecto, el autor señala que ello quebrantaría el principio de exclusiva competencia de la jurisdicción penal en el enjuiciamiento de los delitos, consagrando de facto la atribución a la Administración de un principio *sui generis* de oportunidad que dislocaría parámetros fundamentales de funcionamiento del Estado de Derecho, y podría poner en peligro la efectiva tutela de los bienes, para él “[...] *esta solución determinaría que la reacción jurídica al hecho careciese de proporcionalidad por defecto, puesto que la sanción administrativa no captaría el completo desvalor del ilícito*”⁶⁷. En esta misma línea, Hernández invoca la necesidad de una regulación legal que impida esta potencial consecuencia, puesto que su

reacción punitiva, la interdicción del bis in ídem no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia por la Administración sancionadora de la legalidad aplicable”, de modo que “irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento”. Ahora bien, el TC posteriormente ha sostenido el extremo opuesto (ej. sentencia Rol N° 152/2001).

- 65 Hernández, Héctor, *Actividad Administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal: algunas necesidades de coordinación legal*, en Arancibia, Jaime – Alarcón, Pablo [Coord.], *Sanciones Administrativas* (Santiago, Legal Publishing), 2014, p. 570, sostiene que si esta tesis es correcta importaría que la autoridad encargada de imponer la sanción posterior, sea judicial o administrativa, debería: a) abstenerse de imponerla en virtud de una interpretación conforme con la Constitución que asumiera que la ley que prevé la sanción posterior contiene lo que él denomina “*un requisito negativo tácito de aplicación*”, esto es, que el hecho no haya sido previamente sancionado en otra sede, o b) someter el asunto a decisión del Tribunal Constitucional (sólo si se trata de un asunto ventilado en un órgano jurisdiccional, dado que si es uno administrativo no se dan los supuestos del artículo 93 N° 6 de la Constitución).
- 66 Sentencia Corte Suprema, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia XLVIII* (1951) 1 y 2, Secc. IV. Asimismo, véase la columna de opinión de Alcalde, Enrique, *Non bis in ídem y penas administrativas*, en *El Mercurio Legal*, 18 de junio de 2012.
- 67 Matus, Jean Pierre [Editor], *Derecho Penal del Medioambiente* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 2004, pp. 159-160.

admisión echaría por la borda valoraciones subyacentes al establecimiento de tipos penales, añade que sí solo se ha de imponer *una* sanción, esta debe ser necesariamente la penal.⁶⁸

Recientemente el tema se ha discutido en relación con la compatibilidad de las sanciones aplicadas por la autoridad sanitaria y posteriormente por la judicatura penal. Al respecto, la situación no es del todo clara, sin embargo, cabe hacer presente que se encuentra en acuerdo ante el Tribunal Constitucional la dictación de un fallo que se pronuncia sobre la aplicación del principio de *non bis in ídem* en este ámbito.⁶⁹

3.2. La diversidad de fundamento como requisito esencial para la aplicación del principio

En términos simples, esta identidad busca determinar si las normas concurrentes protegen o no un mismo bien jurídico. En general las normas no establecen de manera categórica el o los bienes jurídicos que protegen, por lo cual será necesario verificar si en ellas efectivamente existe una doble protección. Por ello, la regulación de sanciones en preceptos diversos no importa *per se* la exclusión de esta identidad, ello por cuanto establecida la confluencia de dos o más disposiciones sancionadoras respecto de un mismo hecho y sujeto, será necesario determinar si el bien jurídico que ambas buscan resguardar queda en todo o en parte subsumido y/o garantizado por la otra disposición concurrente.

Por tanto, será nuevamente el juez o la Administración quienes tendrán que buscar, en los preceptos respectivos, el bien jurídico que se pretende proteger, de tal forma que si los bienes afectados son heterogéneos existirá diversidad de fundamento, mientras que si son homogéneos, en sus enunciados generales, no procederá la doble punición aunque las normas vulneradas sean distintas⁷⁰. Por lo demás, la antijuridicidad de un ilícito podría estar absorbida total o parcialmente en la respectiva pena o sanción en aquellos casos en que exista cierta concurrencia de intereses jurídicos, pese a que su protección en

68 Hernández, Héctor, *Actividad Administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal: algunas necesidades de coordinación legal*, en Arancibia, Jaime y Alarcón, Pablo [Coord.], *Sanciones Administrativas* (Santiago, Legal Publishing), 2014, p. 570.

69 Causa Tribunal Constitucional Rol N° 9.373-2020.

70 Garberí, José, "Principio *non bis in ídem* y cuestiones de prejudicialidad", en *Cuadernos de Derecho Judicial* 11, Tomo XI, 1997, p. 91. Este criterio fue recogido por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol N° 9.729-2002, de 31 de marzo de 2008, "Fernando Mondaca Melet con Superintendencia de Valores y Seguros", c. 16°.

una y otra disposición no sean idénticamente análogas.⁷¹

En definitiva, el hecho de que las leyes dispongan que un mismo hecho u omisión respecto de un mismo sujeto, pueda ser calificado de infracción penal y administrativa o de dos o más infracciones administrativas, no comporta necesariamente la existencia de fundamentos diversos.

Sin embargo, una de las principales problemáticas que ha suscitado la aplicación del principio radica precisamente en determinar si estamos frente a la concurrencia de la identidad de fundamento, el cual no siempre es fácil de establecer y que puede repercutir en la exclusión del principio.⁷²

Para descartar la concurrencia de esta identidad, la Corte Suprema ha sostenido la diversidad de competencias entre los órganos públicos concurrentes y, consecuencialmente, en la diversidad de bienes jurídicos protegidos. Al efecto, ha señalado que “[...] *ambas autoridades proceden en resguardo y defensa de intereses y bienes jurídicos diversos. En un caso se trata de velar por la aplicación de las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, mientras que en el segundo la actuación de la autoridad obedece a un deber impuesto al Servicio Nacional de Salud en orden a velar porque se eliminen o controlen todos los factores, elementos o agentes del medio ambiente que afecten la salud, la seguridad y el bienestar de los habitantes de la Nación en general, incluyendo entre los diversos sitios por cuyas condiciones de saneamiento y seguridad deberá preocuparse, además de ciudades, balnearios, campos y territorios mineros, los lugares de trabajo. [...] Que, en consecuencia, resulta evidente que ambas autoridades han intervenido en el caso en examen en ejercicio de sus atribuciones propias y en defensa de distintos bienes jurídicos, lo que permite descartar de plano la concurrencia en la especie de una infracción al invocado principio non bis in ídem*”.⁷³

No obstante la claridad de los argumentos, cabe efectuar algunos comentarios en relación con la forma de resolución del conflicto. En primer término,

71 Matus, Jean Pierre [Editor], *Derecho Penal del Medioambiente* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 2004, pp. 157-158.

72 Al efecto véase Ossandón Widow, María Magdalena, “El principio *ne bis in ídem* en el sistema jurídico chileno”, en: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, XLII, 3, 2015, p. 87, nota 2, quien explica la divergencia de opiniones sobre el fundamento y alcance de esta prohibición en diversas sentencias del Tribunal Constitucional, las cuales han estado circunscritas a determinar los supuestos fácticos que permiten afirmar que estamos ante “lo mismo” y a distinguir las sanciones de otras consecuencias que impone la ley que no son sanciones propiamente tales.

73 SCS Rol N° 43.460-2016, “Verdenova S.A. con SEREMI de Salud de la RM”, cc. 8° y 9°. En el mismo sentido, SCS Rol N° 100.722-2016, “Procesadora Insuban Limitada con SEREMI de Salud RM”, c. 8°; SCA de Santiago Rol N° 7681-2017, “Constructora Nueva Tarapacá S.A. con SEREMI de Salud RM”, c. 2°; SCA de Puerto Montt Rol N° 183-2015, Instituto Alemán de Puerto Montt con Inspección del Trabajo de Puerto Montt, entre otras.

una solución basada en las competencias de los órganos administrativos haría inaplicable el principio, por cuanto en todos los casos cada órgano actuaría en el ejercicio de atribuciones propias. Enseguida, la diversidad de competencias no es sinónimo de diversos bienes jurídicos, por cuanto en ocasiones el bien jurídico puede ser idéntico total o parcialmente.

Finalmente, la solución dada en el caso *sublite* omite el análisis de regla de abstención expresamente regulada en el artículo 191 inciso 3° Código del Trabajo, conforme a la cual “*Cada vez que uno de los servicios facultados para fiscalizar la aplicación de normas de higiene y seguridad, se constituya en visita inspectiva en un centro, obra o puesto de trabajo, los demás servicios deberán abstenerse de intervenir respecto de las materias que están siendo fiscalizadas, en tanto no se haya dado total término al respectivo procedimiento.*”.

Esta norma tiene por objeto precisamente evitar la doble sanción. Si bien el legislador ha reconocido que diversos servicios tienen competencias para fiscalizar aspectos vinculados con las condiciones de higiene y seguridad en los lugares de trabajo, ha establecido el deber de abstención de cualquiera de ellas cuando otra entidad competente haya iniciado un procedimiento de fiscalización.

Tal obligación tiene por finalidad evitar la duplicidad de funciones y el respeto al principio *non bis in ídem*, consistente en que no procede la imposición de diversas sanciones con ocasión de una misma infracción.

Lo expresado supone que las entidades de que se trata actúen coordinadamente en la materia, conforme con lo dispuesto en el artículo 5° de la ley N°18.575.⁷⁴

3.3. Sobre el efecto acumulativo que un mismo hecho puede generar en un procedimiento sancionador

Uno de los aspectos escasamente estudiados del principio dice relación con la reiterada y sistémica consideración de un mismo supuesto de hecho en el procedimiento administrativo sancionador, lo que tiene como consecuencia un incremento de la gravedad de la infracción y/o de la sanción.

Al respecto, cabe tener presente que uno de los fundamentos que sustentan el *non bis in ídem* es la proporcionalidad, la cual exige una retribución adecuada entre la gravedad del ilícito imputado y la sanción aplicada, no una “*sobrerreacción*” del ordenamiento jurídico que atente contra este equilibrio.

74 Véase dictámenes N°s. 38.735, de 2015 y 20.065, de 2017.

De esta forma, tal como sostiene la doctrina, “[...] *la proporcionalidad de la sanción constituye una materialización de la garantía de igualdad en la protección de los derechos, si se sanciona dos veces por lo mismo, se afecta la proporcionalidad de la sanción en relación al ilícito, incurriendo, por consiguiente en arbitrariedades*”.⁷⁵

Lo anterior implica que un mismo supuesto de hecho no puede ser apreciado en más de una ocasión para agravar el ilícito y la sanción dentro de un mismo procedimiento administrativo, esto es, toda circunstancia debe ser calificada una sola vez dentro de un procedimiento y no de manera *sistémica, sucesiva y acumulativa*. De este modo, un hecho no puede ser utilizado para agravar dentro de un mismo procedimiento, en cada una de sus diversas etapas o fases, la medida punitiva que se aplicará al particular. Esto implica que, si un hecho ha sido tomado en consideración para calificar la conducta infraccional, no es lícito volver a tenerlo en cuenta por segunda o ulterior vez para agravar la conducta y/o la sanción.

El *non bis in ídem* prohíbe que ciertas circunstancias, aspectos o hechos puedan ser objeto de una doble valoración para la determinación de la sanción. Así, no sólo se proscribe la doble sanción de un mismo hecho, sino también la circunstancia de volver a valorarlo para determinar la sanción aplicable. En definitiva, se prohíbe una valoración múltiple, reiterada y sucesiva de circunstancias de hecho en la fundamentación del acto que aplica la sanción.

Por lo tanto, no sólo constituye una infracción a este principio la consideración del hecho base infraccional, sino también otros elementos o circunstancias que determinen un aumento en la sanción, como serían las calificantes o agravantes de infracción y/o de la responsabilidad.

De esta manera, el alcance principio en su sede material es bastante amplio, por cuanto “[...] *la prohibición implica la ilicitud de utilizar cualquier circunstancia que ya se haya tenido en cuenta como elemento constitutivo de la infracción o factor determinante de la sanción*”.⁷⁶

En materia penal no aumentan la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la

75 Gómez, Rosa Fernanda (2017): “*El non bis in ídem en el Derecho Administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa*”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso) XLIX, pp. 101-138.

76 Cano, Tomás, *Sanciones Administrativas* (Madrid, Lefevre), 2018, p. 63.

conurrencia de ellas no puede cometerse (artículo 63 del Código Penal)⁷⁷. Se trata de una regla que se puede aplicar aun cuando no exista texto legal expreso que así lo establezca, ya que el fundamento y operativa del principio se encuentra en la Constitución, como lo ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina.

En este sentido, el Tribunal Supremo Español sostuvo que “[...] un elemento integrante del tipo no puede ser a la vez circunstancia de especial agravación”, puesto que, “[...] se tomaría como circunstancia de singular agravación lo que es, en realidad, una nota generalizada del comportamiento punible”⁷⁸. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en un fallo de 27 de febrero de 1998, se sostuvo que “[...] una misma circunstancia fáctica o normativa no puede integrar a la vez, un elemento constitutivo del tipo infraccionar y una circunstancia de agravación”, puesto que en dicho supuesto se infringe el principio *non bis in ídem*.

En definitiva, no es posible una doble valoración del hecho como elemento constitutivo del tipo, por una parte, y como circunstancia calificante de la infracción y/o como circunstancias agravantes de la sanción, porque sería sancionar dos veces por lo mismo⁷⁹. Así, el principio *non bis in ídem* en su vertiente material “[...] impide apreciar como agravante una circunstancia que ya esté implícita en el tipo infractor, haya sido considerada autónomamente o bien para definir una infracción”.⁸⁰

4. Reflexiones finales

Existe un amplio consenso a nivel dogmático y jurisprudencial en cuanto a que el *non bis in ídem* es aplicable en materia de sanciones administrativas. Sin embargo, a diferencia de lo que acontece con otros principios, no cabe una matización del mismo, de modo que, ante la concurrencia de la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, se debe dar lugar a su aplicación sin matices.

77 Sobre el particular se puede ver Garrido, Mario, *Derecho Penal, Parte general, Tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 317 y ss.; Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte General* (2° edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 521 y ss.

78 STS de 17 de abril de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso N° 305/1991.

79 Rebollo et al (2008), p. 368.

80 Ochoa, Fernando (2012): “Entre redención y castigo. Un análisis a la potestad sancionadora de la Administración en el marco de la nueva institucionalidad ambiental”, en: *Ars Boni et Aequi*, año 8, N° 1, p. 120.

Ahora bien, no obstante la claridad de su planteamiento, es un principio de limitada y escasa aplicación práctica, lo cual se explica por la diversidad de fundamentos utilizados por el legislador para sancionar una determinada conducta, lo cual muchas veces se expresa en habilitaciones que hacen compatibles diferentes sanciones administrativas o sanciones penales y administrativas, como ocurre en materia de mercado financiero.

Lo anterior, puede llegar a constituir una infracción al principio de proporcionalidad, por cuanto se produce una sobrerreacción del ordenamiento jurídico respecto de un mismo hecho. Por ello, no es efectivo que el único obligado a respetar el principio sea la autoridad administrativa o judicial, sino que también lo es el legislador.

La deficiente regulación del *non bis in ídem* plantea diversas problemáticas, tales como si existe alguna preferencia entre el orden penal y el administrativo, cuándo estamos frente a una efectiva identidad de fundamento o si un mismo hecho se puede considerar más de una vez dentro de un mismo procedimiento sancionador.

En definitiva, el *non bis in ídem* en un principio respecto del cual aun quedan muchos aspectos que analizar.

CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

*Vicente Aliaga Medina*¹

Lizzy Seaman Espinosa^{2,3}

Resumen

Las características de la Administración del Estado en nuestro ordenamiento jurídico han llevado a poner en el centro de los análisis de la organización y de la actuación administrativa las relaciones de jerarquía y tutela, propias de un Estado centralizado. Sin embargo, junto a estas líneas de relación, la interacción entre organismos administrativos también se da en razón de la coordinación, principio elemental y de general aplicación en la organización de la Administración.

El presente trabajo aborda el rol del principio de coordinación mediante el análisis de su aplicación en la jurisprudencia administrativa, y en la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema durante el año 2020. Dicho estudio permite delinear ciertos criterios generales, efectos y estándares de actuación que la jurisprudencia ha configurado progresivamente en las decisiones analizadas, lo que da cuenta tanto de la generalidad de su aplicación dentro de Administración del Estado como de su adaptabilidad a las diversas situaciones que los entes administrativos deben enfrentar en el ejercicio de sus funciones.

1 Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de O'Higgins. Correo electrónico: vicente.aliaga@uoh.cl.

2 Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Master of Laws, New York University. Docente de la Universidad de O'Higgins. Correo electrónico: lizzy.seaman@uoh.cl

3 Los autores agradecen los comentarios de los profesores Carlos Carmona Santander, Luis Cordero Vega, Jaime Gajardo Falcón y Cristian Montero Cartes.

1. Introducción

Es difícil encontrar en nuestro medio trabajos cuyo objeto central sea la coordinación administrativa⁴. A pesar de la poca atención que ha recibido, su aplicación supone una de las principales formas de interacción de los organismos de la Administración, la que permite el correcto desarrollo de sus funciones y el ejercicio de sus atribuciones en zonas muchas veces grises de la actuación administrativa o donde el principio de legalidad aplicado en forma estricta puede verse superado por la fuerza de la realidad.

Ello es especialmente relevante en un ordenamiento donde la evolución de la organización administrativa -llevada por las necesidades cada vez más acuciantes, en lo técnico y en lo específico, de los sectores de la regulación y actividad estatal- ha sentido fuertemente el peso de la especialización y complejización del aparato administrativo, con el consecuente riesgo de atomización del poder⁵ y, por tanto, de ineficacia e ineficiencia del actuar administrativo.

Para comprender las implicancias y efectos de la coordinación, es necesario estudiar la aplicación práctica que ha tenido en nuestro país, con el fin de identificar sus efectos, extensión y limitaciones. Proponemos emprender esta tarea a partir de dos consideraciones metodológicas: primero, si bien siempre resultan útiles, no es posible atender únicamente a construcciones dogmáticas o normativas comparadas, en la medida que las relaciones de coordinación que se dan en otros países responden a un específico sistema de gobierno, con niveles del aparato público configurados de una forma distinta a la nacional y que, por tanto, tienen relaciones interadministrativas que no necesariamente poseen un correlato en nuestro sistema; segundo, para aproximarnos a la práctica resulta útil, aun con las limitaciones que ello pueda tener, revisar la jurisprudencia administrativa y judicial, en la medida que sus decisiones abordan situaciones reales de coordinación y las exigencias y efectos que este principio trae aparejado de acuerdo a la Contraloría y a los tribunales.

En línea con lo anterior, el presente trabajo busca avanzar algunas reflexiones acerca de las decisiones emanadas de nuestra jurisprudencia administrativa y judicial, y aportar algunos elementos para el estudio de las relaciones de coordinación administrativa. Para ello, primero, se examinarán algunos

4 Un trabajo que trata centralmente el principio es el de Szmulewics, Esteban, “Problemas de coordinación entre niveles de gobierno: perspectivas a partir de los impactos del Covid-19”, en Rojas, Christian; Ferrada, Juan Carlos; y Méndez, Pablo, *Derecho Público y Emergencia*, (Thomson Reuters), 2021, pp. 185-2011.

5 Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, (Marcial Pons), 1998, p. 10.

conceptos generales sobre la materia. Segundo, se revisará la jurisprudencia administrativa, la que, dadas sus características y rol institucional, resulta clave para entender cómo funciona la coordinación en la práctica en el aparato público nacional. Tercero, se revisarán las principales decisiones de la Corte Suprema en que se aplicó este principio durante el año 2020 (lo que viene haciendo desde hace algún tiempo ya⁶), y cómo se ha ido construyendo en sus sentencias un entendimiento de aquél como una exigencia de buen funcionamiento de la Administración.

Cabe hacer presente que este trabajo es una primera aproximación al estudio de las relaciones de coordinación que existen en el aparato administrativo. Por ello, se centrará en el estudio de los efectos y categorías del principio general de coordinación que rige a la Administración, que es posible encontrar en la jurisprudencia, sin entrar en las diversas normas específicas que establecen instancias (comisiones, comités, etc.), instrumentos (planes, programas, etc.) o sistemas de coordinación (como el sistema de evaluación de impacto ambiental) establecidos por normas legales expresas, dada la entidad y efectos de estas regulaciones, como se explicará a lo largo del trabajo.

2. Algunos aspectos generales

En nuestro país, las funciones de gobierno y administración del Estado han sido entregadas por la Constitución al Presidente de la República (artículo 24), lo que implica que toda la Administración se organiza en torno a él. Bajo esta idea, las relaciones con este poder central explican la manera como se estructuran orgánicamente los entes administrativos⁷⁻⁸. Esto ha llevado, como señala Valdivia, incluso a entender que la única manera de exceptuar a un ente administrativo del ámbito de acción del Presidente es a través de una norma de rango constitucional⁹.

Así, la Administración del Estado constituye una sola gran organización, independiente de los distintos sistemas que es posible encontrar en su seno, tales como la centralización y descentralización¹⁰, o de otras figuras como

6 Ver por ejemplo, Cordero, Luis, *El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia*, (Der Ediciones), 2020, p. 82 y siguientes.

7 Cordero, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, (Thomson Reuters), 2015, p. 206.

8 Daniel, Manuel, *La organización administrativa en Chile. Bases Fundamentales*, (Jurídica de Chile), 1982, p. 107.

9 Valdivia, José Miguel, *Manual de derecho administrativo*, (Tirant lo Blanch), 2018, p. 95.

10 Daniel, Manuel, Op. cit. nota 8, p. 107.

la desconcentración o las autonomías constitucionales que forman parte de ella¹¹. Aun existiendo distintos niveles de relación con el poder central en cada uno de estos casos, y facultades más o menos intensas para dirigir su actuación (hasta incluso desaparecer en el caso de las autonomías constitucionales o los órganos con un alto grado de autonomía legal), existen fines o fundamentos de la actuación comunes para todos los entes administrativos. Ellos, a nuestro entender, se traducen en la búsqueda y resguardo del bien común y del desarrollo del país, la satisfacción de necesidades públicas en forma continua y permanente, y en el hecho de que la Administración está al servicio de la persona humana, de acuerdo con el artículo 3 de la LOCBGAE.

En este contexto, la posibilidad efectiva de que los distintos organismos administrativos cumplan esos fines generales, así como los intereses públicos específicos puestos a cargo de cada uno de ellos (eficacia), y además con el debido resguardo de los recursos y esfuerzos públicos (eficiencia), pasa en gran medida porque sus componentes actúen de manera armónica, sin entorpecimientos mutuos, y concertando las distintas facultades y capacidades que existen en su organización para alcanzar los resultados esperados.

Ahora, si bien la exigencia de coordinación es inherente a cualquier organización, sea pública o privada, en el campo administrativo esta se hace aún más acuciante. Ello se debe precisamente a los fines de interés general y de resguardo del bien común que la Administración tiene a su cargo, al uso de recursos públicos que existe de por medio, a las limitaciones propias de la legalidad (que aquí obliga a convocar a distintos organismos para que complementen sus competencias y logren intervenciones o actuaciones que por sí solos no lograrían), y a las exigencias del principio de probidad (que incluye la eficiencia y eficacia en la gestión administrativa como parte del interés general)¹².

Así, la coordinación es un principio elemental de la organización y actuación administrativa. De ahí que sea posible encontrarla reflejada en diversos preceptos constitucionales¹³, legales¹⁴, reglamentarios y en actos administra-

11 Así, por ejemplo, para Contraloría el Ministerio Público es un ente de rango constitucional que no forma parte de la Administración. Dictámenes N° 31.253, de 2005, y 11.927, de 2009.

12 LOCBGAE, artículos 52, inciso segundo, y 53, inciso primero.

13 Por ejemplo, los artículos 19 N° 9, párrafo tercero; 33, inciso segundo; III inciso tercero; II5 bis, inciso segundo; II8, inciso octavo; y 123, inciso primero.

14 Por ejemplo, las leyes más relevantes en el ámbito administrativo, contemplan normas al respecto.
-Ley N° 18.575 (LOCBGAE): artículos 3, inciso segundo; 5, inciso segundo; 23, inciso segundo; y 24.
-Ley N° 18.695 (LOCM): artículos 7, inciso segundo; 10; 16 bis, inciso quinto; 23, letra b); 26, letra b); 30, inciso segundo; 31, inciso primero; 63, letras k) y l); 102, inciso final; 104 A; 104 E, letra f); 104 F, inciso onceavo; y 137, letra f).

tivos. Su expresión más relevante, por la generalidad de su formulación y el alcance de su aplicación, es la de la LOCBGAE, la que lo contempla dentro de los principios por los que debe regirse la Administración (artículo 3), definiéndolo su artículo 5, inciso segundo: “Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones”.

En la diferenciación efectuada por algunos autores en trabajos cercanos a la fecha de dictación de la LOCBGAE, se trata de uno de los “principios administrativos” o “técnicos” que consagra este cuerpo normativo, en contraposición, por ejemplo, a los de carácter jurídico (como legalidad y responsabilidad).

Pantoja incluye dentro de los “principios administrativos” los de coordinación, eficiencia, eficacia y control, señalando que para los “especialistas en administración general, gerencial o ciencia de la administración” estos son relevantes porque apuntan a corregir un comportamiento inercial del aparato administrativo; agregando que fue una preocupación en la elaboración de los anteproyectos de la ley el incorporar “variantes innovadoras en las formas de trabajo de la Administración”. Señala también que, puesto en relación con otros principios de la LOCBGAE, en especial el de actuación de oficio, la coordinación adquiere un valor más relevante en orden a exigir a la Administración “iniciativa, creatividad y actitud dinámica, a actuar en forma ágil y simple, a eliminar maneras de actuar internas engorrosas o entrabantes y a exigir que se actúe ‘sin más formalidades’”¹⁵ que las que establezcan las leyes y reglamentos.

Caldera, por su parte, considera dentro de la categoría de “principios técnicos” los de eficiencia, eficacia, coordinación, unidad de acción y optimización en el uso de los medios, señalando que su cumplimiento permite a los entes administrativos “un adecuado y creciente grado de satisfacción de las necesidades colectivas en beneficio de la población”¹⁶.

Como señala la LOCBGAE, el principio de unidad de acción guarda una estrecha relación con la coordinación. De acuerdo a Caldera, el primero

-Ley N° 19.175 (LOGGAR): artículo 2, letras j) y n); 4, letra k); 16, letra c); 17, letras e), f) y h); 18, letra e); 19, letra b); 20 bis, inciso segundo; 24, letra m); 64, letras c) y f); 68, inciso segundo; 68 quáter, inciso primero; 104 bis, inciso primero; 104 ter, letras a) y b); y 104 quinquies, letra b), párrafos primero y sexto.
-Ley N° 19.880 (LBPA): artículo 37 bis.

15 Pantoja, Rolando, *Bases generales de la administración del Estado*, (Ediar-Conosur), 1987, p. 66.

16 Caldera, Hugo, “Principios funcionales y técnicos de los órganos públicos que integran la administración del Estado”, en *Revista de Derecho Público*, N° 41/42, (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 1987, p. 166.

presupone el segundo, y tiene relevancia en casos en que existen varios organismos administrativos que están actuando al mismo tiempo sobre la satisfacción de un mismo tipo de necesidades colectivas, llevan a cabo tareas distintas para dar respuesta a una misma necesidad o cuando desarrollan actividades similares o idénticas como etapas para dar cumplimiento a necesidades colectivas distintas¹⁷. En palabras de Cordero, “exige a los organismos que actúan coetáneamente una solución unificada para atender una necesidad pública”¹⁸.

Además de la formulación que establece la LOCBGAE de la coordinación como un principio, podemos encontrar una serie de expresiones de la misma en distintas normas legales: obligaciones para los organismos de actuar coordinadamente en un sector o en un procedimiento específico; facultades o potestades que el ordenamiento entrega a un ente para coordinar a otros; instrumentos o técnicas de coordinación, como comisiones o consejos que reúnen organismos con distintas competencias, procedimientos en que participan diversos entes ejerciendo sus propias facultades, planes, políticas, etc.; e instituciones o instrumentos establecidos para un fin determinado que permiten además un actuar coordinado, o la unificación de ciertos criterios, por ejemplo, contratos marco, comisiones de servicio, etc.

Ahora bien, los efectos de la coordinación como principio y de las normas legales de coordinación no son equivalentes, en especial con respecto a la intensidad de las obligaciones correlativas. De ahí que la doctrina nacional, coincidente con la doctrina española, ha diferenciado estos dos puntos de vista a través de los conceptos de coordinación y cooperación¹⁹. La coordinación (forzosa, o en sentido estricto) implica una posición de superioridad del órgano coordinador, en virtud de la cual su decisión debe ser cumplida por los coordinados y condiciona el ejercicio de las competencias de estos últimos. Bajo esta idea, se dice, existe una facultad directiva del coordinador sobre los coordinados, quienes están en un plano de inferioridad a su respecto, que no puede presumirse sino que debe venir otorgada expresamente por el derecho positivo. Además, al encontrarse establecida por una norma expresa, su incumplimiento podría acarrear un vicio de ilegalidad del acto respectivo. Aquí

¹⁷ Caldera, Hugo, Op. cit. nota 16, p. 170.

¹⁸ Cordero, Luis, Op. cit. nota 6, p. 85.

¹⁹ Por ejemplo, ver Cordero, Eduardo, “El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos”, en *Revista de Derecho*, N° XXIX, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2007, p. 283; Cordero, Luis, Op. Cit. nota 7, pp. 203-204; Valdivia, José Miguel, Op. cit. nota 9, p. 90.

hay una relación de verticalidad, pero que no alcanza las notas propias de una relación de jerarquía.

Por su parte, la cooperación (o coordinación voluntaria) se realiza en un plano de igualdad entre los coordinados. En este caso, no sobresale uno por sobre los otros, y la relación de coordinación se desarrolla bajo el parámetro de la voluntariedad, donde los mismos entes buscan facilitar las actuaciones de los demás o concertan acciones encaminadas al cumplimiento de fines comunes. Acá la relación es de horizontalidad.

Además de estos dos, existen otros conceptos que se han utilizado por algunos autores en otras latitudes para describir las relaciones interadministrativas. El auxilio, por ejemplo, implica la ayuda o colaboración incidental que un ente puede pedir a otro para el ejercicio de sus atribuciones en una situación concreta²⁰. A su vez, la colaboración, se traduce en “el ejercicio conjunto de competencias de cada uno de los entes que aúnan sus actividades al objeto de optimizar sus resultados”²¹. Para otras, el deber de colaboración, que también se conoce como deber de lealtad institucional, se traduce en el derecho positivo español en ciertas obligaciones recíprocas entre los organismos administrativos: el respeto ante el ejercicio de las competencias de otros entes; el deber de ponderar, al ejercer las propias competencias, todos los intereses públicos afectados, y en concreto los que están a cargo de otros organismos administrativos; facilitarse información de manera recíproca; y prestar asistencia a otros entes que lo necesiten para el ejercicio de sus atribuciones²².

Como sea, es difícil intentar encuadrar las relaciones de coordinación que se dan en nuestro país a partir de los conceptos propios de otros sistemas. Ello, en la medida que muchas de estas relaciones vienen condicionadas por la forma de Estado y la manera como se organiza la Administración. De hecho, todas estas distinciones conceptuales descritas en los párrafos anteriores no tienen expresión en nuestra LOCBGAE, la que solamente se refiere al principio de

20 Cosculluela, Luis, *Manual de derecho administrativo*, (Thomson Reuters), 2017, p. 189.

21 Cosculluela, Luis, Op. cit. nota 20, p. 187. Se debe hacer presente que la idea de “colaboración” no es desconocida en nuestro ordenamiento en el ámbito administrativo, ya que existen leyes que lo utilizan (por ejemplo, artículo 4 de la ley N° 20.405, que creó el Instituto de Derechos Humanos), y también es referida en la jurisprudencia administrativa (por ejemplo, dictamen N° 32.401, de 2017; oficio N° 20.743, de 2019; entre muchos).

22 Sánchez Morón, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, (Tecnos), 2019, p. 264. En el mismo sentido, Escuin Palop, Catalina, *Curso de derecho administrativo. Parte general*, (Tirant Lo Blanch), 2011, pp. 127-128, aunque distingue entre el deber de lealtad institucional (que incluye las dos primeras obligaciones) y el deber de auxilio mutuo (que incluye las dos segundas).

coordinación y a la noción de unidad de acción en lo que aquí interesa (sin perjuicio de otras leyes que establecen deberes específicos de coordinación).

Lo anterior es relevante porque la exigencia de unidad funcional que impone la LOCBGAE a la Administración no solo puede ser alcanzada a través de la vía de la coordinación, sino también mediante los sistemas de organización típicos que existen en nuestro medio: la centralización y descentralización. Así, las relaciones de jerarquía o dependencia y las de supervigilancia o tutela (propias de ambos sistemas, respectivamente), se traducen en una serie de prerrogativas que permiten, de una u otra manera, de forma más directa o indirecta, y con mayor o menor intensidad, dirigir la actuación de los órganos administrativos y alcanzar la unidad funcional.

Daniel indicaba, en la década de los ochenta, que la organización administrativa requiere un centro unitario hacia el cual todos los “órganos se ordenen y coordinen; sin esta unidad en la variedad no puede haber, en realidad, una administración funcionalmente eficaz”, para lo cual se idearon tales sistemas organizativos²³. Respecto del primero, indicaba que “la unidad funcional se consigue con mayor facilidad en este sistema centralizado, pues la planificación y la ejecución de las políticas administrativas se conjugan de un modo más coordinado y uniforme”²⁴. En cuanto a la tutela o supervigilancia, señalaba que su objetivo “es mantener la coordinación, dentro de la unidad central y superior, de todos los órganos administrativos, cualquiera sea el grado de su libertad de gestión administrativa”. Acá, las facultades del poder central dependerán de lo que establezca la ley en cada caso concreto, siendo las más comunes las relacionadas con el agente u órganos (nombramiento y remoción en cargos de exclusiva confianza, por antonomasia) o con sus actos (ratificación o revisión de los mismos, por ejemplo)²⁵.

Lo anterior explica también el porqué las relaciones de coordinación en nuestro medio no han recibido mayor atención: la forma usual en que se logra la unidad de acción en un sistema administrativo como el chileno es a través de las distintas relaciones jerárquicas o de dependencia y de supervigilancia o tutela a que están sujetos los servicios y organismos administrativos.

En España, donde la autonomía de las administraciones territoriales tiene un grado mucho mayor y se encuentra reconocida a nivel constitucional,

23 Daniel, Manuel, Op. cit. nota 8, p. 98.

24 Daniel, Manuel, Op. cit. nota 8, p. 108.

25 Daniel, Manuel, Op. cit. nota 8, p. 105.

la categorización entre coordinación y cooperación tiene mucha mayor relevancia. La existencia de distintas entidades a las cuales se les otorga autonomía y de competencias territoriales coincidentes entre los distintos niveles, lleva ínsito riesgos de superposiciones, contradicciones y conflictos de competencia. En un sistema constitucional de estas características, la necesaria cohesión institucional del Estado no se asienta sobre los principios de jerarquía y tutela administrativa, los que son reemplazados por los de dirección y coordinación²⁶. Como señala Santamaría, esta última constituye así “una exigencia ineludible de todo Estado compuesto”²⁷. También adquiere mucho más sentido distinguir entre la coordinación y la cooperación, en cuanto la primera, “está en los límites de lo que permite el reconocimiento constitucional de la autonomía de las Administraciones territoriales”²⁸, en la expresión de Esteve.

En nuestro país, la mayoría de los conflictos que pudiesen suscitarse en materia de coordinación podrán ser resueltos a través de las facultades propias de la jerarquía y de la tutela, según corresponda. Sin embargo, y a pesar de ello, el principio y las facultades de coordinación tienen en nuestro medio efectos prácticos en el funcionamiento de los entes administrativos, que muchas veces pasan desapercibidos en la medida que forman parte del desarrollo normal de sus tareas y de sus relaciones.

Por ello, para conocer cómo efectivamente la exigencia legal de coordinación influye en nuestra Administración, hace falta revisar las decisiones de la jurisprudencia administrativa y judicial en esta materia. En principio, este planteamiento también tiene el problema de que gran parte de los dictámenes o sentencias reflejan los comportamientos patológicos de los organismos públicos, es decir las descoordinaciones, pero, como se verá, también es posible extraer algunos criterios generales o generalizables que describen lo que se espera o se entiende por Contraloría y los tribunales como un actuar coordinado de la Administración.

26 Sánchez Morón, Miguel, “La coordinación administrativa como concepto jurídico”, en *Documentación Administrativa*, N° 230/231, (Instituto Nacional de Administración Pública), 1992, pp. 18-19. Según el autor, la cohesión institucional del Estado se entiende como “aquel conjunto de reglas, valores, principios y actitudes de las distintas instituciones públicas y de los diferentes niveles de gobierno y administración, relativas a sus relaciones recíprocas, que permitan un regular y ordenado funcionamiento de todos ellos para la consecución de los fines que constitucionalmente les están atribuidos”. Sánchez Morón, Miguel, “La coordinación administrativa como concepto jurídico” p. 13.

27 Santamaría Pastor, Juan, *Principios de derecho administrativo*. Volumen I, (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.), 2002, p. 133.

28 Esteve Pardo, José, *Lecciones de Derecho administrativo*, (Marcial Pons), 2016, p. 143.

Por último, no podemos dejar de mencionar que la coordinación es uno de los elementos que se considera como parte del derecho a una buena administración²⁹, lo que incluso ha sido reconocido por la Contraloría³⁰.

3. La coordinación según la jurisprudencia administrativa

La Contraloría General de la República ha aplicado en incontables ocasiones el principio general de coordinación de la LOCBGAE. Ello, con motivo de su potestad dictaminante, principalmente, pero también relacionado con los procedimientos de toma de razón y de fiscalización.

Los criterios contralores se enmarcan en la relación directa y permanente que la Contraloría tiene con los organismos administrativos. Como se sabe, a través de su potestad dictaminante, absuelve consultas de los servicios respecto a la manera en que deben ejercer sus competencias o reclamos de particulares para que defina si el actuar de un organismo se ajusta al ordenamiento jurídico. A ello se suma el procedimiento de toma de razón, como instancia de revisión constante de los actos de una gran cantidad de entes administrativos (aunque gran parte de tales actos se encuentren exentos del trámite³¹). Esto hace que Contraloría tenga una posición privilegiada institucionalmente para definir los criterios de aplicación del principio de coordinación, en la medida que suele ser un elemento que permite

dar respuesta a situaciones en que existe la duda de cómo proceder, lo que denota su carácter casuístico y práctico.

A ello se suma el valor que tienen los dictámenes de Contraloría en nuestro ordenamiento, como un elemento esencial en el sistema administrativo. Es sabido que, para la misma jurisprudencia administrativa, y dadas las características con que la ley orgánica de Contraloría dota a sus dictámenes³²

29 Para revisar un planteamiento del punto en nuestro derecho, ver Linazasoro, Izaskun, “El derecho a una buena administración pública en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, N° 88, (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2018, p. 97.

30 Dictamen N° E45754, de 2020, donde se indica que la Administración está “sometida a los principios de servicialidad, eficiencia, eficacia, coordinación y celeridad, de manera que su debida observancia garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos y, entre ellos, el Derecho a la Buena Administración”. También en la resolución N° 7, de 2019, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón, Contraloría indica que dicho examen vela por el derecho a una buena Administración, entre otros principios (considerando N° 3).

31 Cordero, Luis, “La Contraloría General de la República y la toma de razón: fundamento de cuatro falacias”, en *Revista de Derecho Público*, N° 69, (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2007, pp. 157-159. Rajevic, Enrique, y Garcés, María Fernanda, “Control de legalidad y procedimiento de toma de razón”, en *Un mejor Estado para Chile*, (Consorcio para la Reforma del Estado), 2009, p. 618.

32 Los dictámenes de la Contraloría General de la República son obligatorios para los abogados, fiscales o asesores jurídicos de los servicios y entes que forman parte de la Administración y son los únicos

estos no sólo son obligatorios para el caso que resuelven, sino que se aplican también a cualquier caso o situación concreta que caiga dentro del contexto del dictamen³³ que se pueda producir en el futuro.

3.1. Definición y efectos de la coordinación según la jurisprudencia administrativa

La Contraloría utiliza la idea de coordinación para referirse, al menos, a dos aspectos distintos: coordinación interna y coordinación externa.

Dado el carácter general de la coordinación como principio de la organización administrativa, en variados dictámenes y decisiones se refleja una idea de coordinación interna, que en palabras sencillas, implica ordenar, disponer y organizar los elementos materiales y personales de la mejor manera posible para el trabajo interno de un servicio³⁴. Sin embargo, excede del objetivo de este trabajo su tratamiento. Solamente queremos recalcar que existen decisiones de Contraloría en que ha establecido criterios en la materia, la que no ha sido tratada mayormente en la medida que el acento ha estado en considerar la coordinación desde un punto de vista interadministrativo, a partir de las categorías del derecho comparado, como indicamos.

3.2. Criterios generales

La jurisprudencia administrativa ha definido y caracterizado el principio general de coordinación a partir de preceptos contenidos en el Título I de la LOCBGAE, “Normas Generales”, desde donde se han construido sus contenidos y efectos. Ello no deja de ser relevante dadas las características de este apartado, el que es “aplicable a todos los órganos de la Administración, con independencia de sus singularidades”³⁵ (a diferencia del Título II).

De lo anterior se deriva una serie de nociones respecto a la coordinación, las que podemos ver reflejadas en las decisiones del ente contralor en esta materia. Así, lo primero es que la coordinación se debe concebir como un principio

medios que pueden ser hechos valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa. Artículos 19 y 6, respectivamente, de la ley N° 10.336.

33 Cordero, Luis, “La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista”, en *Anuario de Derecho Público* 2010, (Universidad Diego Portales), 2010, pp. 170-171.

34 Funciones que la ley entrega, por ejemplo, a los Subsecretarios de cada Ministerio (artículo 14 del DFL N° 7.912, de 1927, del Ministerio del Interior, que organiza las secretarías de Estado).

35 Dictamen N° 56.884, de 2015.

general de la organización administrativa³⁶. Si bien es un principio general de cualquier entidad, en el caso de la Administración, que es una organización compleja y de gran volumen, se requiere coordinación para alcanzar la unidad de acción necesaria para cumplir los objetivos de bien común que tiene a su cargo.

De la mano de lo anterior, la Contraloría ha señalado que la coordinación es un deber, no una mera recomendación o facultad³⁷. Es decir, estamos frente a una exigencia legal y, como tal, tiene todo el efecto que el Derecho posee como sistema de ordenación de la conducta³⁸. Ello hace que el cumplimiento de la exigencia de una acción administrativa coordinada pueda ser controlada y que su incumplimiento dé lugar a responsabilidad.

Por otra parte, el mandato de coordinación de la LOCBGAE se traduce en que la Administración debe actuar como un todo armónico que propenda a la unidad de acción³⁹, idea que evoca un cierto objetivo general y transversal de toda la actuación administrativa. En relación con ello, en ciertos casos la jurisprudencia ha señalado que esa finalidad común, “se traduce en facilitar el acceso a la ciudadanía a las distintas prestaciones de las entidades públicas mediante el mecanismo de la coordinación y con ello dar cumplimiento al deber de servicialidad del Estado”⁴⁰.

De hecho, en algunas de sus decisiones, Contraloría ha señalado que el incumplimiento del deber de coordinación entre dos organismos administrativos no puede tener efectos perjudiciales para los particulares⁴¹ (o incluso para los funcionarios públicos en materias de personal)⁴², criterio que, creemos, debe ser manejado con cuidado, en la medida que podría implicar, en el extremo, sanear o validar situaciones contrarias al ordenamiento o que provoquen efectos negativos respecto de terceros, por el solo hecho de que existió un problema de coordinación (por ejemplo, un ente otorga una autorización sin consultar a otro que posee los antecedentes del solicitante, los cuales dan cuenta de que no cumple con los requisitos para obtenerla). De acuerdo al principio de no formalización (artículo 13 de la LBPA), no todos los vicios de

36 Dictámenes N° 91.166, de 2014; 19.524, de 2017; 26.955, de 2018; y E35073, de 2020.

37 Dictámenes N° 35.008, de 1997; 91.166, de 2014; 19.524, de 2017; 26.955 de 2018; y E35073, de 2020.

38 Pantoja, Rolando, *Bases generales de la administración del Estado*, (Ediar-Conosur), 1987, p. 66.

39 Dictámenes N° 26.955, de 2018, y E35073, de 2020.

40 Dictamen N° 26.955, de 2018, y E35073, de 2020.

41 Dictamen N° 31.935, de 2014.

42 Dictamen N° 25.296, de 2018.

procedimiento o de forma de un acto administrativo tiene la aptitud suficiente para afectar su validez, ya que se requiere que recaigan en un requisito esencial del mismo, ya sea por su naturaleza o porque alguna norma lo establece como tal, y genere perjuicio al interesado. Así, de darse estas condiciones, en razón de una falta de coordinación, de todas maneras debería existir la posibilidad para la Administración de invalidar el acto.

3.3. Entidades a las que aplica

En cuanto al alcance del deber de coordinación, es posible ver su gran amplitud a través de las decisiones contraloras: abarca al aparato administrativo completo. Así, obliga a todos los entes públicos “con independencia del carácter autónomo, personificado o centralizado de que estén revestidos”⁴³. Por ejemplo, respecto de las municipalidades, Contraloría ha señalado que deben observar el principio de unidad de acción, consagrado en la LOCBGAE, así como el deber de coordinación que establece el artículo 5, inciso 2, de la misma, agregando que tales preceptos se ubican en su Título I, “denominado ‘normas generales’, las que son plenamente aplicables a las municipalidades”⁴⁴. Incluso ha señalado que uno de los límites a los que está sujeta la autonomía de las municipalidades es “la debida coordinación con el resto de los organismos públicos” consagrada en la LOCBGAE y en la LOCM⁴⁵. El principio también alcanza a las empresas del Estado⁴⁶, universidades estatales⁴⁷, corporaciones municipales a cargo de la salud⁴⁸, e incluso a Contraloría⁴⁹. Con respecto a esta última, de uno de sus dictámenes es posible concluir que si bien el deber o principio de coordinación la vincula, se deben considerar ciertos matices en la materia, derivados de su calidad de entidad fiscalizadora de la Administración activa y su autonomía⁵⁰.

43 Dictámenes N° 91.166, de 2014, y 19.524, de 2017.

44 Dictamen N° 35.008, de 1997.

45 Dictamen N° 32.668, de 2004. Los otros límites son el ordenamiento jurídico mismo y los planes nacionales y regionales que regulan determinadas actividades.

46 Oficios N° 38.161, de 2005 y 36.027, de 2013; 37.559, de 2011; 56.884, de 2015; y E35703, de 2020. En estos casos se trata de empresas creadas por ley que forman parte de la Administración, de acuerdo al artículo 1, inciso segundo, de la LOCBGAE.

47 Dictámenes N° 31.935, y 94.407, ambos de 2014; y 1.327, de 2017.

48 Dictamen N° E84787, de 2021.

49 Dictámenes N° 44.587, de 2017; 23.063, y 30.151, ambos de 2018.

50 Dictamen N° 62.219, de 2013. Existe aquí una suerte de coordinación atenuada, en la medida que Contraloría no puede participar del procedimiento a cargo de otro ente administrativo, pero sí le puede prestar la colaboración que no implique poner en entredicho su autonomía y sus facultades fiscalizadoras.

En algunas ocasiones, la jurisprudencia refleja que pueden existir relaciones de coordinación entre entidades administrativas y organizaciones o personas ajenas a la Administración, tales como el Poder Judicial, organismos extranjeros, y particulares. Esto se ha dado en el contexto de relaciones institucionales derivadas de normativas legales⁵¹; reuniones para evaluar la posibilidad técnica de acceder a bases de datos que están en manos del Poder Judicial⁵²; para mejorar la coordinación entre un ente fiscalizador y sus homólogos de otros países⁵³; por el deber de todos los organismos de la Administración de colaborar con los observadores internacionales de derechos humanos, habilitados en virtud de tratados vigentes⁵⁴; por el mandato legal que rige a un servicio público a cargo de las políticas de fomento de un sector específico, el que debe realizar dicha tarea en coordinación con los grupos intermedios que desarrollan la actividad⁵⁵; en el ejercicio de una tarea de interés público que la ley ha entregado a un ente privado, respecto de la cual se requiere una coordinación con el organismo administrativo sectorial⁵⁶; en cumplimiento de lo establecido en un contrato de concesión de obra pública⁵⁷ y uno de estudio de infraestructura⁵⁸, y en relación a la facultad legal de la Oficina Nacional de Emergencias de coordinar entidades

51 Para corregir ciertos errores en el pago de la asignación de los ministros de la Corte Marcial, regulada en el Estatuto de Personal de las Fuerzas Armadas. Dictamen N° 28.881, de 2014.

52 Para que Contraloría pudiese corroborar información de las declaraciones de intereses y patrimonio respecto de los sujetos que debe fiscalizar (dentro de los que no se encuentran integrantes del Poder Judicial). Dictamen N° 86.632, de 2016.

53 Proyecto para reforzar la coordinación entre las autoridades supervisoras de los mercados de valores de varios países en el marco de un acuerdo internacional. Dictamen N° 7.115, de 2017. En este caso, entre los reguladores de Colombia, Perú, México y Chile, (en ese momento, la Superintendencia de Valores y Seguros), en el contexto del Acuerdo de la Alianza del Pacífico, y del proyecto “Mercado de Integración de Latinoamérica”, se realizaban reuniones para reforzar la coordinación en materia de regulación, fiscalización y evaluación de su impacto en los mercados.

54 Debiendo permitirles acceder presencialmente a los procesos donde podrían darse dichas situaciones y entregarles antecedentes. Dictamen N° 28.515, de 2019.

55 Federaciones deportivas. Dictamen N° 30.861, de 2015. Artículos 3 y 8 de la ley N° 19.712, del Deporte.

56 Eunacom. Dictamen N° 31.886, de 2015.

57 Dictamen N° 60.590, de 2015. El dictamen señala que las bases del contrato de concesión de obra pública establecían dicha coordinación entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas para implementar un plan de compensaciones por relocalización habitacional.

58 Dictamen N° 32.246, de 1994. El pronunciamiento se refiere a un reclamo de una empresa que debía desarrollar un estudio de ingeniería de puentes, y que reclama un aumento en los honorarios que debía pagarle la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas. Contraloría considera que el contratado incumplió las obligaciones de coordinación y comunicación con la Dirección de Vialidad y con el Departamento de Estudios. Así, el aumento del valor del estudio se debió “a una decisión unilateral del consultor originada en falta de coordinación con el mandante” y no por servicios solicitados por la Administración. Concluye rechazando el reclamo.

públicas y privadas en casos de catástrofe, sismos o calamidades públicas⁵⁹. Como se ve, estas relaciones en general requieren de una norma al menos de rango legal que la habilite y, de hecho, Contraloría ha cuestionado el que se proceda a una coordinación con privados sin que la ley lo autorice⁶⁰.

3.4. Limitaciones de la coordinación

Si bien la coordinación es un elemento que se puede encontrar en cualquier organización, dadas las características propias de la Administración, aquella adquiere ciertas notas distintivas. Una de las más relevantes es que, en atención al principio de legalidad, una relación de coordinación no puede devenir en el ejercicio de atribuciones distintas a las del propio organismo. Si se revisan los dictámenes de la Contraloría, esta limitación tiene distintas expresiones: en las relaciones de coordinación, cada ente debe actuar dentro de sus competencias⁶¹; los convenios interadministrativos, como instrumentos de coordinación, no pueden alterar las atribuciones que la ley otorga a los organismos participantes, ni implicar la delegación de su ejercicio⁶², ni los habilita para dejar de ejercer sus competencias⁶³; las facultades de coordinación que la Constitución o las leyes otorguen a un ente administrativo no lo habilitan para sustituir a los coordinados en el cumplimiento de sus propias funciones, por cuanto la coordinación busca únicamente que los mismos órganos competentes ejecuten, de forma concertada, las tareas que les corresponden⁶⁴; y el deber de cumplir coordinadamente sus cometidos no puede significar afectar la independencia con que los organismos administrativos ejercen sus atribuciones⁶⁵.

59 Dictamen N° 22.166, de 2017. La norma legal es el artículo 3, del decreto ley N° 369, y respecto de la Onemi se trata de una facultad legal de coordinación. Sin embargo, los organismos públicos que están bajo ella requieren coordinarse con los privados, todos bajo la dirección de la Onemi.

60 Por ejemplo, en el dictamen N° 57.030, de 2015, en el que se cuestionó a una municipalidad que se coordinó con una empresa privada en materias de seguridad ciudadana sin existir norma habilitante.

61 Dictámenes N° 26.995, de 2018, y E35073, de 2020.

62 Dictámenes N° 56.884, de 2015; 16.067, de 2017; 26.412, de 2018; y E35073, de 2020.

63 Dictamen N° 34.751, de 2005, en el que se cuestionó la celebración de un convenio entre la autoridad sanitaria y una municipalidad en materia de control de perros vagos, en circunstancias que dicha autoridad no tuvo conocimiento del retiro y eliminación de uno de ellos, en circunstancias que la decisión de su eliminación le correspondía a ella y no al municipio.

64 Dictamen N° 3.940, de 1991. Caso referido a las facultades de intendentes y gobernadores para coordinar los servicios públicos de su territorio.

65 Oficio N° 51.860, de 2003. Contraloría no tomó razón de un convenio entre la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción y el Instituto de Desarrollo Agropecuario, en el que la primera se comprometía a fiscalizar a las cooperativas de ahorro y crédito que usen instrumentos financieros administrados por el segundo, comprometiéndose este a traspasar un monto de dinero para financiar los gastos de la fiscalización (situación que parece más una prestación de servicios que un convenio).

En cierta medida, las relaciones de coordinación en sí mismas constituyen mecanismos que resguardan el respeto de las competencias propias de cada ente en sus relaciones interadministrativas. Mediante el establecimiento de mecanismos o instrumentos de coordinación, a través de acciones conjuntas que permitan una intervención que de ser realizada por un organismo implicaría invadir las facultades de otro, o incluso a través de la abstención del ejercicio de las propias competencias (tanto voluntaria⁶⁶ como en el caso de competencias alternativas⁶⁷), se permite un actuar conjunto o en colaboración de distintos entes con el fin de alcanzar un objetivo que no podrían lograr separadamente, asegurando a su vez que cada uno ejercerá solamente sus propias atribuciones. Así, la coordinación cumple el doble objetivo de resguardar las competencias propias de cada ente y de permitir una acción administrativa eficaz⁶⁸.

3.5. Algunas distinciones

En cuanto a clasificaciones de la coordinación, Contraloría se ha referido a dos tipos distintos, vertical y horizontal, donde las acciones que permitan llevarlas a cabo requieren, en el primer caso, de una consagración legal, a diferencia del segundo⁶⁹. Esta clasificación denota que existe una diferencia relevante entre las facultades de coordinación entregadas por ley y el principio o deber de coordinación que emana de la LOCBGAE y que rige transversalmente a la Administración. Las facultades legales implican que el organismo coordinador tiene una posición de superioridad con respecto al resto de los coordinados que le permite dirigir su actuar, con el correlativo deber de responder a esa dirección, condicionando las competencias de aquellos. En cambio el deber general de coordinación se traduce en un estatus de igualdad entre los coordinados. Este binomio coordinación vertical y horizontal, podría entenderse como equivalente al binomio coordinación y cooperación, revisado más arriba.

66 Por ejemplo, el dictamen N° 30.151, de 2018.

67 Por ejemplo, en el dictamen N° 20.065, de 2017, referido al artículo 191 del Código del Trabajo.

68 Por ejemplo, en los dictámenes N° 27.985, de 2015 (Superintendencia de Educación y Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones); 40.853 (Municipalidad, Servicio Agrícola y Ganadero y autoridad sanitaria), 60.358 (Comisión Chilena de Energía Nuclear, Ministerio de Salud), y 61.224, de 2016 (Superintendencia del Medio Ambiente, autoridad sanitaria); 11.759, de 2017 (Superintendencia del Medio Ambiente, municipalidad); 18.583, de 2018 (Aduanas, Policía de Investigaciones y Carabineros); y E53863, de 2020 (Superintendencia de Servicios Sanitarios y autoridad sanitaria). Éste también es el sentido del inciso final del artículo 10 de la LOCM respecto de la coordinación de las municipalidades con los servicios públicos que actúen en sus respectivos territorios.

69 Dictamen N° 1.726, de 2016.

En concordancia con la distinción anterior, resulta relevante aclarar que las relaciones de coordinación no son equivalentes a relaciones de jerarquía⁷⁰, las que usualmente se explican por una serie de prerrogativas que el superior tiene respecto de los órganos inferiores, dentro de las que, por ejemplo, Cordero incluye la potestad de dirección (dictar órdenes), de control, disciplinaria y de resolución del recurso jerárquico⁷¹. Así, las consecuencias de una y otra son distintas. Esta diferencia es patente para los casos en que estamos frente al deber general de coordinación de la LOCBGAE, pero también se produce en los casos en que existen facultades legales de coordinación, como se refleja de algunas decisiones de Contraloría. Por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado que no es posible que una entidad que tiene facultades legales de coordinación sobre otros entes administrativos resuelva un recurso jerárquico interpuesto contra una decisión de estos últimos en la materia sujeta a coordinación⁷². Si bien no es un criterio que admita completa generalización (en la medida que la ley podría establecer facultades más o menos intensas, que podrían asemejar la coordinación a la jerarquía), las relaciones de coordinación, en principio, siempre deberían implicar algún grado de autonomía o discrecionalidad para el ente coordinado⁷³, por lo que las decisiones que adopte el coordinador no deberían ser aptas para limitar o prefigurar completamente la decisión del primero⁷⁴.

70 Acá es posible hacer una precisión: en las relaciones de jerarquía técnicamente hay facultades de coordinación, pero éstas se confunden con las jerárquicas, ya que permiten alcanzar los mismos fines.

71 Cordero, Luis, Op. cit. nota 19, pp. 197-198.

72 Dictámenes N° 87.233, de 2015; 84.938, de 2016; y E73928, de 2021. Los primeros dos dictámenes se refieren a la calidad de autoridad de coordinación que tiene la Dirección General de Movilización Nacional respecto de las entidades ejecutoras y contraloras de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, siendo Carabineros una de estas. Indican que si bien no procede el recurso jerárquico con respecto a las decisiones de Carabineros, la ley faculta a la Dirección para representar a las autoridades ejecutoras las situaciones ilegales o antirreglamentarias que detecte en las inscripciones de armas autorizadas por ellas, por lo que si recibe una presentación de un particular que cuestione el actuar de una autoridad ejecutora, puede verificar su legalidad y representárselo en caso de existir una actuación contraria al ordenamiento.

73 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, Op. cit. nota 27, p. 134. Sanchez Morón, Miguel, Op. cit. nota 26, p. 24. Si bien esta es una característica que se refiere a la realidad del sistema español (marcada por el relevante grado de autonomía que tienen las entidades territoriales), es una condición que viene de suyo en cualquier relación de coordinación, en la medida que, como lo ha planteado la jurisprudencia administrativa en nuestro país, esta no puede implicar alterar las competencias de los organismos coordinados ni delegarlas.

74 Si bien no es explícito, un ejemplo de ello es el Dictamen N° 88.601, de 2015. La ley de control de armas establece que la Dirección General de Movilización Nacional tiene facultades de coordinación sobre las entidades fiscalizadoras de la misma, una de las cuales es Carabineros. Debe recordarse que, en los dictámenes N° 87.233, de 2015, y 84.938, de 2016, Contraloría ya había indicado que dicha relación no se puede entender como una de jerarquía (por lo que no procede el recurso jerárquico). En el caso del dictamen N° 88.601 de 2015, Carabineros comenzó a solicitar la entrega de los casquillos

Por su parte, también cabe señalar que las facultades de coordinación que entrega la ley a un organismo no implican el otorgamiento de atribuciones normativas o interpretativas. En este sentido, Contraloría ha considerado que se exceden tales facultades legales con la dictación por parte del ente coordinador de un oficio que defina un plazo para expedir ciertos informes por parte de los coordinados, así como su contenido y naturaleza dentro del procedimiento⁷⁵.

Además, la jurisprudencia ha indicado que no es posible el ejercicio de facultades de coordinación (vertical) por comisiones, comités o consejos asesores que se crean en ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente, ya que tales facultades solamente las puede entregar la ley. Este tipo de entidades solamente puede proponer o estudiar acciones de coordinación en la materia de su competencia, pero no coordinar acciones, actividades, políticas o programas, ya que ello constituye el ejercicio de facultades ejecutivas⁷⁶ o potestades públicas que corresponde entregar por norma legal a órganos administrativos creados por ley.

Cabe aclarar, eso sí, que tales comisiones, comités o consejos asesores son, en sí mismos, instancias de coordinación y diálogo, de carácter horizontal⁷⁷. En un sentido análogo, Contraloría ha entendido que no pueden entregarse a una autoridad, mediante acto administrativo, funciones de coordinación que impliquen el ejercicio de atribuciones decisorias propias de los organismos administrativos coordinados⁷⁸, lo que es consistente con el límite que ha impuesto a los convenios de coordinación o colaboración en cuanto no pueden “delegarse” facultades de un organismo a otro⁷⁹, en la medida que precisamente se trata de relaciones en que no existen facultades de dirección de un ente por sobre los demás.

y vainillas previamente percutados y una declaración jurada a quienes quisieran obtener autorización de compra de munición, lo que en opinión de la Dirección señalada no resultaba procedente. Contraloría entiende que las facultades de control de las entidades fiscalizadoras han sido configuradas por la ley de forma ampliamente discrecional, validando la decisión de Carabineros. Como se ve, acá se resguarda un grado de libertad en la manera de ejercer la competencia que se encuentra sujeta a facultades legales de coordinación de otro ente.

75 Dictamen N° 44.299, de 2011. El caso se refería al sistema de evaluación de impacto ambiental.

76 Oficios N° 20.015, de 1992; 3.391, de 1993; 86.893, de 2015; y 1.726, de 2016.

77 Arancibia, Jaime, “Las comisiones asesoras administrativas”, en Revista de Derecho Administrativo Económico (Pontificia Universidad Católica de Chile), N° 19, julio-diciembre 2014, pp. 18, 20, 24 y 28.

78 Oficio N° 38.611, de 2016.

79 Dictamen N° 56.884, de 2015; 16.067, de 2017; 26.412, de 2018; y E35073, de 2020.

3.6. Efectos o expresiones de la coordinación

En cuanto a las expresiones del principio que la jurisprudencia administrativa ha definido, es decir, qué conductas o acciones son consecuencia o exigencia de la coordinación, ello puede ser analizado desde dos perspectivas: una general y otra práctica.

3.6.1. Lineamientos generales

En términos generales, es posible ver tres efectos de la coordinación en la jurisprudencia⁸⁰: 1) evitar la duplicidad de labores y tareas⁸¹; 2) concertar medios y esfuerzos para una finalidad común⁸², y 3) respecto de la actividad unilateral de los órganos, el respeto a los actos que dicten dentro de la esfera de sus atribuciones⁸³.

Si bien todas estas nociones tendrán un efecto en la eficiencia, eficacia y unidad de acción, la primera y la tercera de las ideas apuntan más a un actuar eficiente, traduciéndose la mayoría de las veces en un deber de omisión por parte de alguno de los coordinados o el respeto de las decisiones de otro organismo (coordinación negativa); mientras que la segunda apunta más a un actuar eficaz y significará generalmente que los organismos coordinados deberán desarrollar ciertas acciones de manera conjunta y ordenada (coordinación positiva)⁸⁴.

En general, los tres efectos señalados pueden tener diversas expresiones prácticas. En este sentido, la forma de lograr la coordinación dependerá muchas veces de la situación concreta en que actúen los organismos, de las facultades o atribuciones que cada uno deba ejercer y del tipo de acciones que estén llevando adelante. Resulta difícil definir *a priori* qué mecanismos deben aplicarse a cuáles situaciones, ya que aquéllos dependen de los mismos organismos actuantes⁸⁵ y del contexto que enfrenten. El principio de coordinación,

80 Dictámenes N° 56.884, de 2015; 16.067, de 2017; 26.955, de 2018; y E35073, de 2020.

81 Ejemplos de ello son los dictámenes N° 3.181, de 2005, y 46.029, de 2016.

82 Por ejemplo, el dictamen N° 496, de 2015.

83 Esta última es una concretización de la primera obligación, pero ha sido enunciada específicamente por la jurisprudencia. Dictámenes N° 77.490, de 2011; 15.006, de 2014; y 88.514, de 2015.

84 La clasificación entre coordinación positiva y negativa es posible encontrarla en Ortiz, José, *El principio de coordinación en la organización administrativa*, (Editorial Universidad de Sevilla), 1955, pp. 23-24.

85 En el dictamen N° 24.674, de 2018, y a diferencia de otras ocasiones en que les indica a los servicios qué acciones concretas que deben tomar para coordinarse, Contraloría ordena a la Dirección de Previsión de Carabineros, a la Caja de Previsión de la Defensa Nacional y a la Superintendencia de Pensiones “acordar un procedimiento regular a seguir” para resolver dudas o irregularidades que puedan en

por tanto, debe entenderse como un mecanismo lo suficientemente elástico como para responder a cada caso específico, por lo que cualquier mecanismo, instancia o acción de coordinación que permita un actuar eficaz de los servicios involucrados, y que no trastoque sus competencias o su titularidad, debería considerarse válido.

3.6.2. *Expresiones prácticas*

En su jurisprudencia, la Contraloría se ha referido a diversas manifestaciones de los efectos, positivos y negativos, de la coordinación administrativa. Tales efectos habilitan a los órganos de la Administración para realizar ciertas acciones, y también les imponen ciertos deberes, todos los cuales cambian según el ente y la situación de que se trate, por lo que su configuración es altamente casuística. Nos referiremos aquí a los más relevantes.

Respecto de la primera consecuencia general del principio de coordinación, esto es, el deber de evitar la duplicidad de labores y tareas e interferencia en el ejercicio de las funciones de los órganos de la Administración, en general se traduce en un deber de abstención. En efecto, en los casos en los que la actuación de un órgano entorpezca la unidad de acción que debe observar con la actuación del resto de los órganos de la Administración y, en particular, con los demás órganos competentes en la materia, aquél debe abstenerse de intervenir, aunque sea transitoriamente, para evitar interferencias y duplicidades. Por ejemplo, la Contraloría ha señalado que si un órgano se encuentra conociendo de un asunto y éste se somete al conocimiento de otro, el último debe abstenerse en el intertanto, aunque también sea competente⁸⁶.

Sin embargo, este efecto no se manifiesta solamente en un deber de abstención. En otros casos puede requerir que distintos órganos competentes sobre una determinada materia coordinen su actuar de manera de no interferirse mutuamente. Así, por ejemplo, en los casos en que diversos órganos estén sustanciando procedimientos distintos sobre los mismos hechos u objeto, sujetos a distintas reglas y con distintas finalidades, los órganos involucrados deben actuar coordinadamente con el objeto de que, como resultado de esos procedimientos, no se produzca una calificación de los hechos o un resultado de los procedimientos que sean divergentes o incompatibles entre sí⁸⁷.

relación con los bonos de reconocimiento, de modo de dar cumplimiento al principio de coordinación.

86 Dictamen N° 30.151 de 2018. Este deber de abstención es aplicable incluso a la propia Contraloría.

87 Dictámenes N° 29.159, de 2013, y 90.762 de 2014.

La contracara de este primer efecto -que exige coordinación en los casos en que dos o más órganos sean competentes para actuar- se presenta en los casos en que respecto de un mismo asunto no existe una norma que establezca competencias claras, o en que entes posiblemente competentes no ejercen sus atribuciones porque consideran que otro organismo es quien debe actuar (contienda de competencia negativa). En estos casos, la jurisprudencia administrativa, además de determinar cuál es el ente competente en el caso concreto, ha señalado que, en virtud del principio de coordinación, los órganos de la Administración deben actuar de manera conjunta, coordinadamente⁸⁸. Así, cuando no existe norma que establezca claramente la competencia de un organismo, el deber de coordinación parece adquirir aún más relevancia, en la medida que evita la inacción de la Administración, así como una actuación parcial cuando existen diversos valores en juego a cargo de distintos entes que podrían ser competentes en razón de la materia. Contraloría sostuvo este criterio, por ejemplo, en un caso en que no existía norma reglamentaria vigente que estableciera la forma de ejercer las facultades de administración de distintos organismos sobre un mismo inmueble, donde les ordenó que, mientras aquella no existiera, acordaran los mecanismos para ello, actuando en virtud de, entre otros, el principio de coordinación⁸⁹.

En segundo lugar, en cuanto a la coordinación como deber de concertar medios y esfuerzos para una finalidad común, es necesario apuntar que dicha finalidad puede consistir en un objetivo que dos o más órganos deban alcanzar conjuntamente⁹⁰, o en el deber que tiene un órgano, en el ejercicio de sus funciones, de prestar auxilio a otro órgano en el ejercicio de las suyas⁹¹.

Frecuentemente los fines comunes que los órganos deben perseguir coordinadamente consisten en fines generales de la Administración a los que todos los órganos se encuentran obligados. Un buen ejemplo de cómo un fin común y general habilita realizar acciones de coordinación es la creación del programa Chileatiende. La Contraloría ha indicado que distintos órganos se encuentran habilitados para concertar medios y esfuerzos, a través de la celebración de convenios, para la creación de esta red de atención. En palabras

88 Dictamen N° 35.720 de 2014.

89 Dictamen N° 16.175 de 2016.

90 Por ejemplo, dictámenes N°18.583 de 2018, N°40.853 de 2016 y E64075.

91 Por ejemplo, el Servicio de Registro Civil e Identificación debe coordinarse con el Ministerio de Salud para registrar y fiscalizar los nacimientos que se produzcan en domicilios. Dictamen N°46.029 de 2016.

del órgano contralor, el fin que persigue dicho programa es el de “facilitar el acceso de la ciudadanía a las distintas prestaciones de las entidades públicas a través del mecanismo de la coordinación, para dar cumplimiento al deber de servicialidad”⁹². En virtud del principio de coordinación y a través de la celebración de acuerdos de colaboración, cada uno de los organismos que intervienen en el programa, actuando dentro de la esfera de sus atribuciones, propenden a un fin general que es común a todos los entes de la Administración, al crear un canal de comunicación entre la ciudadanía y el órgano al que quieran acceder.

Por otra parte, de la jurisprudencia se puede extraer un deber general de los entes administrativos de prestarse ayuda entre sí, en virtud, entre otros, del principio de coordinación. Dicho auxilio puede tomar diversas formas pero, en general, consiste en la realización de actividades materiales, facilitación de recursos, y en la entrega de información. Sin embargo, el principio de coordinación también puede requerir de actividad formal de la Administración. En cualquier caso, tanto el órgano que presta dicho auxilio, como aquél que lo recibe, debe hacerlo siempre en el ejercicio de sus respectivas funciones.

Respecto de la actividad formal, la Contraloría ha señalado que, en los casos en que dos órganos deban realizar acciones que recaigan sobre una misma materia, éstos deben coordinarse para adecuar los reglamentos pertinentes que la regulan, de manera que les permitan resguardar la unidad de acción, evitar conflictos de competencia, y hacer efectivo el principio de coordinación⁹³. Este efecto alcanza incluso al deber de solucionar conjuntamente las dificultades que se produzcan durante la vigencia de la acción coordinada, es decir, no se satisface solamente con un acto inicial de coordinación -como la dictación de un acto administrativo o la celebración de un convenio- sino que se prolonga durante toda la vigencia de dicho acto⁹⁴.

Una de las expresiones prácticas más relevantes de este segundo efecto de la coordinación es el de entregar o compartir información entre distintos entes de la Administración. La Contraloría ha señalado que, en general, ello

92 Dictamen N° 210 de 2014.

93 Dictamen N° 60.358 de 2016. En la actualidad, el artículo 37 bis de la LBPA, impone un deber de coordinación (en específico, solicitar informe) para aquel órgano que dicte un acto administrativo de carácter general que pueda tener “claros efectos” en los ámbitos de competencia de otro órgano administrativo.

94 Por ejemplo, si se ha celebrado un convenio entre dos órganos, en virtud del principio de coordinación éstos tienen el deber de resolver los problemas que surjan durante su vigencia. Dictamen N°94.407 de 2014.

es una herramienta idónea para dar cumplimiento al deber de coordinación⁹⁵. Actualmente, la jurisprudencia entiende que los órganos administrativos no necesitan habilitación legal expresa para solicitar información o para proveerla, ya que ésta surge de las normas generales sobre coordinación⁹⁶, siempre que lo hagan en el ejercicio de sus funciones. Un criterio semejante ha aplicado respecto de las solicitudes de informe, en situaciones en que no existe una habilitación legal específica para solicitarlos⁹⁷, aunque se debe tener presente que la LBPA reconoce la posibilidad de requerirlos (artículo 37 y siguientes). Sin embargo, este no fue siempre el criterio del órgano contralor⁹⁸. Si bien hace un par de décadas había señalado que el Presidente de la República tiene una facultad amplia para requerir informes de los organismos de la Administración del Estado⁹⁹, el reconocimiento de una facultad análoga a los mismos entes ha sido más reciente.

Al respecto, uno de los casos más relevantes que se encuentra en la jurisprudencia administrativa es el relativo a la determinación de la naturaleza de las máquinas de juego por parte de las municipalidades. En el desarrollo de dicha jurisprudencia pueden identificarse tres períodos. En el primer período, Contraloría determinó que los Municipios tenían el deber de adoptar las medidas de coordinación necesarias para que todas las autoridades con competencias en la materia manifestasen su opinión¹⁰⁰. En el segundo período, Contraloría indicó que los municipios debían consultar el catálogo de juegos aprobado por la Superintendencia de Casinos y Juego (SCJ)¹⁰¹ a la vez que consideró improcedente que la SCJ informare a las municipalidades respecto de la naturaleza de las máquinas de juego, ya que no contaban con habilitación legal para ello¹⁰². Finalmente, en el tercer período, en que surge el criterio actualmente vigente, el ente contralor ha señalado que si la municipalidad que debe resolver sobre la solicitud de patente de juego, después de haber consultado el catálogo de la SCJ, sigue teniendo dudas sobre la naturaleza de

95 Dictamen N° 14.811 de 2019.

96 Dictámenes N° 32.733, de 2019; y 5.364, de 2020.

97 Por ejemplo, dictámenes N° 92.308 de 2016 y 25.715 de 2019.

98 Ver dictamen N° 23, de 2015.

99 Dictamen N° 41.532, de 1994.

100 Dictámenes N° 11.195 de 2006, 59.614, y 79.614 de 2006; 58.881, de 2007; y 34.634, de 2012.

101 Dictámenes N° 46.631 de 2011; 3.366, de 2012; 1.857 y 70.127, de 2014; 23, de 2015; y 92.308 de 2016.

102 Dictamen N° 23 de 2015.

la máquina o ésta no se encuentra en el catálogo, debe pedir informe a la SCJ, en virtud del deber de coordinación administrativa. Además, en caso de determinarse que una máquina no se encuentra en el catálogo de la SCJ, la municipalidad deberá exigir que el solicitante de la patente acompañe un informe de dicha superintendencia donde conste que el juego no es susceptible de ser incorporado a dicho registro¹⁰³. Como se ve, la Contraloría, progresivamente, ha ampliado el alcance y especificado el contenido del efecto del principio de coordinación para este caso, llegando incluso a crear una carga para los solicitantes que no se encuentra contemplada en la ley.

Además de la facultad de solicitar y emitir informes, la jurisprudencia administrativa se ha referido a otros deberes de información más precisos y circunscritos en cuanto a su alcance. Así, por ejemplo, si para la aplicación de una ley a cargo de un determinado organismo es necesaria su interpretación por parte de otro al cual la ley ha otorgado facultades para ello, el primero debe poner los antecedentes necesarios a su disposición para que se pronuncie¹⁰⁴.

Asimismo, en virtud del principio de coordinación, los organismos de la Administración tienen la facultad de informar los errores de juicio de los que toman conocimiento en el ejercicio de sus competencias, cometidos por otro ente administrativo¹⁰⁵. También deben comunicar irregularidades que pudieran caer dentro del ámbito de competencias de otro ente para permitir el ejercicio sus facultades fiscalizadoras¹⁰⁶, y en general, tienen el deber de informar de hechos que, encontrándose dentro de la esfera de competencias de otro órgano, pueden dar lugar al ejercicio de sus atribuciones¹⁰⁷.

Cuando reformas legales alteren ciertas facultades de un ente y se las entreguen a otro, aquel que tenía asignada originalmente la competencia tiene el deber de entregar al ahora competente todos los antecedentes necesarios

103 Dictámenes N° 25.496, de 2013; 34.267, de 2015; 92.308, de 2016; y 25.715, de 2019.

104 Dictámenes N° 97.593, de 2014, y 65.068, de 2016. Cabe agregar que esta materia, y el criterio de la Contraloría, terminó siendo conocido y validado por la Corte Suprema Rol 19.054-2018, 30-10-2018.

105 Dictamen N° 3.931, de 2011.

106 Dictámenes N° 68.014, de 2013; 27.985, de 2015; y, 61.224 y 65.068, de 2016.

107 Por ejemplo, si una Dirección de Obras Municipales toma conocimiento de trabajos que deberían ser sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, debe informarle a la Superintendencia de Medioambiente. Dictamen N° 11.759, de 2017. También si se trata de hechos que el ente al cual se remiten los antecedentes debería fiscalizar N° 26.279, de 2019. También debe hacerlo si tiene dudas o discrepancias sobre la competencia de la entidad administrativa a la que debe informar, ya que es el organismo técnico en la materia el que debe adoptar la decisión. Dictamen N° 23.683, de 2017.

para el ejercicio de la función¹⁰⁸. En una línea similar, en el contexto de la creación de una nueva Dirección Regional en un determinado organismo, Contraloría ha validado que los procedimientos vigentes no se traspasen al nuevo órgano de manera inmediata, como lo exige la ley, para no afectar, entre otros, el principio de coordinación¹⁰⁹.

Por otra parte, en virtud del principio de coordinación, un órgano de la Administración puede requerir a otros el uso de medios materiales para aplicarlos al cumplimiento de sus funciones en ciertos casos. Primero, cuando el órgano solicitante no tiene los medios para realizar cierta acción y el órgano requerido es el único que puede satisfacer dicha necesidad (por ejemplo, funcionarios de un servicio que necesitan viajar a la Antártica, siendo la Fuerza Aérea de Chile la única entidad que realiza vuelos a ese lugar¹¹⁰). También se aplica este deber en circunstancias extraordinarias que los órganos deban enfrentar, como el de contar con una ambulancia en una comisaría para permitir la constatación de lesiones sin la necesidad de llevar a los detenidos a un centro asistencial, en una situación en que su traslado era difícil o peligroso¹¹¹ y, especialmente, en casos de urgencia o peligro para la vida e integridad física de las personas, como en el de una emergencia sanitaria o de una catástrofe natural (existiendo, en este caso, normas o atribuciones legales de coordinación)¹¹².

La posibilidad de utilizar medios de otros organismos no se limita a sus recursos materiales. En virtud del principio de coordinación, también pueden utilizar resultados de procedimientos que hayan realizado otros entes con el mismo objeto aunque en el marco de un procedimiento distinto, lo que se relaciona también con el deber de evitar duplicidad de labores y el de resguardar el uso de los recursos públicos¹¹³.

108 Dictamen N° 35.817, de 2012.

109 Dictamen N° 22.148, de 2018.

110 Dictamen N° E34422, 2020.

111 Dictamen N° E84787, de 2021.

112 Dictamen N° 41.511 de 2014. En este caso, el uso de automóviles para el retiro de basura en el caso de una emergencia sanitaria. También dictamen N° 92.201 de 2016, referido al uso de helicópteros de las Fuerzas Armadas para colaborar con la Corporación Nacional Forestal en la extinción de incendios forestales.

113 Por ejemplo, el resultado de una consulta indígena puede ser utilizado por otro órgano que deba realizar la misma diligencia respecto del uso de un mismo terreno o recursos por el mismo solicitante. Dictamen N° 25.667, de 2019.

Finalmente, en algunos casos, el principio de coordinación habilita a los órganos de la Administración a desarrollar acciones que, en principio, se encuentran fuera de sus competencias, mediante la colaboración de otros órganos que tengan competencias sobre la materia. Por ejemplo, la Contraloría ha señalado que las municipalidades pueden realizar acciones de promoción turística de sus comunas si lo hacen mediante la celebración de convenios interinstitucionales con el Servicio Nacional de Turismo o el Ministerio de Relaciones Exteriores, según corresponda¹¹⁴. Asimismo, en casos de emergencia, las municipalidades, que por regla general ejercen sus competencias en una comuna o agrupación de comunas, se encuentran facultadas para actuar fuera de dichos límites si lo hacen en coordinación con órganos competentes que puedan prestarles auxilio en tales situaciones¹¹⁵.

Como tercera consecuencia, respecto de la actividad unilateral de la Administración, emana del principio de coordinación un deber general de respetar los actos que han dictado otros órganos¹¹⁶, deber que se relaciona también con el principio de legalidad¹¹⁷. En el ejercicio de sus atribuciones, por tanto, los órganos de la Administración del Estado deben considerar, respetar y armonizar sus actos formales y materiales con los actos que dicten los demás órganos. Así, por ejemplo, en un dictamen reciente, el órgano contralor señaló que los Jefes de la Defensa Nacional nombrados en cada región a propósito de la declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, deben respetar las medidas adoptadas en los actos administrativos adoptados por el Ministerio de Salud para evitar la propagación del Covid-19.

4. La coordinación administrativa según la Tercera Sala de la Corte Suprema: Fallos de 2020

Durante el 2020, siguiendo con una tendencia adoptada y desarrollada desde hace algunos años, la Tercera Sala de la Corte Suprema dictó varias sentencias referidas al principio de coordinación. En ellas, la Corte ha ido estableciendo ciertos criterios relevantes para su interpretación y aplicación. En esta línea,

114 Dictamen N° 19.402, de 2019.

115 Dictamen N° 3.000, de 2017.

116 Dictamen N° 88.514, de 2015.

117 Dictamen N° E64224, de 2020. Asimismo, la adquisición de un inmueble por parte del Ministerio de Bienes Nacionales para la construcción de un inmueble debe considerar las modificaciones de un plan regulador en tramitación. Dictamen N° 64.193 de 2011. En algunos casos, la falta de observancia del deber de coordinación en este aspecto puede dejar sin objeto de los actos que se dicten. Por ejemplo, dictamen N° 29.159 de 2013.

avanzó en la caracterización de la naturaleza, el alcance, y el estándar de actuación que impone el principio de coordinación.

Para comenzar, parece relevante señalar que en los casos en que nuestro máximo tribunal ha aplicado el principio de coordinación a la resolución de una controversia, la alusión a este principio ha tenido lugar, de manera prácticamente exclusiva, en la Corte Suprema y no en las instancias inferiores en que se discutieron los mismos conflictos. Es decir, las Cortes de Apelaciones no aludieron al principio de coordinación al conocer de este conjunto de casos. Así, en todas las decisiones revisadas, fue el máximo tribunal el que introdujo el principio de coordinación al debate por iniciativa propia. Por otra parte, todos los casos aquí referidos involucran a privados y fueron iniciados mediante la interposición de recursos de protección.

4.1. La naturaleza del principio de coordinación

En cuanto a su naturaleza, la Corte ha señalado que la coordinación es un principio estructurante de la organización de la Administración del Estado, el que debe aplicarse en los casos en que las competencias de dos o más órganos concurren sobre un mismo asunto, es decir, donde la intervención administrativa es compleja. Más aún, ha señalado que la coordinación es una obligación para los órganos de la Administración, la que deriva de la unidad del sistema administrativo y del principio de eficacia que la ley establece¹¹⁸. Por tanto, dicho precepto no formula una mera recomendación, deseo o aspiración, sino un deber para los órganos de la Administración del Estado, el que éstos se encuentran en la obligación de cumplir¹¹⁹. El deber de coordinación, ha señalado la Corte, es un imperativo jurídico que pone a los órganos administrativos en el deber de coordinarse, bajo la pena de incurrir en responsabilidad, lo que refuerza la idea de que se trata, efectivamente, de un deber y no de un mero principio.

4.2. El alcance del principio de coordinación

Por otra parte, en distintos fallos dictados el año 2020, la Corte Suprema señaló que el deber de coordinación no sólo alcanza a los órganos de la Administración del Estado, sino que rige incluso a las empresas del Estado, a concesionarias de servicio público y a los privados en general.

¹¹⁸ Corte Suprema, Rol 127.435-2020, 30-II-2020, C°7.

¹¹⁹ Corte Suprema, Rol 127.435-2020, 30-II-2020, C°9.

En primer lugar, la Corte ha establecido que las concesionarias de servicios públicos y los privados tienen el deber de coordinarse con los órganos del Estado competentes en el ámbito de la actividad que desarrollan. Así, conociendo de una apelación de un recurso de protección interpuesto en contra de la Dirección de Vialidad de la Región Metropolitana y de la Municipalidad de Talagante, la Corte Suprema señaló que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la LOCBGAE, tanto la Dirección de Vialidad como la Municipalidad recurrida, la Compañía General de Electricidad, en su carácter de empresa concesionaria del servicio eléctrico, como los dueños de los predios aledaños a la vía pública, estaban obligados a coordinarse para que cada uno de ellos, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia y deberes, realizaran las gestiones necesarias para mantener los árboles existentes tanto en la vía pública y en los predios particulares en buen estado, de manera de evitar peligro o daños a la vida y seguridad de las personas y bienes¹²⁰.

En segundo lugar, la Corte ha determinado que el deber de coordinación existe incluso en los casos en que sean dos concesionarias de servicio público las que deban coordinarse entre sí, es decir, el deber existe aún sin la intervención de algún órgano de la Administración del Estado. Así, en un caso, la Corte estableció que, debido a su calidad de prestadoras de un servicio público, el artículo 5 de la LOCBGAE exigía a Essbio y a Endesa el cumplimiento del deber de coordinación y, por tanto, al no haberse coordinado entre sí, ambas concesionarias habrían incumplido dicho deber, vulnerando lo dispuesto en tal precepto legal¹²¹. Así lo decidió también la Corte en otra sentencia, en la que estableció que el mismo deber de coordinación pesaba sobre otras dos concesionarias de servicio público, en ese caso, Metrogas y Enel¹²².

Finalmente, la Corte ha señalado que la coordinación se aplica a las empresas públicas creadas por ley. En un caso, conociendo de la apelación de un recurso de protección interpuesto contra el Servicio de la Vivienda y Urbanismo de la Región Metropolitana y el Banco del Estado de Chile, estableció que ambas entidades, en cuanto órganos de la Administración del Estado, debían dar cumplimiento al deber de coordinación¹²³. Esta conclusión es relevante, en la medida que sobre las empresas públicas pesa el mandato constitucional de

¹²⁰ Corte Suprema, Rol 14.430-2019, I-4-2020.

¹²¹ Corte Suprema, Rol 33.588-2020, II-II-2020.

¹²² Corte Suprema, Rol 33.588-2019, II.II.2020, C°II y C°12.

¹²³ Corte Suprema, Rol 127.435-2020, 30-II-2020, C°7.

someterse a la legislación común aplicable a los particulares (artículo 19, N° 21), y por tanto da cuenta de la amplitud que la Corte está dando al principio de coordinación en cuanto a los sujetos obligados.

4.3. El estándar de actuación que impone el principio de coordinación

En sus fallos, la Corte Suprema ha ido estableciendo algunos elementos del estándar que los sujetos regidos por el principio de coordinación administrativa deben satisfacer para darle cumplimiento.

Por una parte, ha señalado que se incumple el deber de coordinación cuando se condiciona la tramitación de una petición al aporte, por parte del solicitante, de documentos que se encuentran en poder de otro órgano de la Administración, ya que el deber de coordinación obliga a la autoridad ante la cual se tramita la solicitud a obtener dichos antecedentes directamente desde el órgano que se encuentra en posesión de aquéllos. Así, la Corte declaró que el Departamento de Extranjería y Migración debió haber solicitado directamente el certificado de antecedentes del solicitante a la Policía de Investigaciones, en vez de negarse a tramitar su solicitud fundándose en la falta de presentación de dicho documento¹²⁴.

Por otra parte, la Corte Suprema ha indicado que ciertas acciones no dan cumplimiento al deber de coordinación. Así, crear instancias de coordinación, como la realización de reuniones entre los distintos entes que tienen competencias sobre una determinada materia, no cumple con el estándar que exige la ley. En el caso concreto, al limitarse a realizar reuniones de coordinación entre órganos de la Administración, para luego declarar que no tenían competencias para actuar en ese caso concreto, los órganos competentes habían incurrido en una omisión ilegal que incumplía sus deberes de coordinación¹²⁵.

Finalmente, del estado actual de la jurisprudencia del máximo tribunal, no resulta simple extraer un estándar que permita determinar cuándo los sujetos obligados han dado cumplimiento al deber positivo de coordinación administrativa. En principio, de su jurisprudencia reciente es posible extrapolar que el principio de coordinación administrativa supone un estándar bastante alto, que exige la adopción de acciones precisas y concretas, que tengan la aptitud de evitar riesgos y daños, y que permita al órgano o sujeto obligado dar cumplimiento al resto de sus competencias vinculadas en el asunto.

¹²⁴ Corte Suprema, Rol 43.774-2020, 13-07-2020, C°6.

¹²⁵ Corte Suprema, Rol 79.105-2020, 30-11-2020, C°5 y C°8.

Al respecto, la Corte ha sostenido que, en virtud del deber de coordinación, las autoridades están obligadas a ejecutar “acciones precisas” y “cuando menos” las acciones necesarias para evitar riesgos y daños¹²⁶. Así, el máximo tribunal entiende que el principio de coordinación administrativa obliga a obtener ciertos resultados o a impedir resultados negativos. Es decir, podríamos entender que exige una cierta calidad óptima en los efectos de la actuación de la Administración y, en general, de los órganos obligados por el principio de coordinación administrativa.

4.4. El alcance del artículo 37 bis de la ley N°19.880 en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Al intentar configurar el deber general de coordinación administrativa, la Corte Suprema ha aludido reiteradamente al artículo 37 bis de la LBPA. Esta norma dispone que, cuando un órgano de la Administración deba dictar un acto administrativo de carácter general que tenga claros efectos en los ámbitos de competencia de otro órgano, aquél tiene la obligación de solicitar informe a éste. Sin embargo, la Corte Suprema ha invocado esta norma en casos en que no concurren sus supuestos, dándole un alcance más general que aquél que se desprende de su literalidad.

Así, en un caso la Corte Suprema señaló que la Municipalidad recurrida -en este caso, la de Requínoa- se encontraba en el deber de pedir informe a la Dirección de Vialidad para precaver el conflicto de normas urbanísticas que le llevó a ordenar la clausura de un establecimiento industrial¹²⁷. En este caso, la sentencia configuró el deber de coordinación, y específicamente el deber de solicitar informe, citando el artículo 37 bis de la LBPA, sin que se hubiera dictado ni se debiera dictar una norma de carácter general, que es el tipo de actos a los que dicha disposición se refiere.

El punto anterior es relevante, en la medida que la Corte Suprema señaló, tanto en este fallo como en otra sentencia del 2020, que el artículo 37 bis establece una “directriz” que obliga a la coordinación en todo procedimiento

¹²⁶ Corte Suprema, Rol 79.105-2020, 30-II-2020, C°8. En este caso, la Corte señaló que los órganos competentes, en virtud del principio de coordinación, tenían el deber de “ejecutar, cuando menos, las acciones precisas para concretar las medidas de carácter urgente que se estimen precisas e inexcusables para evitar los peligros denunciados en el recurso de protección materia de autos”. Es decir, “cuando menos” los órganos tenían el deber de evitar los peligros que sobre la vida y la propiedad podría causar un aluvión en el cerro Manquimávida en la Región de Bío-Bío.

¹²⁷ Corte Suprema, Rol 27.587-2020, 19-05-2020, C°6.

administrativo¹²⁸. Como se ve, la Tercera Sala ha dado a esta norma legal un alcance amplio que parece aplicar a la dictación de cualquier acto administrativo, lo que deja de lado la distinción entre actos generales y singulares, cuando, según el texto de la LBPA, aquél se refiere solamente a los primeros.

5. Conclusiones

En nuestro país, dada la forma de Estado y de Administración que tenemos, gran parte de las coordinaciones de los entes administrativos se logran a partir de las relaciones de jerarquía o tutela. Sin embargo, ello no obsta a que la coordinación, como principio de la organización y actuación administrativa, sea relevante para el logro de los objetivos de interés general que tienen la organización administrativa a su cargo.

En dicho sentido, la coordinación constituye un principio general, consagrado ya en la misma LOCBGAE, que la jurisprudencia administrativa y judicial aplica consistentemente como exigencia de buen funcionamiento de la Administración, en cualquiera de sus vertientes, que para Contraloría se traducen en: el deber de evitar duplicidades e interferencias entre sí, la posibilidad de concertar medios o acciones conjuntamente para el mejor cumplimiento de sus fines, y el deber de respeto de los actos administrativos de otros entes. Además, el ente contralor le ha dado una aplicación al principio no solo entre servicios u organismos administrativos, sino que también como una exigencia del funcionamiento interno de los servicios públicos, aspecto que pocas veces es notado, pero que ha llevado a la jurisprudencia administrativa a definir reglas para el ejercicio de las tareas de coordinación interna, cuyo estudio, lamentablemente, excede el objeto de este trabajo.

En general, las acciones prácticas que conllevan la aplicación de este principio se presentan con una gran heterogeneidad. Así, la elasticidad de formas que puede adquirir la coordinación es una de sus principales características, en la medida que la variedad de acciones (u omisiones), instancias, instrumentos y facultades de coordinación que es posible ver en la jurisprudencia administrativa muchas veces responden y se ajustan a las situaciones específicas y concretas en que se mueven los organismos administrativos involucrados. Ello es precisamente lo que hace que la coordinación permita alcanzar objetivos o fines de la intervención administrativa que los entes administrativos no lograrían aisladamente.

¹²⁸ Corte Suprema, Rol 27.587-2020, 19-05-2020, C°6 5 y Corte Suprema, Rol 127.435-2020, 30-II-2020, C°7.

En variadas ocasiones, el principio de coordinación es el “correlato de la especialidad de la competencia de los órganos de la administración, con el fin de que exista entre ellos unidad de acción”¹²⁹, evitando así los problemas que puede producir la compartimentalización propia de la creación de organismos para atender sectores o materias específicas. A nuestro entender, también resulta útil en caso de que existan competencias compartidas o concurrentes de dos o más entes en cualquiera de sus formas: competencias distintas sobre una misma materia; competencias sobre temas diversos, en que sus facultades se entrecruzan respecto de ciertas acciones; competencias para realizar las mismas actuaciones (competencia indistinta); aquellas que solamente se pueden poner en movimiento si otro organismo no ejerce las propias (subsidiaria); o facultades cuyo ejercicio por parte de un ente inhibe la posibilidad de que otros actúen (alternativa)¹³⁰.

Además del principio de coordinación de la LOCBGAE, diversas normas legales establecen instrumentos, facultades o instancias de coordinación, las que tienen un peso específico mayor que las exigencias derivadas del primero. Esto es relevante, porque los efectos, en cuanto a las obligaciones correlativas de los entes coordinados, son distintas. Sin embargo, incluso en los casos de facultades legales de coordinación, existe una diferencia entre las relaciones de coordinación y las de jerarquía, como lo ha notado la jurisprudencia administrativa.

Por su parte, a partir del principio de coordinación, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha construido un estándar de actuación que exige de los organismos de la Administración cierta calidad óptima en los resultados de sus acciones. Dicho estándar se encuentra todavía en desarrollo, por lo que la jurisprudencia de los próximos años será la encargada de establecer con mayor claridad cuáles son los elementos que la configuran. Por el momento, contamos con algunos criterios respecto de qué acciones se consideran insuficientes para satisfacer el deber de coordinación, y con algunos enunciados generales respecto de la necesidad de realizar acciones precisas aptas para evitar riesgos y daños. Es decir, hasta ahora, para el máximo tribunal, el cumplimiento de este deber se califica por los resultados de las acciones que hayan adoptado los entes obligados.

Asimismo, la Corte ha extendido la aplicación de dicho principio en cuanto a los sujetos a quienes obliga, de modo que éste ha llegado a abarcar no sólo

129 Dictamen N° 290, de 1993.

130 Sánchez Morón, Miguel, *Op. cit.* nota 22, pp. 247-248.

la actuación de la Administración sino incluso la de entes externos a ésta como, por ejemplo, a los concesionarios de servicios público, los que deben actuar en coordinación con los organismos competentes en el sector en que se desempeñan.

Finalmente, la amplitud que la Corte Suprema ha dado al principio de coordinación alcanza también a la interpretación de normas legales que establecen reglas específicas sobre acciones de coordinación, a las que la Corte ha dado una aplicación que parece ser más comprensiva que lo que se desprende de su tenor literal.

LA ADMINISTRACIÓN INVISIBLE BAJO LA MIRADA DE LA CONTRALORÍA

José Miguel Valdivia¹

Resumen

El presente artículo analiza las implicancias de dos relevantes pronunciamientos de la Contraloría General de la República del año 2020, sobre el régimen jurídico de las entidades que forman parte de la administración del Estado, pero que revisten formas organizacionales propias del derecho privado. Dichos dictámenes permiten concluir que estas instituciones, a pesar del lugar excepcional que detentan, se encuentran bajo el influjo del derecho público y las consecuencias que se derivan de este hecho.

Introducción

Dos de los pronunciamientos más relevantes emitidos por la Contraloría General de la República durante 2020 conciernen al régimen jurídico de las entidades que, perteneciendo en mayor o menor grado a la administración del Estado, revisten formas organizacionales propias del derecho privado (característicamente, corporaciones o asociaciones y fundaciones). El terreno es de importancia más teórica que práctica, porque en la multiplicidad de instituciones que pueblan u orbitan la administración chilena, aquellas que revisten formas “privadas” ocupan un lugar por completo excepcional. Ahora bien, por excepcional que sea, su sola presencia plantea preguntas relevantes para el derecho administrativo y su pretensión de cubrir el conjunto de aspectos propios de la organización o funcionamiento de la administración.

¹ Doctor en derecho por la Université Paris II, Panthéon-Assas, abogado por la Universidad de Chile; profesor de derecho administrativo en la Universidad de Chile, investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom). El autor agradece la colaboración del ayudante de investigación señor Tomás Izquierdo S.

La Contraloría ataca a la más significativa de estas instituciones, tanto por su dimensión (o al menos, extensión territorial) como por la amplitud de sus tareas, la Corporación Nacional Forestal (Conaf), a la que llega a calificar de “entidad [que] se enmarca en el concepto de órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”. Por otra parte, la Contraloría paraliza un proyecto de fundación integrada por aportes estatales y privados, denominada Data Observatory, exigiendo que su constitución se supedite a una licitación pública. Se trata de dos cuestiones muy distintas, pero de profundas implicancias.

Por un buen tiempo, tanto la magnitud cuantitativa del fenómeno como, consecuentemente, la limitada aptitud para generar problemas jurídicos, han propiciado la estabilidad de las soluciones del derecho positivo en este ámbito. Los dictámenes que aquí se analizan muestran que la materia no está abandonada al derecho privado, sino que el derecho público ejerce un fuerte influjo en ella, pudiendo llegar a reconfigurarla.

El análisis que sigue recae separadamente sobre los dos pronunciamientos referidos, pero previamente se ofrece una presentación general del fenómeno en que inciden.

1. La “administración invisible”

Esta terminología, acuñada por Eduardo Soto Kloss², da cuenta de instituciones *grosso modo* estatales (porque cumplen funciones públicas y son controladas por el Estado) que operan bajo formas jurídicas comunes en la actividad de los privados.

Se trata de formas jurídicas acordes con las funciones administrativas comunes. A diferencia de lo postulado en la teorización de Soto Kloss o, más tarde, en la de administración paraestatal imaginada por Pedro Pierry³, cabe excluir de la categoría a aquellas formas institucionales que tienen aptitud o carácter mercantil, como las sociedades, porque el fenómeno del Estado empresario al cual se adscriben estas instituciones está sujeto, de un modo más relevante, a un régimen jurídico singular. En suma, la administración invisible está conformada por personas jurídicas no lucrativas de derecho privado, vale decir, por asociaciones o corporaciones y por fundaciones,

2 Soto Kloss, Eduardo y Reyes, Gustavo, *Régimen jurídico de la Administración del Estado* (Editorial Jurídica de Chile), 1980, p. 29.

3 Pierry, Pedro, “Cambios en la estructura de la administración del Estado”, en *Revista de Derecho Público*, N° 33-34, (Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile), 1983, pp. 101-115.

constituidas en general conforme a las reglas tradicionales del Código Civil.

En la medida que, por imperativo constitucional, la organización administrativa es configurada o moldeada por la ley (Constitución, art. 65, inc. 4 N° 2), el origen formalmente privado de estas instituciones las invisibiliza para efectos del derecho administrativo. Estas instituciones no integran los “cuadros” orgánicos de la administración del Estado, su personal no se rige por el estatuto administrativo (*i.e.*, por el derecho administrativo) sino por el derecho laboral o por el derecho privado general, y sus actuaciones –unilaterales o contractuales– no se encauzan en los regímenes propios de derecho público, sino en el derecho privado⁴.

El recurso a instituciones privadas por parte del Estado tiene una justificación pragmática evidente, pues tanto el procedimiento de creación de instituciones estatales, como su funcionamiento mismo, están sujetos a un régimen jurídico que comporta una serie de limitaciones: trámites o gestiones demorasas, controles administrativos y judiciales. En contraste, el carácter formalmente privado de estas instituciones supone una mucho mayor agilidad. Su configuración jurídica no depende de las vicisitudes parlamentarias sino de negocios jurídicos más o menos simples cuya máxima formalidad pasa por autorizaciones notariales (y eventuales controles administrativos). Además, su funcionamiento está liberado de los requisitos formales y sustantivos del derecho público: sus decisiones corporativas suponen acuerdos que sólo eventualmente requieren autenticación por ministros de fe y sus compras u operaciones contractuales corrientes no requieren de procedimientos competitivos como las licitaciones. Así, pues, desde la perspectiva de la eficacia, son innegables las ventajas que ofrece el modelo de las instituciones privadas por sobre la organización administrativa.

Con todo, aquello que se gana en eficacia se pierde en las limitaciones inherentes al derecho administrativo, que son funcionales al interés general. La observancia del principio de legalidad, rigurosa en el sector público, adquiere flexibilidad en el sector privado. La atribución de prerrogativas de acción, que respecto de organismos administrativos requiere siempre de discusión parlamentaria, depende de meros instrumentos corporativos tratándose de instituciones privadas. Consecuentemente, los controles aplicables a la gestión de organismos públicos, como el que característicamente juega la Contraloría

4 Con todo, varias de ellas son consideradas integrantes del “sector público” para efectos de las finanzas públicas (Decreto Ley N° 1.263, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, art. 2). Es común que estas instituciones también reciban fondos del Presupuesto Nacional.

en nuestro medio, no están diseñados para operar respecto de instituciones privadas. El derecho administrativo chileno tiene una base orgánica cierta (es decir, este derecho se aplica a genuinos organismos administrativos), que no se extiende a las instituciones configuradas siguiendo el derecho privado.

Así, la existencia de entidades públicas de derecho privado revela (al menos) dos intereses públicos en tensión, que en términos muy generales pueden reconducirse al de la eficacia y el de la legalidad. La persistente creación de estas entidades, propiciada por la administración y el legislador, da cuenta de la relevancia del primero de estos intereses. Por su parte, un discurso bastante asentado en la academia deplora la “huida del derecho administrativo”⁵, fórmula de innegable carga peyorativa, en cuanto se aproxima a la idea de evasión de determinadas reglas⁶. Ahora bien, en sí misma la idea de *huida* no es asimilable a otras nociones que la teoría jurídica ha concebido para identificar la transgresión del orden legal, como ocurre con el paradigma del fraude a la ley. Bajo el ropaje de la huida del derecho administrativo se esconden a veces simples reglas especiales de gestión pública, más flexibles que las que entraña el derecho administrativo general: por ejemplo, la exención del régimen funcional para los empleados de determinadas instituciones, que quedan sujetos al derecho laboral común⁷. *Prima facie*, la huida del derecho administrativo da cuenta de un apartamiento respecto de los estándares comunes del derecho administrativo, pero no necesariamente de una ruptura de los principios jurídicos.

En buena medida, la dificultad que presenta identificar en la huida una genuina ilegalidad proviene del origen legislativo de las soluciones singulares que consagran una actuación de la administración conforme al derecho privado. Una excepción legal, aunque sea criticable política o sistemáticamente, no

5 La terminología proviene originalmente de Clavero, Manuel, “Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular en las administraciones autónomas”, en Documentación administrativa, N° 58, (Instituto Nacional de Administración Pública), 1962, pp. 13-35; aunque en ese caso en referencia al régimen jurídico de los órganos públicos autónomos. Con posterioridad, la doctrina adaptó el término para referirse a la externalización de funciones administrativas en instituciones de derecho privado. P. ej., ver Del Saz, Silvia, “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, en Revista de Administración Pública, N° 133, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1994, pp. 57-98; y Bermejo, José Luis, “Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la huida del derecho administrativo”, en Sosa, Francisco y Martín, Ramón (coords.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (Universidad de Alicante), 2000, pp. 935-960

6 Es el sentido inicial de la expresión empleada por Clavero, *Op. Cit.*

7 Ejemplo de “privatización” según Garrido Falla. Garrido, Fernando, “Privatización y reprivatización”, en Revista de Administración Pública, N° 126, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1991, pp. 7-26.

es contraria a derecho. Advirtiendo estas limitaciones del discurso centrado en la huida, algunos han imaginado la existencia de reservas constitucionales de administración⁸, de modo de que ni siquiera su transgresión por medio de la ley escape a la censura. Estas reservas denotarían ámbitos del quehacer público que, por disposición constitucional, sólo pueden ser cubiertos por la administración del Estado bajo un régimen de derecho administrativo; extensivamente, podría pensarse en reservas de derecho administrativo, de modo que éste no pueda ser eludido en la gestión pública⁹. Con todo, al menos en el derecho chileno, la configuración constitucional del derecho administrativo admite un grado extremadamente importante de colaboración legislativa, de modo que (con raras salvedades) los criterios básicos de gestión de la administración pública siempre pueden ser excepcionados por medio de normas legales.

En suma, el argumento de la huida del derecho administrativo no puede reconducirse sin más a una violación de la Constitución. De hecho, en sus principales pronunciamientos sobre la cuestión, para criticar la *huida* provocada por la creación de entidades instrumentales de derecho privado, el Tribunal Constitucional ha dirigido simples apreciaciones de política legislativa a los poderes públicos, en el sentido de que no “resulta constitucionalmente aconsejable la creación por las municipalidades de estas corporaciones de derecho privado, ya que éstas podrían ser utilizadas como mecanismos para contravenir las limitaciones constitucionales que rigen la acción de los municipios”¹⁰ o representando “a los poderes colegisladores la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas”¹¹.

Ahora bien, la singular elasticidad que confiere el derecho privado también puede ser problemática, especialmente cuando colisiona con bienes de importancia pública, como la transparencia, el control presupuestario o, más ampliamente, el principio de legalidad. Parece anómalo que el sometimiento de una institución estatal al derecho privado la exima de una serie de controles y regulaciones valiosos en la gestión del Estado. Sin embargo, tanto en Chile como en el derecho comparado (especialmente en el derecho español), la implementación paulatina de principios clásicamente asociados al derecho público por las personas jurídicas de derecho privado que cumplen funciones públicas ha

8 Es el método seguido por Del Saz, *Op. Cit.*

9 Argumento de García de Enterría y Fernández. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, T. I., 14° Ed. (Thomson-Civitas), 2008, pp. 411 y ss.

10 Tribunal Constitucional, Rol 50-87, sentencia de fecha 31 de diciembre de 1987.

11 Tribunal Constitucional, Rol 1024-08, sentencia de fecha 7 de enero de 2008.

permitido reducir la magnitud de estos problemas. Ahora bien, no es sencillo justificar la aplicación de estos principios a entidades de derecho privado.

Algunos autores han propuesto recurrir a la técnica del “levantamiento del velo”¹², conocida en el ámbito del abuso de la personalidad jurídica en derecho privado. Sin embargo, mecanismos como ese solo pueden utilizarse en presencia de conductas ilícitas, como el fraude a la ley o el abuso del derecho, que no son sencillas de acreditar en la gestión de asuntos públicos y menos si se cuenta con alguna cobertura legal. En este escenario, parece más sencillo dirigir mandatos de actuación a los órganos o entes públicos que actúan por medio de estas instituciones, para que apliquen orientaciones inspiradas en el derecho administrativo, para el mejor cumplimiento de sus tareas *grosso modo* estatales.

Otros autores han puesto énfasis en la progresiva difuminación de la división entre el derecho público y el derecho privado, mostrando que ambas disciplinas comparten una “esfera pública” en que ambos funcionan y se correlacionan¹³. En esa línea, la simple catalogación de una institución como de “derecho privado” no debería impedir que se le apliquen los principios que garantizan un adecuado desempeño de las funciones públicas, como la transparencia o la imparcialidad. Así, Barnés ha propuesto abandonar una lógica meramente subjetiva, intercambiándola por una mirada funcional, de acuerdo a la cual “[e]s la naturaleza de la actividad la que importa, no el actor”¹⁴. En otras palabras, si una entidad desempeña funciones públicas, le son aplicables una serie de principios, con independencia de su sujeción institucional al derecho público o al derecho privado. Atendida la preponderancia del criterio orgánico en la definición del derecho administrativo, la justificación avanzada debe considerarse como un criterio *de lege ferenda* que respalde soluciones positivas en el futuro.

Sea cual sea la justificación que termine por prevalecer, en diversos contextos normativos se han ido articulando técnicas de derecho público, ante la emergencia de entidades de derecho privado que desempeñan funciones públicas. El derecho europeo proporciona buenos ejemplos, mediante la

12 González-Varas, Santiago, “Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 274-275, (Instituto Nacional de Administración Pública), 1997, pp. 361-400.

13 Como diría Barnés, “Si la frontera entre el Derecho Público y el Derecho Privado ha dejado de ser una divisoria sin puentes ni contacto, y se ha convertido en una zona transfronteriza, en un espacio común —la vida pública—, cabe esperar que ambas disciplinas se ocupen conjuntamente de lo que ahí sucede”. Barnés, Javier, “La vida pública de los sujetos privados, una expansión (cualitativa) del derecho administrativo”, en Vaquer, Marcos, Moreno, Ángel y Descalzo, Antonio, *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 213-249.

14 Barnés, *Op. Cit.*

ampliación del régimen jurídico de contratación pública¹⁵, o el establecimiento de límites a la regulación presupuestaria relacionada con las “entidades públicas de derecho privado”¹⁶. Algo similar ha sucedido en los últimos años en el derecho español, a través la nueva ley de contratos¹⁷ y las reglas sobre responsabilidad de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público¹⁸.

En Chile, el principal “avance” normativo data de 1986, cuando la LOCBGAE, junto con reconocer el fenómeno, dispuso que estas entidades estatales de derecho privado no podrían ejercer potestades públicas¹⁹. El valor de la regla está en sentar un principio valioso, pero su eficacia es relativa, porque solo tiene rango orgánico constitucional (legislativo, pero de quorum supramayoritario), y no constitucional, de modo que no impide derogaciones por medio de leyes especiales; algunas de estas derogaciones conciernen a la Conaf. Ahora bien, independientemente del escaso desarrollo normativo, algunas resoluciones de la Contraloría y del Consejo Para la Transparencia parecen apuntar en un sentido similar.

La jurisprudencia de esta última institución ha tendido a profundizar progresivamente exigencias de transparencia respecto de las instituciones de la administración invisible. Como es bien sabido, las normas sobre acceso a la

15 Sánchez Morón, Miguel, “El retorno del derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, N° 206, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2018, pp. 49-51.

16 Como explica Sánchez Morón, una regulación europea (el SEC-2010, aprobado por el Reglamento (UE) 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013) dispone que “Solo aquellas entidades del sector público que puedan ser consideradas «productores de mercado», básicamente porque se financian mayoritariamente y de manera estable con ingresos procedentes de la entrega de bienes o la prestación de sus servicios, se incluyen a efectos de contabilidad en el subsector de las «sociedades no financieras públicas» (S.11001). Las demás entidades del sector público, cualquiera que sea su forma de personificación, se integran en el sector de las «administraciones públicas» (S.13). Su deuda computa, pues, como deuda pública”. Esto supone, como señala el autor, que “dentro del sector público, solo tiene justificación el sometimiento a las reglas de derecho privado de aquellas actividades que se dirigen precisamente a la producción de bienes y servicios para el mercado; no en cambio a la prestación de servicios públicos, el ejercicio de potestades públicas o la realización de cualesquiera funciones materialmente públicas y financiadas total o mayoritariamente con recursos públicos. Pues en estos casos la utilización instrumental de sociedades o fundaciones es puramente artificial”. Sánchez Morón, *Op. Cit.* pp. 51-52.

17 Ley 9/2017. Sánchez Morón, *Op. Cit.*, pp. 60-64.

18 El artículo 144 de la LRJSP (Ley 30/1992) dispone que “Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esa naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 32 y siguientes [de la propia LRJSP], incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”.

19 El artículo 6 inciso segundo de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE) dispone, respecto de las entidades no administrativas en que el Estado tenga participación: “Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”. El texto de la LOCBGAE (Ley N° 18.575) fue refundido, coordinado y sistematizado por el DFL N° 1, de 17 de noviembre de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

información son aplicables a los distintos órganos del Estado, aunque varían en intensidad: del régimen común aplicable a la administración del Estado se distinguen distintos regímenes especiales aplicables a instituciones administrativas dotadas de un status singular (empresas, autonomías), así como a los demás poderes públicos. Ahora bien, mediante una interpretación extensiva del artículo 2 de la Ley N° 20.285²⁰, el Consejo para la Transparencia ha considerado que algunas personas jurídicas de derecho privado forman parte de la administración en calidad de “órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”, mediante un mecanismo que ha sido denominado “test de instrumentalidad”²¹. Este mecanismo depende, a grandes rasgos, de si el Estado tiene “participación” y “posición dominante” en la fundación o corporación respectiva. Consecuentemente, el Consejo ha extendido a estas instituciones las exigencias de transparencia propias de la administración. En particular, se les aplican las normas sobre transparencia cuando desempeñan “funciones administrativas” y cuando concurren mayoritariamente órganos públicos en su creación y están integradas en sus órganos relevantes por funcionarios públicos o personas nombrados por estos²².

Por vías distintas, la Contraloría General de la República ha llegado a conclusiones semejantes, con el efecto de extender a la administración invisible, fundamentalmente, exigencias de transparencia y de control administrativo²³, y últimamente, también de procedimiento administrativo²⁴. Aunque en algunos casos la Contraloría ha procedido mediante interpretaciones con fundamento literal en textos legales²⁵, ha desarrollado criterios de instrumentalidad similares

20 Que prescribe que “Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”. Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, de 20 de agosto de 2008.

21 Soto, Pablo, “‘Huida’ ilegal del derecho administrativo: las fundaciones de la presidencia de la república y la ley de transparencia”, en Couso, Javier (ed.), *Anuario de derecho público Universidad Diego Portales* (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014, pp. 452 y ss.

22 A título ejemplar, Consejo Para La Transparencia, Amparos Roles N° A-211-09, A 242-09, C 119-11 C-1.529-11, C-552-13 y C-931-14. La solución ha sido respaldada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6.569-2011, 01-04-2013.

23 Contraloría General de la República, Dictamen N° 4.272-2019, de fecha 12 de febrero de 2019.

24 Contraloría General de la República, Dictamen N° 51.810-2013, de fecha 14 de agosto de 2013.

25 Contraloría General de la República, Dictamen N° 33.052-2010, de fecha 18 de junio de 2010, por referencia al artículo 16, inc. 2, de la Ley 10.336, orgánica de la Contraloría General de la República, cuyo texto refundido fue establecido por el Decreto 2.421, de 10 de julio de 1964, del Ministerio de Hacienda. Este precepto se refiere a “las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación”. Se-

al empleado por el Consejo para la Transparencia. En general, la Contraloría estima que estas entidades de derecho privado son un medio para el cumplimiento (indirecto) de funciones públicas o administrativas, cuando el Estado o sus organismos tienen preeminencia en sus recursos económicos o en su dirección u órganos de gobierno y, entonces, puede entenderse que “en ellas está presente de un modo preeminente el interés público”²⁶. A partir de esa premisa, la Contraloría les extiende exigencias propias del derecho administrativo o “principios básicos de gestión propios del derecho público”²⁷. En ocasiones, esta extensión se efectúa de modo directo o inmediato a la entidad de que se trate²⁸, pero en otras lo hace por intermedio de los organismos administrativos que contribuyen al financiamiento o participan en la dirección de estas instituciones²⁹.

Así las cosas, la Contraloría ha caracterizado a estas instituciones, por contraste con la Administración del Estado, como integrantes de “un género de organismos a través de los cuales el Estado realiza indirectamente determinadas actividades asociadas al cumplimiento de sus funciones, por medio de una entidad privada, utilizando la preeminencia que le da su forma de participación en el patrimonio y en la dirección de ésta, en cuyo accionar está comprometido el interés público”³⁰.

2. La Corporación Nacional Forestal (Conaf)

La Corporación Nacional Forestal surge como una corporación de derecho privado, creada con el objeto general de contribuir a la conservación,

gún indica el pronunciamiento citado, “esta noción... no necesariamente concuerda con el concepto de Administración del Estado contemplado en el artículo 1º, inciso segundo, de la ley N° 18.575”.

26 Contraloría General de la República, Dictamen N° 37.493-2010, de fecha 7 de julio de 2010.

27 A título ejemplar: Contraloría General de la República, Dictámenes N° 24.984-2020, de fecha 5 de agosto de 2020; N° 4.272-2019; N° 41.025-2016, de fecha 3 de junio de 2016; y N° 37.493-2010.

28 Contraloría General de la República, Dictamen N° 12.605-2016, referido a los directivos de la fundación Instituto Politécnico de la Universidad de Chile.

29 Es el caso de Contraloría General de la República Dictamen N° 51.810-2013, en que se extiende a la Fundación para la Innovación Agraria exigencias de motivación de sus actos, por intermedio del Ministerio de Agricultura: “el Ministerio de Agricultura, en su calidad de aportante de los recursos públicos de la especie, deberá instruir a la FIA para que complemente la información dada al recurrente y, a su turno, tendrá que arbitrar las medidas que correspondan tendientes a que en las futuras convocatorias de concursos que se lleven a cabo por esa entidad, se fundamenten los actos del procedimiento, a fin de que aquellos contengan un sustento razonado y justo”. Es posible pensar que esta técnica es tributaria del razonamiento contenido en el Dictamen N° 37.493-2010, en que se estimó que el antiguo Centro de Investigaciones Minero-Metalúrgicas, CIMM, corresponde a “un conjunto de órganos del Estado que desarrollan determinadas áreas de su actividad unidas bajo la forma de una corporación privada, en la cual tienen predominio, en sus órganos de administración”.

30 Contraloría General de la República, Dictamen N° 19.522-2013, de fecha 22 de julio de 2019, relativo al Instituto de Investigaciones Agropecuarias (INIA).

incremento, manejo y aprovechamiento de los recursos forestales y áreas silvestres protegidas de Chile³¹. Su principal antecedente es la antigua Corporación de Reforestación³² creada en 1970, pero adquirió su actual denominación poco tiempo después³³. En cuanto persona jurídica de derecho privado, está regida primordialmente por sus estatutos, aunque sus potestades y funciones se han ido modelando normativamente.

En 1984, la Ley 18.348 dijo crear la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables, como un servicio público descentralizado³⁴, que sería continuadora y sucesora legal de la actual Conaf. Sin embargo, la eficacia de esa ley quedó supeditada a la disolución de la antigua Conaf, la cual nunca se dispuso.

Conaf cumple diversas funciones relacionadas con la política forestal. Una de las más relevantes se refiere a la tuición y administración de las zonas protegidas (parques nacionales, reservas forestales, reservas nacionales y monumentos naturales). También desempeña funciones relacionadas con la tala de bosques, los planes de manejo forestal, el combate de incendios y la regulación del uso del fuego. Para el cumplimiento de estas funciones, la ley la dota de una serie de atribuciones que pueden calificarse como potestades administrativas: fiscalizadoras³⁵, autorizatorias³⁶ y de policía administrativa³⁷.

31 Artículo tercero de los estatutos de la Corporación Nacional Forestal, cuya última modificación fue aprobada por Decreto Supremo N° 1.546, de 13 de mayo de 2009, del Ministerio de Justicia.

32 Decreto N° 728, de 13 de mayo de 1970, del Ministerio de Justicia.

33 Decreto N° 455, de 19 de abril de 1973, del Ministerio de Justicia.

34 Literalmente se la concebía como “institución autónoma del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida y que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Agricultura” (Art. 1).

35 Entre ellas: Fiscalizar las acciones de corta o explotación de bosques nativos en cualquier tipo de terreno o plantaciones en terrenos de Aptitud Preferentemente Forestal (APF) (Art. 21, DL N° 701, de 1974); Fiscalizar el cumplimiento de los planes de manejo (Art. 31, DL N° 701); Autorización y fiscalización de especies declaradas monumento natural (DS N° 531, de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Decretos Supremos 490 de 1976, 43 de 1990 y 13 de 1995, todos del Ministerio de Agricultura); y Fiscalizar conductas de uso del fuego penadas por la Ley (Código Penal, Art. 476 N° 3 y 495 N° 11 y Ley de Bosques, Arts. 17 y 22).

36 Entre ellas: Autorización y fiscalización de especies declaradas monumento natural (DS N° 531, de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Decretos Supremos 490 de 1976, 43 de 1990 y 13 de 1995, todos del Ministerio de Agricultura); Aprobar excepcionalmente la corta de árboles y arbustos nativos y arbolados prohibidos (Ley de Bosques, Art. 5); Conceder permisos respecto de especies maderables reguladas por la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) (DS N° 70, de 2003, Art. 2); Otorgar la “autorización simple de corta” (Ley N° 20.283, Art. 27); y Aprobar o rechazar planes de manejo, declaración de bosques nativos y bosques de protección, de reforestación o corrección, y sus respectivos certificados y modificaciones (DL N° 701, Arts. 2, 4, 8, 12, 13, 21 y 22 y Reglamento General del DL 701, Art. 36).

37 Por ejemplo, ordenar la inmediata paralización de faenas, en el caso de corta no autorizada (DL 701,

La atribución de potestades clásicamente administrativas a una corporación de derecho privado ha generado tensiones en el medio chileno. Estas tensiones despertaron fundamentalmente a raíz del control de constitucionalidad de la ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal (actual Ley N° 20.283), en que se atribuían nuevas potestades a la Conaf. El Tribunal Constitucional no censuró este proyecto (por consideraciones de seguridad jurídica y en atención a los límites del control de constitucionalidad³⁸), pero advirtió sobre “la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas”³⁹.

Para corregir estos inconvenientes, algunos proyectos de ley han pretendido radicar las atribuciones de Conaf en genuinos órganos administrativos. Uno de ellos es el que propone crear a un sucesor de la Conaf denominado Servicio Nacional Forestal⁴⁰, como órgano vinculado con el sector agrícola al que se encomendarían las tareas *grossa modo* de policía forestal. Otro proyecto relevante es el que postula crear el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas⁴¹, vinculado con el Ministerio de Medio Ambiente, que también se formaría a partir del personal y tareas de la Conaf y al que se le traspasarían las facultades vinculadas a la administración y tutela de las zonas protegidas⁴². Hasta la fecha, ninguno de estos proyectos ha fructificado.

2.1. El dictamen E33.624-2020.

Por el reciente dictamen E33.624-2020, de fecha 4 de septiembre de 2020, la Contraloría hace extensible la totalidad de la Ley 19.880, de Bases de los procedimientos administrativos, “a los procedimientos desarrollados por esa Corporación”⁴³, pues ella “se enmarca en el concepto de órganos y ser-

Art. 21).

38 En específico, señaló que “no obstante lo expresado [la anomalía], este Tribunal debe hacerse cargo de las exigencias de la seguridad jurídica frente a situaciones consolidadas y a derechos adquiridos por particulares al amparo de facultades legalmente ejercidas por la CONAF, a la vez que recordar la regla de interpretación constitucional según la cual frente a un acto del legislador regularmente materializado, aún más si no ha sido impugnado, debe declararse su inconstitucionalidad únicamente si no existe ninguna interpretación posible que permita declarar su conformidad con la constitución”. Tribunal Constitucional, Rol 1.024-08, sentencia de fecha 1 de julio de 2008, cons. 22.

39 Tribunal Constitucional, Rol 1.024-08, sentencia de fecha 1 de julio de 2008, cons. 24.

40 Boletín N° 11.175-01, ingresado por el ejecutivo a la Cámara de Diputados el 4 de abril de 2017.

41 Boletín N° 9.404-12, ingresado por el ejecutivo a la Cámara de Diputados el 18 de junio de 2014.

42 Es evidente que, de prosperar ambos proyectos, el legislador debe preocuparse de evitar posibles duplicidades respecto a las funciones de ambos órganos.

43 La determinación es especialmente relevante respecto de las funciones reguladas por el DL 701, sobre

vicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa” (concepto subentendido como integrante del ámbito de aplicación de ese cuerpo legal⁴⁴). Consecuencia adicional de esta determinación (pero relativamente trivial, atendido el estado de la jurisprudencia administrativa), se le extienden, además, “los principios constitucionales de transparencia y publicidad, como también el de probidad administrativa”. El dictamen rompe con la jurisprudencia administrativa previa, que procedía en forma parsimoniosa en la aplicación de estándares de derecho público a organismos privados, sin extenderles la observancia de una ley concebida propiamente para instituciones administrativas. Además, rompe también con la idea de la administración invisible como un “género de organismos” distinto a la administración del Estado *stricto sensu*.

Para calificar a la Conaf como servicio público, Contraloría invoca el “principio de realidad[,] que debe orientar la labor interpretativa del Derecho Administrativo y la búsqueda de soluciones interpretativas que armonicen y uniformen el actuar de las entidades a través de las cuales el Estado ejerce sus funciones”. La “realidad” mostraría que Conaf es un servicio público, tanto en el plano orgánico como en el plano funcional. Orgánicamente es considerada como parte del aparato estatal por algunos cuerpos legales (como la Ley de Administración Financiera del Estado y la Ley sobre circulación de vehículos estatales) y funcionalmente cuenta con “funciones de naturaleza pública”, estando dotada de “un conjunto de potestades o prerrogativas para su cumplimiento”.

Con la expresión *principio de realidad*, Contraloría parece dejarse llevar por una argumentación recurrente en el ámbito de las relaciones laborales⁴⁵. El argumento denominado “principio de primacía de la realidad” pareciera

planes de manejo, que no se remite a ese cuerpo legal. Por contraste, Ley 20.283, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, dispone, en su Artículo 62: “En todas aquellas materias que no se encuentren expresamente reguladas en esta ley, se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la ley N° 19.880”.

44 En verdad, la noción usada por la LBPA corresponde pura y simplemente a la de “servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa” (art. 2, inc. 1). En tanto, es la LOCBGAE la que alude a los “órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa” (art. 1, inc. 2). El matiz es tal vez irrelevante, pero parece mostrar la pretensión de considerar a Conaf como servicio público no sólo para efectos del derecho administrativo procedimental.

45 El principio ha recibido aplicación en el derecho laboral chileno. Por ejemplo, Corte Suprema, Rol 30.292-2017 (22.02-2018): “es irrelevante que el tenor literal de tal acto jurídico refiera una naturaleza distinta a la señalada, si en los hechos se verifica lo contrario, al concurrir los requisitos expresados, recibiendo plena aplicación el principio de primacía de la realidad que preside los procesos recaídos en esta materia”.

deberse a un laboralista uruguayo⁴⁶, que postulaba la prevalencia de los hechos en el ámbito de las relaciones de trabajo, sobre la calificación que se les dé en determinados documentos, como el contrato de trabajo u otros. De este modo, el principio habilita a prescindir de la calificación jurídica que se haga de determinados hechos en instrumentos formales, para que así el intérprete u órgano aplicador del derecho pueda abordar su tarea sin preconcepciones. En buenas cuentas, el principio está destinado a operar como una regla de inoponibilidad de instrumentos jurídicos, típica, pero no exclusivamente contractuales. Como criterios justificativos de la regla, se han avanzado explicaciones que atienden, entre otros, a la eventualidad de simulaciones o derechamente de fraude a la ley (mediante el ocultamiento del carácter genuinamente laboral de las relaciones de trabajo) o a la aplicación práctica de los contratos de trabajo⁴⁷.

Al ampararse en el principio de primacía de la realidad, la Contraloría entiende inoponible la calificación de corporación privada sin fines de lucro de la Conaf, sin avanzar argumentos que permitan prescindir de los instrumentos corporativos que le dan vida. Para ser justos, cualquier argumento en tal sentido sería arriesgado, porque importaría entrar en imputaciones desdorasas respecto de los creadores de la Conaf, o desconocer la experiencia de las últimas décadas en que tanto desde la misma institución como desde el Ministerio de Agricultura u otras reparticiones públicas, se ha procedido en el entendido de que se trata de una corporación privada sin fines de lucro.

Pero sobre todo, ¿cuál es la realidad? En su sentido más literal, los hechos desnudos sólo pueden mostrar que tras la Conaf hay un conjunto de personas y medios materiales dedicados al desarrollo de tareas de interés público. A partir de esta constatación ¿qué calificación jurídica conviene dar a la institución? Sin duda, el derecho administrativo general proyecta una imagen arquetípica del organismo de la administración del Estado o servicio público, pero no es tan sencillo llevar a la práctica ese modelo. Por ejemplo, aunque el estatuto administrativo suministra un modelo de relaciones funcionariales, conoce de modo no problemático muchas excepciones; luego, decir que tal o cual institución es un servicio público no habilita sin más a considerar que su personal se rige por el estatuto administrativo o por el Código del Trabajo, si es personal de planta o a contrata, etc. En la configuración del aparato del

46 Pla Rodríguez, Américo *Los principios del Derecho del Trabajo*, Montevideo (M.B.A.), 1975, pp. 221 y ss.

47 Según el autor, el desajuste entre hechos e instrumentos puede deberse también a otras causas, como un error de calificación de los hechos, la desactualización temporal de los instrumentos formales, o al incumplimiento de requisitos formales. Pla, *op.cit.*, pp. 234 y ss.

Estado no hay nada natural o “real”, pues todo depende de opciones deliberadas de diseño institucional provenientes de organismos dotados de legitimidad política. Ese diseño no se resuelve por intérpretes en aplicación más o menos mecánica de textos normativos. En verdad, el “principio de realidad” es radicalmente ajeno a la impronta democrática que irriga el principio de legalidad y que se muestra en la lógica formal del derecho administrativo.

En el caso, por lo demás, la existencia de una ley que creó la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables, así como la actual discusión parlamentaria de otros proyectos de ley destinados a crear el Servicio Nacional Forestal y el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, dan por sí solos cuenta de que la Conaf actualmente no es un servicio público. Más bien, todo indica que la invocación del principio de realidad busca, al revés, reconfigurar una institución por decisión de un simple intérprete del derecho.

Sin duda, la Conaf es una institución problemática, porque su diseño inicial no ha variado, y hoy día no parece bien adaptado a sus funciones, que han mutado de modo muy significativo. Ahora bien, el respeto al principio democrático exige no suplantar ni anticiparse a las opciones institucionales que puedan adoptar los órganos legislativos con respecto al futuro orgánico de la Conaf. Desde esta perspectiva institucional, es paradójico que el pronunciamiento de la Contraloría se formule a raíz de una consulta proveniente de un parlamentario, representante elegido por el pueblo.

3. El caso “Data Observatory”

Mediante el oficio 11.657, de fecha 3 de septiembre de 2020, la Contraloría representó el decreto supremo N° 14, de 2020, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que aprobaba la constitución de la fundación *Data Observatory* por parte del Estado chileno (representado por los Ministros de Economía, Fomento y Turismo, y de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación), más la Universidad Adolfo Ibáñez y la compañía Amazon Web Services. Esta fundación estaba destinada a “adquirir, procesar y almacenar en medios digitales los conjuntos de datos generados por instituciones de carácter público o privado y que por su volumen, naturaleza y complejidad requieren una curaduría, exploración, visualización y análisis que faciliten la disponibilidad de dichos datos para fines del desarrollo de la ciencia, tecnología, innovación, conocimiento y sus aplicaciones en la economía”⁴⁸. Para oponerse a ella, Con-

⁴⁸ Artículo 3 de los estatutos de la fundación *Data Observatory*, aprobados por Decreto Supremo N° 14, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 30 de enero de 2020.

traloría invoca diversos argumentos, que por lo esencial se reconducen a la omisión de la licitación pública como condición previa al acto constitutivo de la fundación⁴⁹. Para compartir las conclusiones de la Contraloría es necesario adentrarse mucho en la singularidad del negocio que se trataba de aprobar; el pronunciamiento mismo no aporta razones muy válidas en apoyo de las intuiciones de la Contraloría.

Un aspecto llamativo del razonamiento de la Contraloría es la consideración del acto fundacional como un contrato. Es absolutamente pacífico en doctrina que el acto fundacional tiene la naturaleza jurídica de un acto unilateral⁵⁰, opuesto, por construcción misma, a un contrato. La constitución de una fundación no requiere del concurso de dos o más voluntades, de modo que puede ser dispuesta por una única persona (por ejemplo, mediante otro acto típicamente unilateral, como el testamento)⁵¹. Cuando la fundación se constituye por dos o más personas actuando de consuno, se entiende que la voluntad que expresan es una sola⁵². En tal caso, los cofundadores no se obligan entre sí —es más, si se asumen obligaciones, lo más razonable desde una perspectiva práctica es pensar que el acreedor es la misma fundación que se crea por medio del acto, no los otorgantes.

En otra muestra de la confusión sobre el tipo de negocio jurídico que se trataba de configurar, la Contraloría se refiere a los fundadores como “partícipes”⁵³ y se les acusa de labrarse un privilegio⁵⁴. Lo propio de la fundación es la configuración de un patrimonio afecto a un fin dotado de

49 En uno de sus pasajes, el oficio indica que “no se advierten los fundamentos que expliquen que para el tratamiento de grandes volúmenes de datos provenientes, entre otros, de instituciones públicas, el Estado haya decidido constituir una persona jurídica sujeta al Derecho privado con la concurrencia de entidades del sector privado, prescindiendo del mecanismo de licitación pública”. En su conjunto, el razonamiento sigue echando de menos la licitación pública, aunque pareciera sugerir también que el objeto de la fundación se entromete en una materia propiamente administrativa que no admite delegación; sin embargo, este argumento no es objeto de mayor profundización.

50 Galgano, Francesco, *Delle persone giuridiche* (in Scialoja, Antonio y Branca, Giuseppe, *Commentario del Codice Civile*), Boloña-Roma (Zanichelli-Foro Romano), 1969, p. 157 y ss.

51 Lyon, Alberto, *Teoría de la personalidad*, Santiago (Eds. Universidad Católica de Chile), 1993, p. 213.

52 Galgano, *Op. Cit.*

53 El pronunciamiento se refiere continuamente a la “participación” de las entidades. También se les denomina “particulares intervinientes”.

54 “Tal proceder no sólo ha importado omitir la vía prevista por el legislador como la regla idónea y general en la materia, sino que también ha importado conferir a los particulares intervinientes un privilegio significativo en relación con terceros que puedan encontrarse en similares o mejores condiciones que aquellos para celebrar el contrato en cuestión, vulnerando con ello la igualdad de oportunidades que debe asegurar el Estado a todas las personas, en conformidad con el artículo 1° de la Constitución Política de la República”.

personalidad jurídica propia; si bien las sociedades (civiles o mercantiles) también importan una persona jurídica destinada a un fin específico, en la fundación el fin es preeminente, al punto que –no habiendo distribución de utilidades– los resultados de la operación de la fundación se reinvierten en ella misma. Por el hecho de concurrir a la constitución de una fundación no hay genuina participación en negocio alguno. Sin duda, la fundación cuenta con órganos que materializan su voluntad y en ellos suele tener presencia el fundador o alguien de su confianza, aunque no es imprescindible que así sea; en todo caso, en la medida que el fin de la fundación es elemento esencial en la gestión fundacional, se relativiza mucho la importancia de la intervención de tal o cual persona en sus órganos de gobierno. Las fundaciones son, en el derecho chileno, la forma jurídica por excelencia que permite canalizar la filantropía, y el asumirlo como una mera participación, la Contraloría da cuenta de un enfoque en extremo reduccionista.

Todos estos argumentos sugieren que –no siendo la constitución de una fundación un contrato, ni un medio de enriquecimiento de los fundadores– no correspondía exigir la licitación pública como condición previa a la constitución de una fundación por el Estado con el concurso de terceros. El carácter de la fundación como patrimonio afecto a un fin lleva a pensar, por otra parte, que en la elección de sus miembros prima la confianza por sobre los atributos objetivos que se reflejan en el mercado y que son los que una licitación pública permitiría racionalizar.

Por otra parte, si hubiera cabido postular –en el plano muy abstracto de los principios– la exigencia de un procedimiento competitivo para seleccionar a los cofundadores, no parece muy riguroso desconocer que algo de eso hubo en el caso. En efecto, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo elaboró un “Llamado a propuestas de valor para constituirse como fundador del Observatorio de Datos”⁵⁵ y todo indica que esas formas fueron observadas en la selección de los cofundadores.

Ahora bien, hay que admitir que en el caso del *Data Observatory* concurrían dos singularidades que hubieran permitido sustentar un razonamiento distinto. Ante todo, llama la atención que los privados que concurren a la formación de la fundación se comprometan a dar aportes “en capacidades”. En el caso de la Universidad Adolfo Ibáñez, se trata de la mitad del aporte (la otra mitad, de significación pecuniaria), pero en el caso de Amazon el aporte

55 Los detalles en https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2019/01/llamado_ingles-y-espanol_DO_21enero.pdf, acceso el 19 de marzo de 2021.

pecuniario es la irrisoria suma de \$672 y el resto de su contribución es un aporte en capacidades valorado en \$8.457.880.011. Es posible que la importancia de estos aportes no patrimoniales tenga su origen en el procedimiento que precedió a la constitución de la fundación, convocatoria que subrayaba las capacidades de los eventuales fundadores como criterio de selección. Sin embargo, al plasmar ese criterio en el acto fundacional como parte de los aportes o dotaciones fundacionales, algo anómalo se pudo generar. Una fundación es esencialmente un patrimonio personificado, de donde resulta que el prestigio, las habilidades o aún las capacidades de trabajo o cualesquiera otros atributos inmateriales (distintos de genuinos derechos personales o de propiedad intelectual o industrial, por ejemplo), no pueden tener reconocimiento como aportes. Ahora bien, la Contraloría no analiza este aspecto de un modo que pudiera traslucir sospechas de usar la fundación como cobertura para un negocio jurídico diverso.

Por otra parte, la fundación *Data Observatory* presentaba características atípicas, que hacían de ella un modelo híbrido, cercano a una asociación⁵⁶. Se preveía la futura incorporación de miembros en calidad de “aportantes estratégicos”, distintos de los fundadores; a los aportantes estratégicos se les conferirían derechos políticos, el más relevante de los cuales consistía en concurrir a la elección de tres miembros del directorio que administra la fundación. Estos miembros no existían al tiempo de constituirse la fundación, pues se incorporarían en el futuro; con todo, desde el inicio se preveía ya un intento por generar condiciones igualitarias de acceso, mediante una política consistente en requisitos bastante flexibles, que abrían la participación a todo tipo de personas que estuviesen interesadas y pudiesen aportar. Así, el diseño propio de la fundación propendía a la incorporación de terceros, sin carácter excluyente, lo cual carece de aptitud para desconocer el objetivo de libre competencia al que la Contraloría presta tanta atención.

En segundo lugar, la Contraloría cuestiona que los estatutos de la fundación contemplaran la existencia de una cláusula que prevé “la posibilidad de que esta celebre contratos con sus aportantes estratégicos y/o sus partes relacionadas”. A su juicio, esta cláusula contraría la regla de la ley 19.886 que impide suscribir contratos administrativos con “los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa” (Art. 4 inciso sexto). Esta es una derivación extremadamente audaz de la Contraloría, porque en el caso la política de

⁵⁶ Híbrido que admite el código civil, desde la ley 20.500, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, de 16 de febrero de 2011.

contratación (‘Política de Operaciones con Partes Relacionadas’) se establecía con respecto a los “aportantes estratégicos”, quienes, valga insistir, son en cierto modo miembros (no fundadores) y carecen de atribuciones concretas en el gobierno de la fundación, más allá de participar en la elección de los directores. Obviamente los aportantes estratégicos no son genuinos funcionarios ni cumplen remotamente funciones de tales. Si la incorporación de aportantes estratégicos opera, como se preveía, en condiciones igualitarias, y así podían acceder terceros a las actividades de la fundación –por ejemplo, otras instituciones de educación superior capaces de prestar servicios sofisticados a la fundación– parece bastante razonable contar con una política de contrataciones aplicables a estos supuestos. Extremando el celo, la reacción de la Contraloría sólo conduce a privar a la administración invisible de la valiosa colaboración que pudieran prestarles algunas instituciones. El reparo es, posiblemente, otra muestra del desconocimiento de la Contraloría por las formas jurídicas que permiten canalizar la participación privada en fines de bien público.

Finalmente, la Contraloría objeta una cláusula de los estatutos que consagra, entre los derechos de los miembros del Consejo de Aportantes Estratégicos, el derecho a acceder a los datos procesados y bases de datos generados por la Fundación. A su juicio, esto constituiría un privilegio infundado, sin que se adviertan “garantías suficientes que resguarden la correcta utilización por parte de los particulares intervinientes de los datos de los entes públicos y que impidan su comercialización en desmedro del patrimonio público y la igualdad de oportunidades que el Estado debe asegurar a los integrantes de la comunidad”. A la luz de este incentivo, ni la adhesión de los aportantes estratégicos, ni la participación de los mismos fundadores (miembros de pleno derecho del Consejo de aportantes estratégicos), parece totalmente desinteresada; no obstante, en las condiciones igualitarias de incorporación a la fundación, acusar “privilegios” parece fuera de lugar, máxime cuando entre los beneficiarios de estos pretendidos privilegios se cuentan dos carteras ministeriales del Estado. En cuanto al buen o mal uso que se pueda dar a las bases de datos, habría sido interesante que la Contraloría especificara mejor sus temores o, inversamente, determinara con mayor precisión las garantías necesarias; sin embargo, mientras no se avance en el empleo de *big data* la materia no será objeto de regulación y es difícil decir si se trata de un buen o mal uso. El gobierno quería aquí probablemente anticiparse a la regulación y comenzar a explorar este terreno de un modo decidido. El único riesgo

concreto que la Contraloría advierte es que el Estado podría perder una ocasión de negocios definiendo él mismo qué hacer caso a caso con los datos que produce. Sin embargo, no es claro que actualmente los organismos públicos puedan explotar económicamente esos datos y, por otra parte, la alternativa planteada por la fundación implicaba en cierto modo sustraer esos datos del mercado, al encapsular en un patrimonio los resultados de esa explotación, de un modo indefinido en el tiempo. Así, la creación de la fundación parecía fruto de una opción política no censurable en el plano del control de legalidad.

Tras los reproches dirigidos, la Contraloría deja ver una desconfianza profunda hacia las formas organizativas del derecho privado, en la cual se advierten reflejos del lenguaje centrado en la huida del derecho administrativo. Aun si no se logran apreciar bien las desventajas que podría traer una organización así, Contraloría prefiere evitar su materialización.

Conclusión

Los dos casos analizados aquí son muy disímiles, lo cual dificulta cualquier tentativa de proponer conclusiones firmes. Contraloría considera ahora a la Conaf como un servicio público; esta recalificación, que por el momento aparece limitada a la aplicación de la LBPA, supone un cambio radical de perspectiva, porque niega la originalidad organizativa de las corporaciones privadas conformadas por el Estado. En el caso Data Observatory Contraloría se opone a un proyecto de fundación alimentada por aportes estatales y privados, aduciendo la necesidad de una licitación pública para proceder a un negocio jurídico complejo. Tras esta diversidad de supuestos, y con independencia de la fortaleza o fragilidad de los argumentos que sustentan los dictámenes comentados, lo único cierto es la mirada reticente de la Contraloría respecto de estas figuras personificadas estructuradas con arreglo al derecho privado. Desde luego, es demasiado pronto para pensar que a estos entes instrumentales les ha llegado su hora, pero indudablemente la Contraloría está marcando un tono de progresiva “publicación” de estas figuras, que sin duda provocará nuevas interrogantes en el futuro.

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROYECTO DE LEY MARCO DE CAMBIO CLIMÁTICO: AÚN QUEDA CAMINO POR ANDAR

*Ximena Insunza Corvalán*¹

*Juan Pablo Arístegui Sierra*²

Resumen

El propósito de este trabajo es revisar cómo se ha abordado la participación ciudadana en el proyecto de Ley Marco de Cambio Climático, y si se ha logrado establecer un mecanismo en que la ciudadanía pueda ser parte de la elaboración, administración, implementación y seguimiento de los instrumentos de gestión del cambio climático cristalizados en el proyecto de ley. Lo anterior, con el objetivo de contribuir en que un aspecto tan relevante encuentre un mecanismo idóneo de consagración.

Introducción

En el actual escenario, en el que se discute el texto de una nueva Constitución con altas expectativas y esperanza sobre un mejor futuro para el país, y en el que claramente se abordará y establecerá un nuevo pacto entre el ser humano y la naturaleza, nos ha parecido pertinente referirnos, por su innegable importancia y trascendencia, al proyecto de “Ley Marco de Cambio Climático”. El presente trabajo, sin embargo, tiene una pretensión acotada, y esta es abordar un aspecto particular del mismo que ha estado y estará en el debate constitucional: la participación ciudadana en la gestión ambiental, en especial, en el contexto del cambio climático.

1 Abogada de la Universidad de Chile (2004), profesora e investigadora del Centro de Derecho Ambiental de la misma universidad. Es Master of Laws (LL.M. Environment Option de la McGill University, Montreal, Canadá); Magister de Políticas Públicas de la Facultad de Economía y Negocios, FEN, de la Universidad de Chile. Ex Ministra del Tribunal Ambiental de Santiago.

2 Abogado de la Universidad de Chile, Magíster en Estudios Internacionales de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Jefe del Departamento de Estudios Limítrofes de la Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado (Difrol), del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El cambio climático y la participación ciudadana son dos temas, sin duda, complejos y revestidos de matices, pero creemos que es valioso ver cómo interactúan en la propuesta que hoy se debate en el Congreso, a fin de contribuir en esta dimensión tan importante que, a pesar de haber sido objeto de estudio, todavía no encuentra un mecanismo idóneo para su consagración.

La participación ciudadana -cualquiera sea el área donde ésta se lleve a cabo- ocurre en un contexto institucional determinado- de manera tal que el propósito de este trabajo será revisar cómo se ha abordado la participación ciudadana en el proyecto de Ley Marco de Cambio Climático, y si se ha logrado establecer un mecanismo en que la ciudadanía pueda ser parte de la elaboración, administración, implementación y seguimiento de los instrumentos de gestión del cambio climático cristalizados en el proyecto de ley.

Finalmente, en un ejercicio prospectivo, y considerando que Chile es uno de los países más vulnerables al cambio climático, y que se caracteriza por tener un régimen de gestión de aguas que colisiona con una visión de gestión integrada de dicho recurso, revisaremos el instrumento de gestión local denominado “Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas”. Tomamos este instrumento pues justamente su incorporación al proyecto de ley tuvo como antecedente la consulta pública realizada por el Ministerio de Medio Ambiente respecto del anteproyecto.

Creemos que la participación ciudadana es fundamental para hacer frente a problemas complejos y globales como es el cambio climático, pero su consagración debe cumplir con ciertos estándares para cumplir efectivamente con su finalidad. Con este objetivo en mente, este trabajo se divide en las siguientes partes: I. La Participación ciudadana en el contexto del cambio climático; II. La participación ciudadana en el proyecto de Ley Marco de Cambio Climático; III. La participación ciudadana en los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas como caso de estudio, para luego finalizar con nuestras conclusiones.

1. La participación ciudadana en el contexto del cambio climático

La participación ciudadana en general, y la ambiental, en particular, ha sido objeto de estudio de diversas disciplinas que conviene tener presentes si se quiere abordar globalmente la problemática que encierra el tema³.

Uno de los enfoques más extendidos a este respecto es el de la “democracia ambiental”, que nace como corolario del conocido Principio 10 de la

3 Costa, Ezio, *Participación ciudadana. Conceptos generales, deliberación y medio ambiente*, (Ediciones DER), 2020.

Declaración de Río de 1992, que impulsó años después -en el contexto europeo- el Convenio de Aarhus⁴ y, últimamente, en nuestra región, el Acuerdo de Escazú⁵.

La democracia ambiental comprende tres derechos denominados de “acceso” que han sido conceptualizados por la doctrina como derechos de naturaleza procedimental⁶: el derecho a la información, a la participación y a la justicia ambiental. No es necesario ahondar sobre la interrelación entre ellos, pero a efectos de este trabajo nos importa resaltar que es el derecho a la participación en la toma de decisiones el que ha suscitado la atención de enfoques muy diversos (derecho, economía, ciencias políticas, género, entre otros).

La participación ciudadana no es solo parte de la democracia representativa sino también de la noción de gobernanza, que aspira a una forma de gobernar más “directa” para alcanzar decisiones que gocen de seguridad y legitimidad, así incluso aquella que se adopte no sea la óptima. La participación ciudadana en el contexto del cambio climático, sin embargo, encierra desafíos muchísimos más complejos que otras participaciones y su “legitimidad”, por lo mismo, es más difícil de alcanzar, según veremos a continuación.

En efecto, durante la participación en el contexto del cambio climático, se han advertido diversas “paradojas” que deben tenerse en cuenta para averiguar qué modelo de participación sería el más conveniente y confrontarlo con el que actualmente se está discutiendo en nuestro Congreso.

En relación con dichas paradojas, es importante reconocer, como señaló Michael Anderson hace ya décadas atrás, que las democracias son enteramente capaces de la destrucción ambiental, y pueden incluso estar estructuralmente predispuestas a un consumo desenfrenado⁷; por lo tanto, la participación ciudadana no es neutral, se crea -en nuestro caso, institucionalmente- para múltiples propósitos y permite tanto una deseada inclusión pero también

4 Kofi Annan en su oportunidad bautizó a Aarhus como la empresa más ambiciosa en la era de la democracia ambiental: *“Although regional in scope, the significance of the Aarhus Convention is global. It is by far the most impressive elaboration of principle 10 of the Rio Declaration, which stresses the need for citizens’ participation in environmental issues and for access to information on the environment held by public authorities. As such it is the most ambitious venture in the area of environmental democracy so far undertaken under the auspices of the United Nations”* (<https://unece.org/DAM/env/pp/contentofaarhus.htm>). Aunque no es el objeto de este trabajo, sería interesante comparar Aarhus con Escazú para evaluar la evolución de la denominada democracia ambiental.

5 La intempestiva ausencia de Chile en la ratificación de este acuerdo, cuando fue uno de los promotores del mismo, ha sido objeto de fuertes críticas desde el mundo público y académico.

6 Boyle, Alan, y Anderson, Michael, *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, (Oxford, UK, Clarendon Press.), 1996.

7 Anderson, Michael, *Human Rights Approaches...*, op. cit., p. 10.

genera exclusión e incluso jerarquías⁸ y no necesariamente garantiza una buena gestión ambiental. Quiénes y cómo participan es más bien la pregunta inicial que se debe responder, y cómo se aborda y canaliza esa participación, debería ser la siguiente interrogante para resolver, para posteriormente evaluar su incidencia.

En igual sentido, Sprain ilustra de forma clara las paradojas que envuelve la participación ciudadana en la gobernanza del cambio climático. A continuación, revisaremos cuáles son las ideas detrás de esta postura crítica para luego continuar con el análisis del proyecto de ley propiamente tal.

Sostiene la autora que si bien es innegable que la participación ciudadana puede ayudar a: i) asegurar que las soluciones se adapten mejor al contexto local, ii) a transformar las relaciones adversariales, iii) a reducir los costos de implementación, iv) a colaborar con mejor información, a que se incluyan diversas perspectivas y formas de conocimiento, y v) a mejorar la calidad de las evaluaciones o decisiones, la determinación de quién participa y cómo es un problema difícil de resolver, engañoso e incluso agresivo⁹. Esto último es lo que se conoce como “*wicked problem*”, es decir, un problema que es difícil o imposible de resolver por ser incompleto, contradictorio y lleno de requisitos cambiantes que a menudo son difíciles de reconocer.

Hacer frente al cambio climático requiere de una gobernanza que incluya a los diferentes actores involucrados y una coordinación particularmente exigente donde el diseño institucional si bien no es la garantía del éxito del proceso de participación, puede ser el factor determinante para alcanzar un buen resultado. Sin embargo, a pesar de existir consenso sobre la necesidad de una coordinación continua y multinivel en la gobernanza de la adaptación (y del cambio climático en general), no es claro ni pacífico cómo se debe operacionalizar dicha gobernanza.

En otras palabras, si bien la participación ciudadana mejora la calidad de las decisiones ambientales, esto depende del proceso y de los actores involucrados. Mal hecha, la participación puede terminar siendo antidemocrática, reforzar las desigualdades de poder existentes y marginar las perspectivas de las minorías creando falsos consensos, fomentando, a fin de cuentas, el cinismo en la gobernanza de la adaptación¹⁰.

8 Sprain, Leah, “Paradoxes of public participation in climate change governance”, en *Good Society*, número 25, 2016, pp. 61–79.

9 Sprain, Leah, “Paradoxes of public...”, op. cit.

10 Sprain, Leah, “Paradoxes of public...”, op. cit.

La paradoja sobre el “cómo” de la participación ciudadana resulta particularmente relevante para analizar la forma en que se dio a conocer al público el proyecto de ley, es decir, la participación que antecedió al mismo, para evaluar -en caso que la información disponible lo permita- si hubo comunidades omitidas, silenciadas o descartadas *ex ante*. Al margen de esta participación “anticipada”, es importante además tener presente que, si la adaptación al cambio climático no es percibida por la población como un problema -lo que a su turno nos devuelve a la educación e información ambiental-, los procesos participativos pierden legitimidad si son vistos como resultados guiados y predeterminados. Si un órgano del Estado está buscando la inclusión como un medio para diseñar una estrategia de adaptación, debería tener presente, por ejemplo, no solo a los convencidos en la necesidad de la adaptación climática sino también a los detractores (escépticos). Lo cierto, en cualquier caso, es que la tendencia a descartar a determinados grupos por “irracionales”, basado en motivos científicos (como puede ocurrir respecto de los escépticos, o del conocimiento local o indígena), no supera la necesidad moral de la inclusión democrática¹¹. En lugar de sólo invitar a participar a quienes ya están de acuerdo, una participación sólida requiere involucrar a personas con profundos desacuerdos¹², lo que importa, sin duda, el desafío de identificar a todos ellos o asegurar la posibilidad real de todos de participar.

Esto último nos lleva a la segunda de las paradojas, esto es, quién participa. El alcance del cambio climático, en su más amplia acepción, hace, sino imposible, impracticable, la participación directa de todos los incumbentes teóricamente habilitados. Frente a esto, se hace necesario alguna forma de representación que comprenda un rango de diferentes “holders” o interesados (incumbentes).

Sin embargo, dado que el desafío que supone la adaptación al cambio climático no es un proceso que tenga fecha de término, la participación se transforma en una cuestión permanente. No estamos ante un conflicto socioambiental “clásico”, no hablamos de un proyecto de inversión en particular cuya participación está comprendida en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)¹³; estamos ante una participación ciudadana particularmente

11 Alex Y. Lo, “The Right to Doubt: Climate-change Scepticism and Asserted Rights to Private Property,” en *Environmental Politics*, 24, no. 4 (2014), 549–69.

12 Sprain, Leah, “Paradoxes of public...”, *op. cit.*

13 En paralelo aunque temporalmente anterior a la tramitación del proyecto de ley objeto de este trabajo, se ha discutido en el Congreso, sin avances relevantes, la incorporación de la variable ambiental dentro

compleja. De ahí que la literatura la haya rotulado como un “*wicked problem*”, por lo que no queda más que asumir la complejidad y trabajar para diseñar un sistema de participación cuya institucionalidad garantice un resultado que permita e incorpore esta variable de permanencia continua en el tiempo; es decir, será necesario revisar, en función de los resultados, la forma en que se aborda la participación de la ciudadanía en materias tales como la mitigación y adaptación al cambio climático bajo un paradigma dinámico.

La autora que hemos seguido en esta parte concluye su publicación señalando que, para asegurar discusiones sólidas, así como una gobernanza legítima en la materia, las paradojas a las que nos hemos referido deben tomarse en serio en vez de desconocerlas¹⁴.

En síntesis, la participación ciudadana en el contexto del cambio climático no puede agotarse en una “etapa”, no puede tener la mismas características que aquella establecida en el marco del SEIA ni tampoco la consulta pública que se contempla durante la creación de normas, sino que es un proceso, un continuo, probablemente permanente en el tiempo, que por lo mismo encierra dificultades de naturaleza muy distinta a la participación “tradicional” en materia ambiental, y desafíos cualitativamente más complejos. La pregunta es si el proyecto de ley objeto de estudio en este trabajo y su discusión parlamentaria reconoce y establece mecanismos que se hagan cargo de las particularidades que hemos resaltado y que se resumen en las siguientes preguntas: i) ¿Cómo y quiénes participan?; ii) ¿Cómo se aborda o canaliza esa participación?; y iii) ¿Cuál es la incidencia de esa participación?

2. La participación ciudadana en el Proyecto de Ley Marco de Cambio Climático

El Mensaje del proyecto de “Ley Marco de Cambio Climático”¹⁵, iniciativa del Ejecutivo, contiene varios elementos importantes en relación con el propósito que persigue este trabajo. En primer lugar, en el apartado “Fundamentos del proyecto”, se menciona que Chile es un país “altamente vulnerable a los efectos del cambio climático”, afirmando que nuestro país cumple con siete de los nueve criterios de vulnerabilidad establecidos por la CMNUCC, uno

del SEIA. Por ejemplo, se puede revisar el Boletín 11689-12.

¹⁴ Sprain, Leah, “Paradoxes of public...”, op. cit.

¹⁵ www.senado.cl, Boletín N° 13.191-12. Proyecto de ley que fija Ley Marco de Cambio Climático. Ingresado 13 de enero, 2020, en línea: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13191-12 (revisado última vez 26-07-2021)

de los cuales se refiere a la sequía y la desertificación (una realidad dramática en la actualidad), y que resaltamos pues uno de sus instrumentos de gestión (recursos hídricos) nos servirá para ilustrar la manera en la que se ha ido estableciendo la participación ciudadana.

Es importante destacar que el Mensaje -y el mismo título del proyecto de ley- revela que se trata de una “ley marco”. Sin ahondar a este respecto, resulta inevitable detenerse un momento por cuanto resulta válido preguntarse acerca de cuán profundamente debe abordar una ley de estas características el tema de la participación ciudadana. Al respecto, creemos necesario afirmar, que por la misma razón de presentarse como una ley marco, la participación ciudadana, como otros aspectos sustantivos y procedimentales, deben no solo estar presentes, sino que es en este cuerpo normativo en el que se debe relevar y resolverla complejidad de la que hemos estado hablando, pues no sería apropiado delegar esta temática a nuevas leyes y/o reglamentos, que podrían fomentar una dispersión de criterios y consagrar mecanismos más o menos participativos, incurriendo en una incoherencia indeseada y perniciosa. Las bases de la participación deben estar explicitadas en el “marco”.

En cuanto a la participación temprana de la que habla el Mensaje, y a la que hicimos referencia más arriba, merece prestar atención brevemente a las afirmaciones contenidas en el mismo. Señala el texto que se dio “[...] inicio a un amplio y extenso proceso participativo para recoger las observaciones de la ciudadanía y, en base a ello, identificar los contenidos que estarían presentes en la ley”. La participación comprendió talleres en todas las regiones del país, alcanzando un total de 1.800 personas. Con ello se elaboró el anteproyecto que definiría la meta de carbono neutral para Chile al 2050. Una vez publicado el anteproyecto se permitió a “todos aquellos interesados en participar” que aportaran comentarios al mismo. “En dicho proceso, se realizaron talleres en todas las regiones, alcanzando a más de 1.200 personas, recibéndose aproximadamente 4.500 observaciones para ser analizadas”¹⁶.

Afirma el Mensaje que como consecuencia de este proceso de participación se mejoró el anteproyecto y se incorporaron al proyecto definiciones e instrumentos asociados a la adaptación al cambio climático, “[...] con especial enfoque en el recurso hídrico y en el desarrollo de información territorial de vulnerabilidad”, entre otras consideraciones. Sin embargo, no hay mención a

16 Este proceso de participación anticipada es descrito por el Ejecutivo como “hito histórico”, por cuanto “[...] nunca la elaboración de un proyecto de ley se había sometido a un proceso de participación ciudadana como el indicado”.

la participación en cuanto tal en el apartado sobre el objetivo del proyecto de ley, y sólo al referirse a los principios inspiradores, se menciona a la participación como parte del Principio de Transversalidad, afirmando que “[...] vela por que la participación ciudadana en la gestión del cambio climático sea a todos los niveles territoriales, así como en los distintos sectores de la sociedad”. Posteriormente, al referirse en particular a la participación ciudadana, reitera que la misma forma parte del principio antes referido, “[...] en virtud del cual la actuación del Estado debe promover la participación del sector privado, la academia y la sociedad civil [...]” (en ese orden). Veremos cómo esto ha sido modificado en la tramitación legislativa.

Refiriéndonos al contenido mismo del proyecto de ley en su articulado, es menester señalar que efectivamente el Artículo 2º, relativo a los Principios, menciona el de Transversalidad reiterando lo dicho anteriormente¹⁷. Por su parte, el Título V se aboca en particular a la información sobre el cambio climático, al acceso y a la participación ciudadana. En lo que nos atañe, en el Párrafo II, Artículo 31, se establece lo que debe entenderse por participación ciudadana “[...] en la gestión del cambio climático”. Al efecto, la disposición establece:

“Toda persona o agrupación de personas tendrá derecho a participar, de manera informada, en la elaboración, revisión y actualización de los instrumentos de gestión del cambio climático, mediante los mecanismos provistos para ello en la presente ley.

Los órganos referidos en el título IV de la presente ley deberán facilitar instancias de participación ciudadana, en el marco de sus competencias y atribuciones.

Asimismo, dichos órganos deberán tener especial consideración con los sectores más vulnerables, aplicando un enfoque de género y procurando facilitar la participación de dichos sectores”.

De la lectura del precepto, es evidente que la norma no se hace cargo de las preguntas que hemos señalado son cruciales en relación con la participación ciudadana en el contexto del cambio climático y que se detallaron precedentemente.

¹⁷ Principio de Transversalidad en el proyecto original: “la actuación del Estado para la gestión del cambio climático debe promover la participación coordinada del Gobierno a nivel central, regional y local, así como la participación del sector privado, la academia y la sociedad civil.

En este sentido, es importante recalcar las opiniones emitidas por el Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)², institución particularmente relevante en la materia¹⁸, pues no solo ha participado y colaborado en el proceso de elaboración y tramitación del proyecto de ley (forma parte de la mesa técnica), sino que ha publicado diversos documentos y ha estado presente en todas las sesiones en que se ha discutido el proyecto de ley en el Congreso. En este sentido, a continuación, revisaremos algunas de las observaciones que ha realizado en materia de participación ciudadana:

“El cambio climático constituye un complejo problema social, político y económico que difícilmente puede ser abordado sólo con soluciones técnicas o tecnológicas. La literatura especializada en gobernanza climática y otros temas asociados, evidencia la importancia de la participación comunitaria, especialmente considerando el componente local de la adaptación. En ese sentido, no parece adecuado que la participación ciudadana continúe teniendo un carácter informativo y consultivo. Esto es aún más preocupante considerando el centralismo del país y los limitados espacios de la ciudadanía para influenciar la toma de decisiones sobre el territorio que habitan. [...] De este modo, parece razonable: 1) establecer la obligatoriedad de elaborar planes de adaptación regionales; 2) construidos con participación directa de las comunidades locales a través de mecanismos que diversifiquen los espacios de trabajo con organizaciones sociales y otros actores de cada región,[...]”¹⁹ (el destacado es nuestro).

Otro documento que forma parte también de las publicaciones del CR², y que se aboca particularmente a la participación ciudadana contenida en el proyecto de ley concluye que:

“1. La regulación de la participación ciudadana en el proyecto de LMCC es prácticamente inexistente. Se limita a reconocer este derecho, sin establecer condiciones mínimas ni niveles básicos para su ejercicio; 2. El marco legal actual es insuficiente para garantizar el

¹⁸ El Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)² reúne a investigadores de distintas disciplinas de las ciencias naturales y sociales que estudian cómo el cambio climático impacta a los ecosistemas y a la sociedad chilena (<https://www.cr2.cl/>).

¹⁹ <https://leycambioclimatico.cl/wp-content/uploads/2019/09/Observaciones-ley-CC-CR2-2.pdf>

derecho de participación ciudadana, y no incorpora ciertos requisitos mínimos de la participación pública regulados en el Acuerdo de Escazú, como se ha demostrado en la misma tramitación del proyecto de Ley Marco de Cambio Climático; y, 3. Se pretende equiparar el derecho a la participación ciudadana con actuaciones de información o consultas ciudadanas, las cuales no son suficientes para garantizarlo” (el destacado es nuestro).

Interesante resulta también referirse al Informe evacuado por la Corte Suprema, Oficio N° 138-2020, de 27 de julio de 2020, de conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, y en el que respecto al tema de la participación ciudadana se consigna, que:

“Se deja constancia que los ministros señor Brito, señora Chevesich, señor Dahm, señora Repetto y señor Llanos, fueron de opinión de consignar, además, como contribución, que, en su concepto, las normas sobre participación ciudadana deberían quedar establecidas en la ley, con el objeto de hacer claridad y dar cumplimiento a los Acuerdos de París en esta materia”.

Por otro lado, vale la pena resaltar que el primer informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales da cuenta de la participación de varios expositores tanto de la academia como de otros sectores interesados en la temática del cambio climático, y que en no pocas oportunidades abordaron la participación ciudadana. Al respecto, destacamos sólo algunas de estas intervenciones, como la de la académica de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, señora Montserrat Madariaga, quién señaló “En materia de derecho a la participación ciudadana, llamó a tener en consideración que ella es distinta al acceso a la información pública, a una consulta ciudadana y al acceso a la justicia ambiental. Sin embargo, estos conceptos habitualmente se confunden a la hora de legislar. Así, aseguó, ocurrió en el caso del anteproyecto de esta iniciativa de ley, en donde no hubo un proceso de participación ciudadana sino una mera consulta. Agregó que si bien se podían efectuar observaciones, hasta el día de hoy no se sabe qué ocurrió con cada una de ellas. En atención a ello, subrayó, se requiere un procedimiento

sobre el particular”²⁰. Con una propuesta concreta, intervino la académica de la Universidad de Chile, señora Ana Lya Uriarte, quien “Enfatizó que la participación ciudadana, además de las consultas públicas y otras instancias de convocatoria, debería verse reflejada en la constitución de comités ciudadanos por el cambio climático, de carácter permanente, cuya conformación materialice la representación ciudadana. A mayor abundamiento, recordó que la representación académica ya tiene espacio en el comité científico asesor”²¹.

Teniendo en consideración lo anterior, nos abocaremos a continuación a analizar las modificaciones que ha experimentado el proyecto de ley durante la discusión legislativa²² en lo que respecta a la participación ciudadana²³. Cabe hacer presente que, en un primer momento, tal como se mencionó, no había un principio sobre participación pues se entendía comprendido en el de transversalidad, sin embargo, a raíz de las indicaciones introducidas por los parlamentarios, el trabajo de la mesa técnica con el Ministerio del Medio Ambiente, se aprobó la incorporación de este principio de manera autónoma quedando en el literal quinto del artículo 2 de la siguiente manera:

“Participación: Es deber del Estado contar con los mecanismos que permitan asegurar el derecho de participación de toda persona o agrupación de personas en la gestión del cambio climático, tanto a nivel nacional como regional y local.”

Asimismo, en la discusión del Artículo 7 que se refiere a la elaboración de la contribución determinada a nivel nacional (NDC), a causa de indicaciones propuestas por varios senadores, se reemplaza el mecanismo de “consulta pública” por el de “participación ciudadana” y se establece un plazo de 30 días hábiles; no obstante, algunos Senadores querían que fuese por 60. En definitiva, el inciso sexto se aprueba como se indica a continuación:

20 Primer informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, pág. 31. En igual sentido se manifestó la Directora de Greenpeace, señora Estefanía González, pág. 46.

21 Primer informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, pág. 116.

22 Cabe hacer presente al respecto que la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales constituyó una mesa técnica para el estudio de las indicaciones compuesta por las académicas Pilar Moraga, Maisa Rojas, y la Directora Ejecutiva del (CR)² Andrea Rudnick y como representantes del Ministerio del Medio Ambiente, Andrea Barros, Pedro Pablo Rossi, Paulina Sandoval, y Carolina Urmeneta.

23 Para el estudio de la tramitación legislativa, hemos consultado las fichas del Observatorio Legislativo del Programa Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático de la Universidad de Concepción, en línea: <http://dacc.udec.cl/proyecto-de-ley-que-fija-ley-marco-de-cambio-climatico> y las minutas del Observatorio Ley de Cambio Climático del (CR)² www.leycambioclimatico.cl

“El procedimiento será coordinado por el Ministerio de Medio Ambiente con apoyo del Ministerio de Relaciones Exteriores y deberá contemplar, al menos, la participación de las autoridades sectoriales y ministerios competentes que corresponda, una etapa de participación ciudadana que tendrá una duración de treinta días hábiles; el informe previo del Comité Científico Asesor para el Cambio Climático, y el pronunciamiento del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático.”

Por su parte, en el artículo 8 relativo a la elaboración de los Planes Sectoriales de Mitigación, específicamente en el inciso cuarto se contempla el mismo diseño para la participación ciudadana, tal como se observa en la siguiente redacción:

Un reglamento expedido por decreto supremo del Ministerio del Medio Ambiente, establecerá el procedimiento para la elaboración, revisión y actualización de los Planes Sectoriales de Mitigación. Dicho procedimiento contemplará, al menos, la participación de las autoridades sectoriales competentes, una etapa de participación ciudadana, que tendrá una duración de treinta días hábiles, que incluya la participación informada de los municipios y el pronunciamiento

Igual modificación se produjo respecto de los Planes Sectoriales de Adaptación al Cambio Climático, contenido en el artículo 9 del proyecto de ley, cuyo texto es el que se reproduce a continuación:

La elaboración e implementación de los planes sectoriales será de responsabilidad de las autoridades sectoriales señaladas, las que deberán colaborar recíprocamente y con los organismos con competencia en la materia compartiendo las medidas de adaptación que sean necesarias, los que deberán suscribir el decreto que apruebe el respectivo Plan. Dicho procedimiento será coordinado por el Ministerio del Medio Ambiente y contemplará, al menos, una etapa de participación ciudadana, que tendrá una duración de treinta días hábiles, que incluya la participación informada de los municipios y el pronunciamiento del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático.

En igual sentido, se modificó el Artículo 11 relativo a los Planes de Acción Regional de Cambio Climático, otro instrumento de gestión del cambio climático. El texto del inciso final aprobado en el primer trámite constitucional es el que sigue:

“Los Planes de Acción Regional del Cambio Climático serán aprobados por resolución del Delegado Presidencial Regional respectivo, previo acuerdo favorable del Gobierno Regional, en un plazo máximo de 45 días contados desde la comunicación de este último. Un reglamento del Ministerio del Medio Ambiente establecerá el procedimiento para la elaboración, revisión y actualización de los Planes de Acción Regional de Cambio Climático, debiendo considerar, a lo menos, una etapa de participación ciudadana de treinta días hábiles y la opinión del Consejo Consultivo Regional del Ministerio del Medio Ambiente.”

Posteriormente, nuevamente a raíz de las indicaciones de los Senadores y con la anuencia de la mesa técnica se modifica el nombre del Título V y del párrafo I quedando de la siguiente manera “Título V. Sistema Nacional de Acceso a la información sobre Cambio Climático, Acceso y Participación Ciudadana”, párrafo I “Del Sistema Nacional de Acceso a la Información y Participación Ciudadana sobre Cambio Climático”, e incluyéndose un artículo nuevo (24) que se reproduce a continuación:

“Sistema Nacional de Acceso a la Información y Participación Ciudadana sobre Cambio Climático. Se desarrollará un único Sistema Nacional de Acceso a la Información y Participación Ciudadana sobre Cambio Climático, que será administrado y coordinado por el Ministerio del Medio Ambiente, con apoyo del Ministerio de Ciencias, Tecnología, Conocimiento e Innovación y demás órganos de la Administración del Estado competentes. Este Sistema, incluirá los subsistemas de Información mencionados en los Párrafos II y Párrafos III del presente Título, como también aquellos instrumentos y sistemas de información que existan o puedan existir en la materia.

Este Sistema Nacional promoverá y facilitará la participación ciudadana, en la elaboración, actualización y seguimientos de los instrumentos de gestión del cambio climático.

Como señalamos precedentemente, el proyecto de ley original contenía un artículo relativo a la participación ciudadana, sin embargo, la propuesta sufrió modificaciones sustantivas, tal como se observa a continuación (Lo que está subraya se incorporó):

Artículo 31. Participación ciudadana en la gestión del cambio climático. Toda persona o agrupación de personas tendrá derecho a participar, de manera informada, en la elaboración, revisión y actualización de los instrumentos de gestión del cambio climático, mediante los mecanismos provistos para ello en la presente ley.

La participación ciudadana deberá permitir el acceso oportuno y por medios apropiados a la información necesaria para el efectivo ejercicio de este derecho. Asimismo, considerará la oportunidad y los mecanismos para formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas, considerando criterios de viabilidad legal, pertinencia técnica y oportunidad.

Los órganos referidos en el título IV deberán facilitar instancias de participación ciudadana, en el marco de sus competencias y atribuciones. Lo anterior, de manera abierta e inclusiva, teniendo especial consideración con los sectores y comunidades vulnerables, aplicando un enfoque multicultural y de género.

Las sesiones del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el cambio climático y de los Comités Regionales de Cambio Climático deberán ser transmitidas en directo por el medio más idóneo y además grabadas y publicadas íntegramente en un plazo máximo de 24 horas en la plataforma que se disponga para dicho efecto en el sitio oficial del Ministerio del Medio Ambiente, bajo los mecanismos de transparencia activa que dispone la ley. Adicionalmente, las actas de la sesión deberán ser publicadas en la misma plataforma antes de la celebración de la siguiente sesión del consejo o comité respectivamente”.

3. La participación ciudadana en los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas como caso de estudio

Se afirma que se “[...] puede reducir la vulnerabilidad disminuyendo la sensibilidad de la población afectada y mejorando la capacidad de adaptación de la sociedad al cambio climático. Lograrlo implica comprender el contexto social, económico, político y ambiental del país y sus sistemas, ya que

ellos contribuyen al régimen actual de resiliencia y a las posibilidades de adaptación futura”²⁴. Como se advierte, hay diversos conceptos que “acompañan” la noción de vulnerabilidad: exposición, sensibilidad, capacidad de adaptación²⁵.

Como se ha señalado previamente, Chile es, bajo este enfoque, un país vulnerable. En efecto, de acuerdo con el Ministerio del Medio Ambiente, “Chile es un país altamente vulnerable al cambio climático, tal como lo indican los estudios realizados a nivel internacional y nacional, y sus efectos ya se están haciendo notar en el territorio nacional. Las proyecciones climáticas para el país muestran como principales efectos el alza en la temperatura y la disminución en las precipitaciones. También se proyecta un aumento en la frecuencia de eventos extremos tales como sequías, e inundaciones fluviales y costeras. Todos estos cambios tendrán repercusión directa o indirecta sobre la mayor parte de las actividades productivas del país, y por supuesto, también las personas, en el medio ambiente y la biodiversidad”²⁶.

De los nueve criterios de vulnerabilidad de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), Chile cumple con siete de ellos²⁷, varios de los cuales están directa o indirectamente relacionados con el agua. La incorporación de la definición de “seguridad hídrica” (Artículo 3°), el establecimiento de Planes Sectoriales de Adaptación al Cambio Climático (Artículo 9°.1b), el instrumento de gestión a nivel local denominado Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas (Artículo 12), ameritan sin duda una breve evaluación sobre el tema junto al contrapunto de la participación ciudadana respecto de este instrumento de gestión en específico.

En relación con la seguridad hídrica, en particular la mención que se refiere a la “[...] posibilidad de acceso al agua en un nivel de cantidad y calidad adecuada [...]”, cabe destacar positivamente que el proyecto haya incluido esta noción dentro del Artículo 3° sobre “Definiciones”. Sin embargo, resulta

24 <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/517/caf-indice-vulnerabilidad-cambio-climatico.pdf>

25 El Índice de Vulnerabilidad al Cambio Climático (IVCC) evalúa el riesgo de exposición al cambio climático y a fenómenos extremos con respecto a la sensibilidad humana actual a esa exposición y a la capacidad del país para adaptarse a los impactos potenciales del cambio climático o aprovechar esos posibles impactos. El Índice de Vulnerabilidad al Cambio Climático (IVCC) está compuesto por tres índices que, a su vez, son índices de riesgo diferenciados: índice de exposición (50%); índice de sensibilidad (25%); e, índice de capacidad adaptativa (25%).

26 <https://mma.gob.cl/cambio-climatico/vulnerabilidad-y-adaptacion/>

27 Ver mensaje, párrafo uno, del apartado II “Fundamentos del Proyecto”.

extraña la referencia al adjetivo “posibilidad”, en la definición, en relación con el acceso al agua²⁸, porque pueden prestarse dificultades interpretativas en el futuro, por cuanto el acceso al agua se vincula con los Planes Estratégicos y, estos, a su vez, con la participación ciudadana que pueda finalmente reconocerse en dichos Planes.

En otro orden de ideas, los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas, a cargo de la Dirección General de Aguas (entre otros Servicios luego de las indicaciones), dependiente del Ministerio de Obras Públicas²⁹, cuando se refiere al diagnóstico en la información disponible sobre la cantidad y calidad del recurso, menciona expresamente a las instituciones “[...] que intervienen en el proceso de toma de decisiones respecto del recurso hídrico [...]”, lo que nos permite preguntar si en este aspecto puntual, relevante por cierto, la participación ciudadana estuvo presente, pues es evidente que la ciudadanía no forma parte, en lo que nos atañe, de las “instituciones”. Estos Planes, por lo demás, deberán, según el proyecto original, actualizarse cada 10 años, lo que equivale a una generación³⁰.

Por último, en lo relativo a la participación ciudadana propiamente tal, resulta interesante observar que si bien el Artículo 12 original no hacía mención a la misma, probablemente porque el diseño detrás del proyecto de ley fue abordar la temática en forma individual y no en conexión con los instrumentos de gestión creados ni la nueva institucionalidad que deberá instalarse, los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas fueron objeto de 15 indicaciones, 3 de las cuales se refieren a la participación ciudadana³¹. Estas disponen lo siguiente:

28 No hubo observaciones a este respecto durante la tramitación en el Senado de acuerdo con la información consultada. Sin embargo, no se advierte cuál es la intención detrás de referirse a posibilidad de acceso y no a acceso sin más. Si por cualquier razón (sequía total, por ejemplo) una cuenca no tiene agua, nadie podría razonablemente siquiera intentar responsabilizar al Estado por no existir acceso. La “posibilidad de acceso” horada el fin de la norma.

29 Poner proyecto de ley que crea la Subsecretaría del Ramo... y que por ende modifica esto en términos institucionales...

30 De acuerdo con el Boletín de indicaciones correspondiente, hubo una solicitud orientada a que la actualización de los Planes fuera cada 5 años y no cada 10, pero la idea fue rechazada en atención a la cantidad de cuencas que tiene el país (101 cuencas) y a la capacidad del Estado ante esta realidad. No cabe duda que el número de cuencas es determinante, pero se pudo escoger una fórmula que permitiera ir avanzando progresivamente para que en el tiempo la actualización tenga una frecuencia mucho menor. La participación ciudadana tendrá que esperar una década a este respecto y, en ese sentido, al menos, la propuesta descartada es lamentable.

31 Comparado Primer trámite constitucional (Primer informe de comisión) Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales. Segundo informe de comisión (Comparado de estudio Tomo II).

[Al inciso primero]: “*El Ministerio del Medio Ambiente, el Ministerio de Ciencias, Tecnología, Conocimiento e Innovación, el Ministerio de Agricultura y el Ministerio de Obras Públicas estarán a cargo de elaborar los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas, considerando previamente un proceso de participación ciudadana informado a nivel comunal, regional y nacional, que considere a todos los actores relacionados con la temática del agua*” (el subrayado y destacado es nuestro).

[Al inciso cuarto]: “[...] *agregar luego de la palabra “Cuencas”, la frase “, el que deberá contar al menos con una etapa de participación ciudadana”*” (el subrayado y destacado es nuestro).

[Inciso final, nuevo]: “*Un reglamento expedido por decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas, establecerá el procedimiento para la elaboración, revisión y actualización de los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas. Dicho procedimiento deberá contemplar a lo menos, las siguientes etapas: análisis técnico y económico, consulta a organismos y entidades, públicas y privadas, una etapa de participación ciudadana de al menos 60 días [...]*” (el subrayado y destacado es nuestro).

Las indicaciones precedentes revelan importantes cuestiones a la luz de lo que el presente trabajo ha destacado en relación con la participación ciudadana en el contexto del cambio climático. En primer lugar, es sin duda positivo que al menos en relación con el instrumento de gestión en comento, se haya desacoplado el espíritu original del proyecto de abordar la participación en términos generales como una consulta pública, sin conexión ni a los instrumentos de gestión ni a la nueva institucionalidad.

En segundo lugar, estas indicaciones muestran que al menos de forma intuitiva nuestro legislador distingue la participación como etapa de la participación como proceso. Hemos dicho más arriba que, en el contexto del cambio climático, dejando de lado aquella que puede aparecer en el SEIA, se refiere a una participación continua, no a una que se agota en una sola etapa. Se podrá decir que es un problema semántico, que aquellas indicaciones que hablan de etapa, en el fondo se refiere a etapas que se suceden con una determinada frecuencia. Sin embargo, es claro que la referencia a proceso, en el fondo es solo eso, pues refleja una participación acotada, presente sólo cuando debe discutirse la elaboración del Plan respectivo, o su actualización (cada 10 años).

Finalmente, y como se ha esbozado a lo largo de este trabajo, incluir la participación ciudadana en conexión con toda la problemática del cambio climático (en este caso, con un instrumento de gestión), si bien aparentemente es un progreso, puede incluso terminar siendo un arma de doble filo si no se aborda como un proceso continuo, dinámico, complejo y necesario para una legitimidad genuina y acorde con las exigencias actuales y futuras, en vez de persistir en la participación como una etapa acotada.

Conclusiones

Sin perjuicio de que la tramitación legislativa continuará, pues el proyecto de Ley Marco sobre Cambio Climático acaba de finalizar el primer trámite constitucional en el Senado, debiendo ser remitido a la Cámara de Diputados para continuar con el segundo, y teniendo en cuenta el debate sobre materiales ambientales que tendrá lugar en el seno de la Convención Constitucional, creemos importante resaltar que el tema de la participación ciudadana en el contexto del cambio climático aún sigue siendo un problema sin solución. En otras palabras, el proyecto original junto con la discusión que ha tenido lugar en el Senado no aprueba el test del “buen diseño” de la participación ciudadana en el contexto climático, no por exceso sino más bien por déficit regulatorio.

En primer lugar, es importante destacar que la denominada participación anticipada en este proyecto de ley es un caso singular y, hasta cierto punto, ejemplar y que dio paso, afortunadamente, entre otras cosas, a la inclusión de los planes estratégicos de recursos hídricos dentro del proyecto de ley, como uno de los instrumentos de gestión a nivel local, y que ha sido abordado como caso de estudio.

En segundo lugar, que sin perjuicio de las mejoras introducidas a consecuencia de las indicaciones y sugerencias de la mesa técnica que ha asesorado a la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, y que avanzaron desde una consulta pública a una etapa de participación ciudadana por un plazo de 30 días en la elaboración de la Contribución Determinada a Nivel Nacional, en los Planes Sectoriales de Mitigación, en los Planes Sectoriales de Adaptación, en los Planes de Acción Regional de Cambio Climático, y Planes Estratégicos de Recursos Hídricos, este mejoramiento no resuelve todas las interrogantes planteadas en este trabajo. Es posible afirmar que ya sabemos quiénes y como participarán, pero queda pendiente el cómo se abordarán o canalizarán, además de cual será la incidencia que tendrán las observaciones planteadas en el plazo de 30 días, así como tampoco se cumple con

el ideal de un proceso entendido como un continuo que abarque las etapas de administración, implementación y seguimiento.

En tercer lugar, es importante destacar que hubo exposiciones de académicos así como de otros actores que hicieron presente estas falencias así como indicaciones de Senadores que buscaron profundizar en esta materia, por ejemplo respecto de la consulta indígena, pero que fueron retiradas o votadas en contra, por lo que pareciera probable que esta materia sea nuevamente discutida en la cámara baja, más aún si tenemos en consideración los problemas que la participación ciudadana concebida con el mismo diseño en el caso del SEIA ha presentado una serie de dificultades que ha significado retrotraer procedimientos administrativos a instancias muy prematura. En ese sentido, no hay claridad en el proyecto de ley sobre los mecanismos de impugnación para el caso en que existan vicios o se incumpla un estándar implícito de esta etapa ciudadana de 30 días.

En conclusión, el acercamiento a la participación ciudadana en este ámbito no se diferencia ni distancia en lo realmente sustantivo del escogido para abordar la participación en la creación de normas (consulta pública) o el existente en el SEIA (participación ciudadana), repitiéndose la falencia de determinar el mecanismo de incidencia de la misma. En nuestra comprensión, la participación ciudadana en el contexto del cambio climático es un continuo, dinámico, que desafía todos los modelos de participación democrática establecidos hasta el momento, pues exige no sólo una coordinación institucional, sino una desconcentración administrativa y política, un reconocimiento basal al conocimiento local en igualdad de condiciones a la participación científica y la del sector privado, todo ello, sin llegar a la obligatoriedad o a un carácter vinculante. En definitiva, todavía hay una deficiencia que suplir, la que sólo se resolverá respondiendo las interrogantes: ¿Cómo se aborda o canaliza esa participación? y ¿Cuál es la incidencia de esa participación?, esperemos que ello se salve en el segundo trámite legislativo.

LA LEY DE HUMEDALES URBANOS EN CHILE: EL TRÁNSITO DESDE “PANTANOS INFECCIOSOS” A VALIOSOS ECOSISTEMAS DIGNOS DE PROTECCIÓN (Y RESTAURACIÓN)

*Verónica Delgado Schneider*¹

Resumen

La comprensión de la relevancia de los humedales ha evolucionado a través del tiempo, llegando hoy a constituirse en ecosistemas valiosos dignos de protección. El presente artículo analiza el camino recorrido en esta dirección, desde un punto de vista jurídico, considerando la normativa y jurisprudencia nacional más importante y cuyo hito más significativo es la Ley de Humedales Urbanos (HU).

Introducción

En estos tiempos, no cabe duda del gran valor que los humedales tienen para el país, especialmente dada la crisis climática, hídrica y ambiental que sufrimos. Cada día se pierde más biodiversidad por los cambios de uso de suelo (agrícolas o inmobiliarios), el agua escasea en varias localidades (ya sea por falta de precipitaciones o por una mala gestión) y aumentan, por el cambio climático, las lluvias extremas, las inundaciones y marejadas. Además, las actividades han contaminado aguas superficiales y subterráneas y sus ecosistemas asociados, como los humedales.

Estas áreas son únicas en el desarrollo de hábitats para sustentar una elevada biodiversidad de flora y fauna. Concentran, purifican y liberan agua en periodos de sequía, la misma que acumulan durante eventos extremos de lluvia, protegiendo a la población humana de inundaciones. Además, capturan gases de efecto invernadero, y, por lo tanto, purifican el aire que respiramos,

¹ Profesora Asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción y Directora del Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático de la misma casa de estudios. vedelgado@udec.cl

una función que se multiplica cuando mantienen la vegetación arbórea nativa asociada. Ellos constituyen también espacios culturales del saber y del sentir popular, a través de su uso para recreación, turismo, educación, ciencia, pequeñas producciones agrícolas controladas, en los períodos en que baja el agua del humedal, y aprovechamiento para el ganado, cuando son los únicos espacios verdes que generan hierbas, debido al agua subsuperficial que mantienen en épocas estivales. Y en este sentido somos muy afortunados, pues en un estudio reciente encargado por el Ministerio del Medio Ambiente (MMA) se actualiza que en Chile la superficie de humedales alcanza los 5,6 millones de hectáreas.²

Sin embargo, en el mundo y en Chile, cada día se pierden y deterioran estos valiosos ecosistemas. De hecho, el último informe del país sobre el estado del medio ambiente advirtió sobre una acelerada pérdida de los humedales continentales del país, cuya disminución se estima entre un 69% y un 75%, mientras que los humedales costeros se habrían reducido en cerca de un 62%.³ Muchos son rellenados para construcciones asociadas generalmente a proyectos inmobiliarios, se contaminan al usarlos como basurales o por descargas directas de residuos industriales líquidos o aguas servidas; o por la contaminación difusa derivada del uso de agroquímicos en la agricultura y ganadería o las aguas de contacto mineras. También son objeto de pastoreo e introducción de especies exóticas y de la llegada de animales domésticos depredadores (como gatos y perros). Les afecta también la deforestación de la vegetación ripariana, la extracción que se hace de su biomasa y la existencia cercana de monocultivos. Son objeto muchas veces de actividades de desecación o extracción ilegal de agua. En fin, son ecosistemas frágiles y vulnerables al cambio climático, especialmente a la megasequía que nos afecta hace ya más de una década.

De hecho, son tan valiosos en los servicios que nos prestan y tanto el deterioro y vulnerabilidad a la que están expuestos, que la ciencia ha hecho un llamado, a través de las llamadas Soluciones Basadas en la Naturaleza (SBN), no sólo a protegerlos y conservarlos, sino a restaurarlos, para que puedan recuperar las capacidades de prestar todos los servicios ecosistémicos que brindan.⁴

2 Edáfica, *Inventario de humedales urbanos y actualización del Catastro Nacional de Humedales, Informe Etapa III*, 2020.

3 Gligo, Nicolo (dir.), *Informe País: Estado del Medio Ambiente en Chile 2018*, (Centro de Análisis de Políticas Públicas de la Universidad de Chile), 2019, p. 325.

4 Intergovernmental Panel on Climate Change, *Summary for Policymakers, Climate Change and Land: an IPCC special report on climate change, desertification, land degradation, sustainable land management, food security, and greenhouse gas fluxes in terrestrial ecosystems*, (Intergovernmental Panel on Climate Change), 2019.

Pues bien, esta valorización positiva de los humedales se ha ido comprendiendo desde hace años por la ciencia, pero más lentamente por la comunidad y las autoridades a nivel central y local. Y este trabajo tiene por objeto demostrar justamente cómo fue el tránsito, desde lo legal, desde ser concebidos como simples pantanos infecciosos o terrenos húmedos que convenía rellenar para otros usos lucrativos, hasta ecosistemas valiosos dignos de protección. El hito será la nueva ley que protege a los humedales urbanos (HU). El análisis se hará considerando la normativa más importante⁵ y jurisprudencia judicial.

1. Pese a Ramsar, se miran como pantanos infecciosos y terrenos sin valor a desecar y/o rellenar.

A nivel internacional, Chile promulga en 1981 (mediante el Decreto N°771) la Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas, firmada en Ramsar, Irán, el 2 de febrero de 1971 y que, entró en vigencia en 1975, en adelante la “Convención Ramsar”. Este instrumento aportó una amplia definición de humedales que se mantiene hasta hoy y que, de hecho, inspiró a la utilizada en la reciente ley chilena de humedales urbanos: “A los efectos de la presente Convención son humedales las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros” (art. 1°). Sin embargo, en el Decreto N°771 la definición es notoriamente diferente y excluyó a las turberas.⁶

La Convención Ramsar hace ya 50 años fijaba pilares para la protección de humedales que tardaron mucho tiempo en ser comprendidas a cabalidad en el país. Así, a) se reconocía la interdependencia del hombre y el medio ambiente que lo rodea; b) que los humedales cumplían “funciones ecológicas fundamentales” como reguladoras de los regímenes de agua y como regiones que permiten la conservación de una flora y fauna características, especialmente aves acuáticas; c) que constituyen un recurso de gran valor económico, cultural, científico y recreativo, cuya pérdida sería irreparable; d) que hay que

5 Recopiladas en varias tesis y documentos estatales.

6 Se señala “las zonas húmedas se dividen en áreas de ciénagas, pantanos, áreas de musgos o agua, sean éstas naturales o artificiales, permanentes o temporales, de aguas estáticas o corrientes, frescas, con helechos o saladas, incluyendo zonas de agua de mar cuya profundidad no exceda de seis metros durante la marea baja.” (art. 1).

“detener” su progresiva usurpación y pérdida y e) que es posible “conservar” los humedales y la flora y fauna asociada a ellos, mediante políticas nacionales de largo alcance combinadas con una acción internacional coordinada.

Y para lograr estas metas, la Convención incluyó para los Estados obligaciones relacionadas a los humedales incluidos en la Lista oficial, pero también fuera de ella, algo muy importante y no siempre advertido. Así, los Estados Partes se obligan entonces, a designar humedales dentro de su territorio (al menos uno), para ser incluidas en la lista de humedales de importancia internacional, seleccionadas en base a su importancia internacional en términos de ecología, botánica, zoología, limnología o hidrología; describiendo minuciosamente sus límites, y pudiendo incorporar zonas ribereñas y litorales adyacentes cuya profundidad en la marea baja sea mayor de seis metros, especialmente cuando éstas tienen importancia como hábitat de aves acuáticas (art. 2). Cada Parte se obliga a la conservación, administración y explotación racional de la población migratoria de aves acuáticas (art. 2) mediante la elaboración y ejecución de planes para favorecer la conservación de los humedales incluidos en la Lista y, hasta donde sea posible, la utilización racional de ellos (art. 3). Y, de hecho, cada Estado se obliga a informar y tomar las medidas pertinentes cuando la “índole ecológica” de alguna zona de la Lista hubiera cambiado, se encuentre en proceso de cambio o pueda cambiar como consecuencia del desarrollo tecnológico, polución u otra interferencia humana (art. 3). Pero, además, cada Parte Contratante “favorecerá” la conservación de las zonas húmedas y de las aves acuáticas al crear reservas naturales en humedales, estén o no incluidas en la Lista, y proveerá para su adecuada protección (art. 4).

Es importante destacar que la Convención permite excepcionalmente (“sólo por razones urgentes de interés nacional”), suprimir o restringir los límites de una zona de la Lista, y exige, en consecuencia, que se “deberá compensar en la medida que le sea posible, toda pérdida de recursos en ésta y, especialmente, deberá crear nuevas reservas naturales para las aves acuáticas y para la protección, de una porción adecuada del hábitat original, ya sea en la misma área o en otro lugar (art. 4 y 9). La Convención exige avanzar en protección, pero admite excepcionalmente retroceder, aunque exige compensar.

Como síntesis de lo anterior, no cabe duda que la Convención plasmaba claramente una adecuada valoración ecológica de los humedales y, por otra, exigía avanzar en la conservación de estas zonas y su fauna y flora asociada, estuvieran o no dentro de la lista oficial. El mensaje era claro.

Sin embargo, este mensaje tardó en entenderse en el país. Al ratificar la Convención incluimos un humedal en la lista y debieron pasar otros 16 años para agregar otros. De hecho, la legislación los trataba como pantanos infecciosos que había que depurar, desecar o rellenar⁷. Así, el Código Sanitario de 1967 (Decreto con Fuerza de Ley N° 725 del Ministerio de Salud) hasta el día de hoy, sigue refiriéndose a ellos como “pantanos” que hay que “sanear” cuando en ellos se desarrolle una “epidemia” (art. 31).

Y qué decir del Código de Aguas de 1981, aprobado el mismo año en que el Estado de Chile se comprometía a respetar la Convención de Ramsar, y que originalmente dio escuetas normas para los que llamaba “pantanos”, centradas en su aprovechamiento y más bien en su desecación; y no en protegerlos. Así, son “aguas detenidas”, las “acumuladas en depósitos naturales o artificiales, tales como lagos, lagunas, pantanos, charcas, aguadas, ciénagas, estanques o embalses” (art. 2). No se requiere contar con derechos de aprovechamiento de aguas tratándose de “lagunas y pantanos” situados dentro de una sola propiedad siempre que no existan derechos constituidos a favor de terceros a la fecha del Código de Aguas. De esta manera, la propiedad de estos derechos pertenece, por el solo ministerio de la ley al propietario de las riberas (art. 20). Estos propietarios riberaños (privados o públicos) podrán, además, “aprovechar y cultivar el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas, en las épocas en que no estuviere ocupado por las mismas.” (art. 30). Y se permite expresamente drenar sus aguas, sin autorización alguna, para “recuperar terrenos que se inundan periódicamente, desecar terrenos pantanosos o vegosos y deprimir niveles freáticos cercanos a la superficie” (art. 47). De hecho, el mismo Gobierno describía la regulación en el país, a la Secretaría de la Convención Ramsar en 1997, ante la pregunta de si en el país era prioritario conservar y restaurar humedales, de la siguiente manera: “No, incluso existe legislación que fomenta la desecación de suelos húmedos y con mal drenaje denominados “ñadis” (...) De hecho, el Código de Aguas admite la carencia de normas referentes a la conservación y protección de recursos hídricos. Desde el punto de vista del uso consuntivo del agua en Chile, debe señalarse que a nivel nacional un 89.2% es para fines agrícolas. Específicamente en el extremo norte del país, un 69.5% de los derechos de agua son de empresas mineras, siendo el porcentaje restante para

7 Heimlich, Susan, *Régimen jurídico de los humedales en Chile. Aplicación en Chile de la Convención relativa a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas*, Tesis de Pregrado Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2004.

uso agrícola y de particulares. No han sido evaluados los impactos de estos diferentes tipos de uso”.⁸

Este flexible sistema, sólo logró mejorar un poco con una reforma al mismo Código, como se revisará ahora y con el arribo de la normativa ambiental, en el punto siguiente. En efecto, a partir de la reforma de 1992, mediante la ley N° 19.145, se prohibió efectuar exploraciones y explotaciones, en vegas, bofedales y acuíferos que los alimenten, en las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta, zonas que previamente deben estar identificadas y delimitadas por la Dirección General de Aguas (DGA).⁹ Esta es una de las pocas normas “ambientales” en el Código de Aguas y de las pocas prohibiciones que existen. En todo caso, la primera admite excepciones y la segunda no afecta las extracciones ya otorgadas. La norma, según su historia, persiguió “evitar la desaparición de bofedales y vegas” en algunas regiones del norte de Chile, pues “la legislación existente no ha considerado debidamente la conexión e interdependencia entre zonas de pastoreo y aguas subterráneas, con grave perjuicio de las comunidades indígenas”.¹⁰ Además, el año 2005, se incluyó en el Código la regulación de las aguas subterráneas, mediante principios (unidad de la corriente) y varias otras normas que *podrían* contribuir al cuidado de los humedales relacionados a ellas (como las que establecen las zonas de restricción, áreas de prohibición o reducción temporal de derechos o que regulan la recarga artificial), pero que no abordará aquí, pues como ya se ha señalado en detalle, ellas en realidad no sirven, o sirviendo, no se aplican y poco se fiscalizan.¹¹

Por otra parte, y considerando la gran cantidad de humedales que están en las ciudades, es importante advertir que, en la Ley General de Urbanismo y

8 Dirección de Medio Ambiente del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, Chile. *Aplicación de la Convención de Ramsar en general y del Plan Estratégico 1997-2002 de Ramsar en particular en el período comprendido entre la preparación del Informe Nacional para la COP6 en 1995 y el 30 de junio de 1998.*

9 Se dispone que “se prohíbe efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales en las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta, sino con autorización fundada de la Dirección General de Aguas” (art. 58). Y en cuanto a su explotación, se dispuso que “Las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa.” (art. 63). En ambos casos, la autoridad deberá previamente identificar y delimitar dichas zonas.

10 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 19.145 Modifica el Código de Aguas en lo Relativo a la Extracción de Aguas Subterráneas en la I y II Regiones del País, (Biblioteca del Congreso Nacional)*, 2018, p. 3.

11 Delgado, Verónica, *Capítulo IV Restricciones o limitaciones a la explotación de las aguas subterráneas en Chile: un modelo ambiental insuficiente en un contexto de cambio climático*, en *El modelo chileno de regulación de las aguas subterráneas: críticas desde el derecho ambiental y las ciencias ambientales*, (Tirant Lo Blanch), 2021, p. 154-198.

Construcciones (LGUYC) y su Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC), tampoco existen normas de protección pues, en realidad, el artículo 5.7.13 de la Ordenanza prohíbe las construcciones en zonas inundables, pero las permite si el riesgo se asume con soluciones de ingeniería. Y, por otra parte, un plan regulador sólo puede “reconocer” (pero no definir nuevas) zonas de valor natural, es decir, aquellas que ya están protegidas oficialmente como el borde costero, parques nacionales, etc. (art. 2.1.18 OGUC).¹² Sin embargo, en épocas pasadas, hubo muchos planes que sí crearon nuevas zonas de protección, con distintas denominaciones y ellas fueron objeto de conflictos iniciados por los propietarios de dichos terrenos o inversionistas.¹³ Por ello promovimos en su época que esta norma fuera modificada, para que la palabra “reconocer” fuera reemplazada por “definir”, como ocurre con las nuevas zonas de conservación históricas que sí puede crear un plan regulador. Otros proponían que los planes reguladores consideraran a los humedales urbanos “parques”, mediante la declaración de utilidad pública del art. 59, pues se podía limitar la construcción, aunque fueran terrenos privados.

2.- Los primeros esfuerzos (y fracasos) desde el “derecho ambiental” para mejorar la protección de los humedales.

Sin duda, la valoración de los humedales comenzó de la mano de la normativa ambiental en Chile, pero ha sido un lento camino si pensamos que la Convención de Ramsar fue suscrita por el país en 1981 y sólo tenemos dieciséis humedales protegidos en esa categoría, de los casi cuarenta mil humedales existentes en Chile.

Pues bien, cuando se dictó la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente en 1994, la consideración de los humedales se limitó a evaluar sus impactos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y a protegerlos en la medida que estuvieran en un área protegida. El artículo 35 además impuso

¹² Art. 2.1.18 OGUYC: “Los instrumentos de planificación territorial deberán reconocer las áreas de protección de recursos de valor natural, así como definir o reconocer, según corresponda, áreas de protección de recursos de valor patrimonial cultural. Para estos efectos, se entenderán por “áreas de protección de recursos de valor natural” todas aquellas en que existan zonas o elementos naturales protegidos por el ordenamiento jurídico vigente, tales como: bordes costeros marítimos, lacustres o fluviales, parques nacionales, reservas nacionales y monumentos naturales.”

¹³ El ejemplo emblemático es la Ordenanza del Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano de Valparaíso, que consideró, entre otras, las áreas de Protección natural en Zona de Recursos de Valor Natural Protegidas “Reglamentariamente” (ZPE-R) y las Zona de Protección Ecológica de Humedales (ZPE-H), determinando que estas últimas, “serán mantenidas en estado natural, concentrando los esfuerzos en la preservación, para así asegurar y contribuir a conservar el patrimonio paisajístico, el área de reproducción de fauna, mamíferos y aves y otros fenómenos naturales relevantes”.

al Estado el fomentar e incentivar las áreas protegidas de propiedad privada e imponerles ciertas obligaciones de aquellas del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE), incluyendo dentro de las áreas protegidas, las porciones de mar, terrenos de playa, playas de mar, lagos, lagunas, glaciares, embalses, cursos de agua, “pantanos y otros humedales”, situados dentro de su perímetro (art. 36).

Específicamente en el SEIA, se obligó a ingresar a este procedimiento (que entró en vigencia en 1997) a proyectos de “...drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, *significativos*, de cuerpos o cursos naturales de aguas”, distinguiendo entre vegas y bofedales; cuerpos naturales de agua (tales como lagos, lagunas, pantanos, marismas, turberas, vegas, humedales o bofedales) y suelos con problemas de drenaje (como los suelos ñadis), indicándose las magnitudes relacionadas a cada una. Además, el SEIA consideraba la evaluación de otros proyectos, por ejemplo, mineros o inmobiliarios, donde también se evaluaban los efectos en humedales.

Sin embargo, en sus primeros años, la evaluación ambiental no necesariamente se tradujo en una adecuada protección de estos ecosistemas. Y el tema se transformó en un punto importante en la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), la cual asumió la tarea (que antes tenía Corporación Nacional Forestal sin éxito) de elaborar la Estrategia Nacional para la Conservación y Uso Racional de los Humedales en Chile (aprobada el año 2005)¹⁴ y su Plan de Acción, para posteriormente formalizar al Comité Nacional de Humedales el año 2013.

Pero tampoco estos esfuerzos tuvieron éxito. En la Estrategia, por ejemplo, se estableció como pilar de la protección de los humedales en el país, la implementación de las normas secundarias de calidad de aguas, pues ello estimularía el manejo integrado de cuencas hidrográficas y bahías, para alcanzar los objetivos de calidad ambiental definidos a través de planes de descontaminación y/o prevención en el medio hídrico; y asegurar la participación ciudadana en la gestión y protección de humedales. Pese a aquello, hasta el día de hoy no existe manejo integrado de cuencas, ni un solo plan de descontaminación en aguas y sólo un puñado de normas de calidad. Se consideró elaborar un catastro nacional de humedales, elaborar sus planes de manejo (incluyendo labores de restauración) e implementar un sistema de seguimiento de los humedales, incluyendo la aplicación de metodologías de valorización económica

¹⁴ Comisión Nacional del Medio Ambiente, *Estrategia Nacional para la Conservación y Uso Racional de los Humedales en Chile*, (Comisión Nacional del Medio Ambiente), 2005.

de los humedales. Se incluyó incorporar los mecanismos de planificación de los humedales en el desarrollo de los instrumentos de planificación territorial, a nivel comunal, regional y nacional; y planes de ordenación territorial específicos a nivel regional. Y, además, implementar un marco legal para lograr la conservación y uso sostenible de los humedales, texto que debería ser propuesto por el Comité Nacional de Humedales, creando también incentivos económicos (subsidios, créditos blandos, exenciones tributarias, etc.) especialmente para que las comunidades locales de escasos recursos y los pequeños propietarios, pudieran adecuadamente manejar humedales. Todo ello —salvo algunas excepciones— es, hasta el día de hoy, letra muerta. Más éxito tuvo, como se verá, la Estrategia y Plan de Acción para la Conservación y el Uso Sustentable de la Biodiversidad, al incluirse estos ecosistemas en muchas de las Estrategias Regionales para la Conservación de la Biodiversidad validadas por las Comisiones Regionales del Medio Ambiente, como se verá.

3. Otros esfuerzos.

Un esfuerzo más decisivo se efectuó en la reforma que en el año 2010 se realizó a la normativa ambiental, mediante la Ley N° 20.417, que creó el Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente e introdujo cambios importantes al SEIA. En lo que nos interesa, hay una evidente intención de proteger a los humedales de mejor forma, ya sea en las causales que obligan a ingresar al SEIA (lo que se realizó en realidad en el Reglamento), como en las circunstancias que imponen hacerlo, mediante un estudio de impacto ambiental, reformando el art. 11. También ha sido relevante en el proceso, el rol que ha jugado el Contralor General de la República, Jorge Bermúdez Soto, connotado profesor de derecho ambiental; algunas otras reformas legales y otras innovaciones jurídicas que se pasan a describir. Y, por cierto, la reforma del 2010 suponía tener en un corto tiempo aprobado el proyecto sobre el Servicio Nacional de Biodiversidad y áreas protegidas, lo que lamentablemente aún no se logra.

Pero antes de ver en detalle la reforma, destaquemos que paralelamente se dictan por el entonces Ministerio Secretaría General de la Presidencia (MIN-SEGPRES) del cual dependía la CONAMA, otras normas, de índole reglamentaria que también protegen a los humedales de la contaminación, como para el manejo de lodos, tanto en la industria de frutas y hortalizas (Decreto Supremo N° 3/2012) como para el manejo de lodos de las plantas de tratamiento de aguas servidas (Decreto Supremo N° 4/2010). Las medidas son, por ejemplo, no depositar lodos en suelos saturados con agua la mayor parte

del tiempo, suelos cuya napa se encuentre a menos de un metro (efecto napa colgante), suelos ubicados a menos de 15 metros de riberas de lagos y ríos o suelos con riesgo de inundación.

El año 2008, se dicta la Ley N° 20.256, de pesca recreativa, que permite declarar un “área preferencial” de pesca (donde deberá implementarse un manejo integrado) o “degradada” por la disminución significativa de peces. Todo ello podría contribuir a la protección de humedales pues la autoridad marítima puede decretar medidas de conservación y restauración, respectivamente. Pese a aquello, en la práctica, estas normas no han tenido una aplicación importante.

Por otra parte, el Ministerio de Agricultura, en el Reglamento de Agua, Suelos y Humedales (Decreto Supremo N°82/2010) de la Ley N°20.283 del año 2008, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, dio una definición de humedal bastante distinta a Ramsar (Ecosistemas asociados a sustratos saturados de agua en forma temporal o permanente, en los que existe y desarrolla biota acuática) y donde lo determinante para que operaran sus normas de protección, era el acto de autoridad que declaraba al humedal sitio Ramsar o “sitio prioritario” de conservación. De esta manera, si bien es criticable que sólo se proteja a humedales ya reconocidos formalmente como importantes por la autoridad, al menos se incluía a aquellos aún no protegidos pero que era prioritario proteger oficialmente; y que eran un número importante de ecosistemas. Además, en este Reglamento se dieron lineamientos para delimitar a los humedales, mediante la presencia y extensión de la vegetación hidrófila o, tratándose de ambientes que carezcan de ella, considerando la presencia de otras expresiones de biótica acuática (art. 2). El objetivo declarado en el Reglamento es “proteger los suelos, manantiales, cuerpos y cursos naturales de agua y humedales declarados... evitando su deterioro y resguardando la calidad de las aguas” (art. 1) y dentro de las normas de tutela, operativas para ciertas actividades, se incluyen la prohibición de corte, menoscabo o eliminación de vegetación hidrófita nativa, descarga de agua con sustancias químicas y desechos, corta de bosque nativo a 10 metros del límite humedal (cobertura arbórea de 50%), vía de tránsito de maquinaria y equipos, y depositar desechos de explotación. Además, se reguló la construcción de caminos e incorporó requisitos a los planes de manejo y de trabajo.

Volvamos a la Ley N° 20.417 y sus reformas a la Ley N°19.300 en el SEIA, recogidas también en la reforma de su Reglamento, sólo actualizado el año 2013. La Ley N°20.417 modificó la letra d), del artículo 11, estableciendo la

obligación de realizar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para aquellos proyectos o actividades que se localicen en o próximos a humedales protegidos. La norma no sólo incluyó expresamente a los humedales, sino que implicó otros cambios importantes como se aprecia en la siguiente tabla:

Art. 11 letra d) Texto original Ley N°19.300	Art. 11 letra d) Texto tras reforma con la Ley N° 20.417
d) Localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;	d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares y áreas con valor para la observación astronómica con fines de investigación científica, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;

Tabla N°1. Fuente: elaboración propia.

Se ampliaron considerablemente las hipótesis para exigir estudios de impacto ambiental y, en consecuencia, los proyectos que deberán mitigar, reparar o compensar aquello que provoquen. En lo que más nos interesa, se consideran expresamente los “humedales protegidos” y los sitios prioritarios para la conservación, pero no se dieron pautas para determinar qué entender por humedal y cuándo estimarlo protegido.

Paralelamente, el ahora ya Ministerio del Medio Ambiente, trabajó en el Inventario Nacional de Humedales de 2011,¹⁵ usando la misma definición del Reglamento de aguas, suelo y humedales, aunque sin hacer referencia al acto oficial declarativo de humedal Ramsar o sitios prioritarios. De hecho, si bien se precisó en la metodología de trabajo, que por cuestiones técnicas no se pudo incluir a todos aquellos que coincidían con la amplia definición de Ramsar, especialmente los más pequeños, el resultado incluyó humedales Ramsar, ubicados en otras áreas protegidas, humedales no protegidos y también sitios prioritarios. De ahí que en seminarios o talleres era común seguir escuchando la necesidad de concordar criterios entre todos los ministerios con competencia para autorizar actividades, proyectos, permisos de extracción de agua, etc. Y propuestas, como, por ejemplo, para determinar cuándo estamos frente

¹⁵ Ministerio del Medio Ambiente; Centro de Ecología Aplicada, *Informe Final Diseño del Inventario Nacional de Humedales y el seguimiento ambiental N°1588-28-LP10*, (Ministerio del Medio Ambiente), 2011.

a un humedal, aplicar derechamente la definición Ramsar o considerar como tales los incluidos en el Inventario.

Pues bien, tres años más tarde a la reforma, se aprueba la nueva versión del Reglamento del SEIA, el que sí precisó cuáles eran los humedales “protegidos” del art. 11. Lo hizo considerando sólo a los Ramsar, que sabemos son poquísimos. En una primera lectura la norma aparecía como regresiva en consideración a la Ley de bosque nativo y su Reglamento, que incluían en su protección también a los sitios prioritarios. Pero, en realidad hay que distinguir bien el ámbito de aplicación del art. 10 y 11, para entender lo que llamaré la inicial “incoherencia” del sistema. Así, para los efectos del art. 10 letra p) está obligado a ingresar al SEIA el proyecto que se ejecuta “en” un humedal que estuviera en el listado del SEA de las “áreas bajo protección oficial” (que incluía Ramsar y otros ubicados dentro de parques, reservas, etc. pero no los “sitios prioritarios”). Pero, para los efectos del art. 11, sólo se debe exigir un estudio de impacto ambiental a los proyectos que se ejecutan en o próximos a un sitio “protegido” (donde sólo se incluirían los Ramsar).

Sin embargo, esta incoherencia se salvaría, si recordamos la nueva redacción del art. 11 letra d) de la Ley tras su reforma. En efecto, la ley exige estudio de impacto ambiental no sólo cuando se afecta a los humedales “protegidos” sino también a los sitios prioritarios (en general, sean o no humedales) y a los territorios de alto valor ambiental por los servicios ecosistémicos que presta.¹⁶ Así, tratándose de un proyecto que se localiza en o próximo a un humedal susceptible de ser afectado, procederá exigir estudio de impacto ambiental cuando se trate de un humedal Ramsar o cuando no sea Ramsar, pero si un “sitio prioritario” o bien, cuando no siendo tampoco prioritario, sea un territorio de alto valor ambiental. Esta interpretación debiera aplicarse también, inspirada en el principio *pro natura*, para incluir también aquí a las turberas en general y al *sphagnum Magallanicus* en particular, que crece en los pantanos o humedales ubicados desde Puerto Montt hacia el Sur de Chile.

Por otra parte, el Reglamento del SEIA del año 2013, perfeccionó la fórmula de ingreso obligatorio al SEIA, de los proyectos de drenaje y desecación, considerando (sin magnitud, como en el Reglamento anterior)¹⁷ aquellos que

16 La norma, eso sí, tiene algunas limitaciones prácticas. Delgado, Verónica, *Servicios Ecosistémicos y Ambientales en la legislación chilena*, Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental, Recursos Naturales ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?, (La Ley-Thomson Reuters), Vol. VII, 2014, p. 523-553. Ver también causa Corte Suprema, Rol11.932-2014, 6-08-2014. C°8, 10 y 11

17 En el Decreto Supremo N°30 y 95 estaban obligados a ingresar al SEIA los proyectos de Drenaje o desecación de turberas cuya superficie afectada sea igual o superior a diez hectáreas (10 há), tratándose

afecten a turberas. Los demás humedales, sin embargo, sí atienden a criterios de magnitud en base a la superficie afectada, regla criticada desde hace años y que la ley actual de humedales urbanos supera.¹⁸ Además, si bien se mantuvo la causal de ingreso obligatorio de la letra p) por cualquier actividad o proyecto que se realice en áreas bajo protección oficial, la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), mediante el Oficio N° 130844/2013, al menos uniformó criterios y exigencias técnicas sobre las “áreas bajo protección oficial” del art. 10 y las “áreas protegidas” del art. 11, considerando listados de ellas.

Interesa también destacar, que la reforma de 2010 creó un nuevo instrumento de gestión ambiental, llamado Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) que podría haber tenido un rol realmente relevante en la protección de humedales. En efecto, la Ley N° 20.417 la exige para la elaboración del manejo integrado de cuencas; de los nuevos Planes Regionales de Ordenamiento Territorial (que cubren el territorio rural); las zonificaciones del borde costero y de todos los Instrumentos de Planificación Territorial (IPT) y sus modificaciones “sustanciales” detalladas en el Reglamento (Decreto Supremo N° 32/2015). No obstante, aún no existe en el derecho chileno gestión integrada de cuencas y tampoco han podido entrar en vigencia los planes regionales.

Ahora bien y como adelantamos, en poco tiempo se producirían cambios sucesivos importantes a favor de los humedales, y todos ellos desde el derecho ambiental, como pasamos a sintetizar.

Así, en cuanto a la letra p) del art. 10, es decir, la causal de ingreso obligatoria asociada a todo proyecto o actividad (de cualquier magnitud) que se realice en un “área bajo protección oficial”, el Dictamen de la Contraloría General de la República N° 48.164, del año 2016, determinó que la redacción del Reglamento de Aguas, Suelos y Humedales, implica que todo humedal declarado sitio prioritario por la autoridad ambiental es un área bajo protección oficial

de las Regiones I a IV, o a veinte hectáreas (20 há), tratándose de las Regiones V a VII y Metropolitana, o a treinta hectáreas (30 há), tratándose de las Regiones VIII a XII. En el DS 40, si se trata de una turbera, todos.

18 En la introducción del proyecto de ley se afirma: “Como podemos apreciar, el criterio para someterse al SEIA, en los casos de obras de drenaje o desecación atiende exclusivamente a la extensión del terreno, dejando fuera características importantes de los humedales que debieran ser tenidas en consideración, como por ejemplo, la diversidad biológica que contienen, o su rol como contenedores de aguas lluvia cuando se encuentran ubicados en zonas urbanas. Estas funciones no tienen por qué encontrarse relacionadas necesariamente con el tamaño que posee un humedal, por lo que condicionar el cuidado de estos a su tamaño, parece poco adecuado a la realidad, es decir, un criterio poco eficiente.” citando a Antiao, Mitzy, *Legislación aplicable a los Humedales en Chile: Análisis crítico de su protección en la normativa vigente*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Universidad Austral de Chile, 2013.

para efectos del SEIA, siempre que se trate de proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental. Y con ello debió ser actualizado el listado del SEA, complementado por el Ordinario SEA N° 161081, de 2016.

En el mismo año 2016, por otra parte, se crea en Chile, mediante la Ley N° 20.930 el derecho real de conservación ambiental, un nuevo instrumento que ha servido y puede cumplir un rol relevante en la protección de humedales ubicados en terrenos privados. Este derecho se constituye de forma voluntaria a través de un contrato celebrado por escritura pública, en el que debe establecerse al menos uno de los gravámenes “al inmueble” establecidos en la ley, entre ellos la restricción o prohibición de destinar el predio a fines inmobiliarios, comerciales, industriales o de otro tipo; la obligación de hacerse cargo o de contratar servicios para la mantención, descontaminación, reparación o aprovechamientos “racionales”; y la obligación de ejecutar o supervisar un plan de manejo para el uso racional y sostenible de los recursos naturales del bien raíz.¹⁹

Además, algunas Municipalidades dictaron Ordenanzas con algunos criterios de regulación y protección, como en Santo Domingo, Coronel, Panguipulli y Valdivia, especialmente sobre los rellenos de humedales.²⁰

Por otra parte, la labor de la SMA comenzó a involucrarse en varios casos importantes relacionados a humedales. Así, y por dar sólo un ejemplo, ordenó la clausura parcial de los pozos de extracción de agua subterránea como sanción contra una minera que provocó el desecamiento de setenta hectáreas de lagunas y humedales Ramsar en la región de Atacama.²¹

El año 2018 la Ley N° 21.075, que regula la recolección, reutilización y disposición de aguas grises, considera que podrán usarse para la mantención de humedales y todo otro que contribuya a la conservación y sustentabilidad ambiental (art. 8). Sin embargo, ella todavía no entra en vigencia.

Y aunque no se ha desplegado totalmente la reforma al Código de Aguas del año 2018, que fortaleció la fiscalización y los montos de las sanciones que puede aplicar la DGA,²² fue emblemático que el primer caso de multa aplica-

19 En detalle, Ubilla, Jaime, El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal, en Revista de Derecho, N° 240, año LXXXIV, (Universidad de Concepción), Jul-Dic 2016, p.151-185.

20 Moción proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos (Boletín N° 11.256-12).

21 Confirmada por Corte Suprema, Rol 42004-2017, 9-10-2018.

22 Delgado, Verónica; Arumí, José, *Capítulo VI. La extracción ilegal de aguas subterráneas en Chile: un nuevo modelo de control “menos privado”*, en El modelo chileno de regulación de las aguas subterráneas: críticas desde el Derecho Ambiental y las Ciencias Ambientales, (Tirant Lo Blanch), 2021, p. 245-274.

da en base a este nuevo estatuto en la región del Biobío haya sido por “rellenar” el humedal Los Batros, uno de los más valiosos, pero a la vez deteriorado y amenazados en la zona y que muchas otras veces, sin éxito, había sido objeto de denuncias ante la misma autoridad. La misma reforma, aumentó las multas en caso de extracción ilegal de aguas y las penas por el delito de usurpación de aguas, aunque la reforma penal sólo fue una pincelada,²³ que no asegura traducirse en una efectiva mayor persecución como se quería.

Y, en materia judicial, se ha hecho cada vez más frecuente tratar de prevenir daños en humedales a través del recurso de protección (al que dedicaremos el siguiente párrafo) y cuando ya existe deterioro, el delito del art. 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura (en casos de contaminación, como en el caso de Valdivia por riles de la empresa Celco; figura penal que, desde hace poco, se puede ejercer también contra personas jurídicas) y, las demandas por daño ambiental, cuando ya todo lo preventivo fracasó, como en el caso de Atacama recién comentado.²⁴

4. Por fin se escucha la voz de los humedales. El aporte de los Tribunales de Justicia, en la valoración ecosistémica (aunque antropocéntrica) de los humedales, mediante el recurso de protección.

Desde el famoso caso que afectó hace más de 10 años con contaminación el humedal del río Cruces en Valdivia, que provocó la desaparición de la planta acuática *Egeria densa*, provocando la muerte por inanición de cisnes de cuello negro, ha habido esfuerzos decididos a mejorar esta protección desde varios sectores. Aunque parece que nada sensibiliza el tema a las autoridades pues la ley sobre Biodiversidad que permitiría avanzar en un nuevo Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y un sistema de áreas protegidas públicas y privadas, con incentivos a la conservación sigue sin movimiento en el Congreso Nacional, con más de tres mil observaciones de la Academia, ONG, Juntas de Vecinos, etc.²⁵

En este contexto, es interesante mencionar que en el último tiempo,

23 Delgado, Verónica, *La reforma al delito de usurpación de aguas en Chile: solo una pincelada*, en Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Daniel Pañailillo Arévalo, (Thomson Reuters), 2019, p. 31-65.

24 Delgado, Verónica, “Reparación del daño Ambiental causado a las aguas subterráneas en los tribunales de Chile”, en Revista de Derecho Privado, N°38, (Universidad del Externado de Colombia), 2019, p. 279-310.

25 El Mostrador.cl, Fallos judiciales escuchan por primera vez la voz de los humedales, 2 de enero de 2019.

nuestros Tribunales han resuelto numerosos casos de graves afectaciones a humedales y en todos estos casos, la respuesta ha sido a favor de una “*amplia protección*”, dictaminando que no sólo el Estado tiene el deber de proteger a estos ecosistemas sino también los particulares, aunque los humedales estén en sus propios predios, aunque sean artificiales, aunque ya se cuente con permisos para realizar esas actividades o proyectos, pues existe siempre la obligación de “*evitar*” su deterioro y, si el daño se causa, de “*reparar*” este daño (no en dinero ni en compensaciones) con acciones que restablezcan el estado del humedal a su situación anterior al daño. En todos estos fallos, por fin, se escucha la voz de los humedales. Ellos se ubican en el centro de la protección, con independencia de si está afectado el “*derecho de propiedad*” que pueda tener un particular sobre la tierra o el agua, como es la lectura tradicional que se hace de estos problemas. Por fin, entonces, se escucha la voz de los ecosistemas naturales reclamando no ser devastados a cambio de los beneficios que proporcionan.²⁶ Me concentraré en recursos de protección.

Así, el 27 de agosto de 2018, la Corte Suprema declara que el Humedal el Llantén en Puerto Montt, es un humedal y que aunque sea “*artificial*” y no goce de protección oficial, debe ser protegido, para lo cual ordena reubicar en tres años un colegio construido sobre él (para despejar el área de escurrimiento natural de las aguas lluvias) y ordena que se implementen una serie de medidas, tanto por los privados (a quien obliga a implementar todas las medidas para proteger el humedal) como por la Municipalidad, la Secretaría Ministerial Regional de Medio Ambiente y el Servicio de Vivienda y Urbanización, organismos a quien la Corte critica por no actuar coordinadamente. Incluso ordena revisar los permisos ya otorgados para construir sobre el humedal y los pendientes.²⁷

El 12 de septiembre del mismo año, la Corte Suprema, revoca una sentencia de la Corte de Apelaciones, acogiendo el recurso por el art. 19 N° 8, interpuesto por “habitantes de la isla Teja”, ordenando cesar los trabajos de remoción de tierras y alteración de cursos de agua en la confluencia de los ríos Valdivia y Cruces, hasta la obtención de autorizaciones administrativas

26 El Mostrador.cl, Fallos judiciales escuchan por primera vez la voz de los humedales, 2 de enero de 2019.

27 Corte Suprema, Rol N° 118-2018, 27-08-2018. actualidadjuridicambiental.com, Comentario Sentencia Corte Suprema de 27 de agosto de 2018: Protección de Humedales Artificiales, 20 de diciembre de 2018. Comentado también por Tisné, Jorge, “Categorización de los conflictos vecinales y la improcedencia de invocar autorizaciones administrativas y la observancia de leyes y reglamentos como justificación suficiente para vulnerar derechos de terceros. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 15 de marzo de 2018, Rol N° 18.218-2017”, en Revista chilena de Derecho, vol. 46, N° 1, 2019, p. 287-300.

y ambientales que correspondan (pues el derecho minero a catar y cavar no basta), sin “riesgo para el ecosistema o el curso de las aguas en que se desarrollan”.²⁸

En octubre del mismo 2018, la Corte Suprema confirmó la sentencia que el 28 de agosto de 2018 rechazó el recurso de protección interpuesto por una empresa que proponía desarrollar una cancha de sky acuático en laguna grande de San Pedro de la Paz en la región del Biobío, en plena área urbana, contra la Gobernación Marítima, que negó la autorización. El fundamento fue la contaminación que la actividad puede causar en un cuerpo de agua que, además de rico en biodiversidad, aunque no protegido todavía, debe mantener el agua limpia para proveer de agua a la comunidad, en caso de emergencias y otras condicionantes que se oyeron fuerte desde el mundo académico.²⁹

Y en un caso muy relacionado, recientemente, el 7 de junio de 2021, la Corte Suprema ha reiterado, en un claro lenguaje, que la sostenibilidad en torno a los humedales implica respetar su integridad y, en el fondo, priorizar en los variados servicios que presta, aquellos que tributan al “interés general de la comuna” y no a una actividad particular. Se aleja —en forma más decidida— a la visión antropocéntrica y se acerca cada vez más a proteger a los ecosistemas por su valor en sí mismos. En efecto, el máximo Tribunal resuelve que es legal la Ordenanza Municipal que establece una prohibición de uso de embarcaciones o vehículos motorizados que indica en la Laguna Avendaño, “a fin de proteger el ecosistema de ese cuerpo hídrico, su flora y fauna, y, eventualmente, para la salud de personas y animales, considerando la ocurrencia de fenómenos tales como la eutrofización, y, en definitiva, su integridad medio ambiental, así como la sustentabilidad económica del mismo, considerando su importancia para la comunidad local”. Si bien se refiere a que “la dictación de esta ordenanza cumple con resguardar derechos fundamentales de las personas”, lo hace estableciendo una protección ambiental “reforzada” de la laguna, y reconoce que los tiempos son otros. A nuestro juicio en la sentencia, se refleja claramente la evolución que se intenta rescatar: que ya no son pantanos infecciosos y que la autoridad se hace cargo de un bien común valioso. Señala textualmente, refiriéndose a la Municipalidad: “De igual forma, instaura un cambio de paradigma en cuanto a la utilización del patrimonio público comunal en orden al desarrollo sostenible o sustentable del

28 Corte Suprema, Rol 5171-2018, 12-09-2018.

29 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 6412-2018, 28-08-2018 y Corte Suprema Rol N° 22.196-2018, 30-10-2018.

mismo, al reducir la producción de nocivos contaminantes en el ecosistema acuático, compatibilizándolo con el desarrollo económico y turístico del lugar mediante una autorización excepcional de carácter transitorio, y al permitir la circulación de toda otra clase vehículos de menor impacto ecológico, todo lo cual armoniza perfectamente con la legislación imperante”.³⁰

5. La Ley de humedales urbanos del año 2020: un paso fundamental para la protección “ecológica” de estos ecosistemas y su restauración.

En este escenario legal y judicial favorable a valorar los distintos servicios ecosistémicos prestados por los humedales, nace la Ley N°21.202, sobre *Protección de Humedales Urbanos*, publicada en el Diario oficial el 23 de enero de 2020. Esta ley fue tramitada en el Congreso Nacional, escuchando como nunca la opinión de la sociedad civil y de expertos, destacando el trabajo de la geógrafa Carolina Rojas. Como tantos otros proyectos ambientales, hasta el último día, contó con la resistencia o ánimo de limitar sus normas, de varios Ministerios del Gobierno (de Obras Públicas, Transportes, etc.) y de grandes gremios asociados principalmente a la actividad de la construcción inmobiliaria. Sin embargo, la tenacidad de varios senadores (liderados por el Senador de los Ríos, Alfonso de Urresti) logró afortunadamente imponerse. Son varios sus aciertos.

En primer lugar, esta ley busca la “protección” de los humedales, aunque sólo los “urbanos”, es decir, los que estén total o parcialmente dentro del límite urbano³¹, mediante varias medidas de tutela, que vale la pena destacar. La tutela es así de amplia portada. Si bien se limita en rigor a los humedales urbanos, la ley amplía bastante su ámbito de aplicación, cuando incluye también la parte de los humedales ubicada fuera del límite urbano. Por otra parte, en nuestra legislación, “proteger”, para todos los efectos legales, implica prevenir, controlar y mejorar lo protegido (art. 2 de la Ley N°19.300), es decir, incluiría también la “restauración” de estos ecosistemas.

En segundo lugar, es aplaudible que se haya dado una definición de humedal y que —como siempre debió ser la interpretación de toda autoridad— corresponde a la amplia definición de Ramsar, agregando que este humedal

³⁰ Corte Suprema, Rol N°18.955-2021, 7-06-2021, C°7 al C°9.

³¹ Que se define en el art. 2 del Reglamento, l) Límite urbano: línea imaginaria que delimita las áreas urbanas y de extensión urbana que conforman los centros poblados, diferenciándolos del resto del área comunal; y en la letra k) Límite de extensión urbana: línea imaginaria que determina la superficie máxima destinada al crecimiento urbano proyectado por el plan regulador intercomunal.

debe ser urbano en los términos recién expresados.

En tercer lugar, el punto esencial para que esta ley se despliegue es obtener la declaración del MMA, de que se trata de un humedal urbano (HU), y ello puede ser de oficio o —y aquí el aporte— a petición de la Municipalidad. Así, será sin duda la comunidad local la que impulse que quien los representa en el territorio presente la solicitud para proteger un humedal que ella valora. Y el MMA tendrá un plazo máximo de sólo 6 meses para pronunciarse, periodo en el que la autoridad comunal “podrá” postergar (según el procedimiento del art. 117 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones), la entrega de permisos de subdivisión, loteo o urbanización predial y de construcciones en los terrenos (art. 3). El diseño de la ley, entonces, es uno que promueve la agilidad de todos, en favor de los ecosistemas.

En cuarto lugar, los humedales urbanos que sean bienes nacionales de uso público, “se usarán en concordancia” con lo dispuesto en el Plan Regulador y su Ordenanza Local. Las concesiones que la Dirección del Litoral otorgare sobre ellos requerirán el informe previo favorable de la Dirección de Obras Municipales respectiva.³² Esta norma obviamente tendrá un rol importante en la fiscalización de construcciones y otras actividades ilegales en estos humedales; y que para lograr sus objetivos debe engarzarse con la deuda quizá más importante que se tenía en la normativa urbana nacional y que la ley de humedales urbanos salda.

En efecto, como medida indispensable para lograr la protección, —y aquí el quinto aporte— por fin se impone que “todo” IPT deberá incluir los HU existentes en cada escala territorial, en calidad de área de protección de valor natural, para efectos de establecer las condiciones bajo las que deberán otorgarse los permisos de urbanizaciones o construcciones que se desarrollen “en o próximos a ellos”. Esta norma incluye los planes comunales, intercomunales y seccionales. Lo ideal habría sido, por cierto, que también se hubiese impuesto alguna medida para la elaboración de los Planes Regionales de Ordenamiento Territorial. Pero —hay que destacarlo— esta norma es fundamental y como aquí se ha relatado, supera todos los problemas que antes debían sortearse para la legalidad de zonas de protección ya creadas en estos instrumentos. En el fondo, el plan sigue sin poder crear áreas de protección de valor natural, pero tendrá que reconocer automáticamente las oficiales, donde ahora se incluyen las que logren la declaratoria de HU en el

32 Se modificó el art. 64 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones para agregar la palabra humedal, que antes sólo incluía terrenos de playa o riberas de mar, de ríos y de lagos navegables.

MMA. Y será fundamental entonces, que las normas sean adecuadas y prolijas, pues como señala el art. 2.1.18 de la OGUC, los IPT podrán establecer las condiciones urbanísticas que deberán cumplir las edificaciones que se pretendan emplazar en dichas áreas y el mandato es claro: “Estas condiciones deberán ser compatibles con la protección oficialmente establecida para dichas áreas.”

En sexto lugar, el proyecto impone cambios realmente profundos en el SEIA pues —como afirma Plumer— se cambia la regla del ingreso por tipo de proyecto a la de impacto ambiental, tímidamente formulada en la letra p) del art. 10 de la Ley N°19.300,³³ siendo obligatorio ahora someterse a él en tres nuevos casos: i) cualquier proyecto (ejecución de obras, programas o actividades) que se ejecute “en” HU, ii) aplicación masiva de químicos “sobre” humedales, y iii) la ejecución de obras o actividades que puedan significar una alteración física o química a los componentes bióticos, a sus interacciones o a los flujos ecosistémicos de humedales que se encuentran total o parcialmente dentro del límite urbano, y que impliquen su relleno, drenaje, secado, extracción de caudales o de áridos, la alteración de la barra terminal, de la vegetación, zonal hídrica y ripariana, la extracción de la cubierta vegetal de turberas o el deterioro, menoscabo, transformación o invasión de la flora y la fauna contenida dentro del humedal, indistintamente de su superficie.

Finalmente, quiero destacar que el proceso por el cual la comunidad, municipalidad y autoridades deben avanzar en la protección de los humedales, no será fácil, pues obtenida la declaración de HU (lo que supondrá conocerlo, delimitarlo etc., lo que puede ser costoso) se habrá dado un paso fundamental, pero sólo inicial. Se necesitará mucha coordinación, pues, de hecho, existen más de 33 organizaciones del Estado con competencias en materia de humedales.³⁴ Y, —fundamental—, una intensa colaboración público privada para lograr que ella se concrete en medidas y planes de gestión, que requerirán financiamiento, apoyo de la ciencia y especialmente, de la autoridad municipal (que tiene nuevas obligaciones especialmente en relación a los instrumentos de planificación territorial, no fáciles de lograr y controlar luego al dar los permisos), de la ambiental (en la que recaerá el peso de aplicar criterios de tutela en el SEIA); de todas aquellas que deberán fiscalizar (ojalá coordinadamente)

33 ElMostrador.cl, El comienzo del fin del SEIA, 22 de julio de 2020.

34 Por todos. Bergamini, Kay, *Capítulo VIII Toolkit para la gestión y conservación de humedales: una propuesta de fortalecimiento a su actual institucionalidad*, en *Propuestas para Chile. Concurso de Políticas Públicas*, (Centro de Políticas Públicas UC), 2019, p. 255-288.

y, por cierto, de una comunidad comprometida y —muy importante— de los propietarios de los humedales. El camino puede ser muy complejo en este último aspecto en muchos casos se judicializará.

Veamos ahora los pilares de la protección. Atendiendo a las particularidades de los territorios, cada Municipalidad que cuente con estos valiosos ecosistemas “deberá” establecer en una Ordenanza General, los criterios mínimos para la protección, conservación y preservación de los HU ubicados dentro de los límites de su comuna, pero para estandarizar el lenguaje y asegurar estos “mínimos”, la ley las obliga a utilizar los lineamientos establecidos en un Reglamento del MMA (del cual dependía la vigencia de la ley), el Decreto Supremo N°15 del MMA, publicado en el Diario oficial el 24 de Noviembre de 2020. Este reglamento fue elaborado con bastante participación académica y de la organización civil.

La ley mandata a que este Reglamento defina los criterios mínimos para la sustentabilidad de los HU (art. 2) y el procedimiento mediante el cual el municipio podrá solicitar el reconocimiento de la calidad de tal (art. 3). Es curioso que se haya usado en la ley de HU, la expresión “sustentabilidad” pues, hasta ahora, nunca se había desarrollado ya que sólo ha sido usada en la ley del ambiente para temas acotados, bien alejados de lo aquí tratado. En efecto, se usa sólo para denominar al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, para determinar cuándo procede la EAE³⁵ y para dar competencia al MMA para otorgar ciertos certificados, títulos o etiquetas a particulares.

En el Reglamento de la ley de HU, en cambio, la expresión “sustentabilidad” se usa en términos ecológicos, para referirse concretamente a la pervivencia de los ecosistemas, la cual depende, primero, del resguardo de sus características ecológicas³⁶ y de su funcionamiento y, segundo, de mantener su régimen hidrológico³⁷, tanto superficial como subterráneo. Estos criterios se aplicarán en el SEIA, para los efectos de determinar la existencia de impactos ambientales significativos, de conformidad con el artículo 11 letras b) y d) de la Ley N°19.300 y la propuesta de medidas de mitigación, reparación o compensación, según corresponda. Y deberán ser respetados a la hora de establecer

35 Al definir la EAE en el art. 2 letra i bis) como: “...al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad...”

36 Art. 2° letra c) Características ecológicas: combinación de los componentes bióticos y abióticos, estructura, funciones, procesos y servicios ecosistémicos que caracterizan a un humedal en un momento determinado.

37 Art. 2 letra o): comportamiento hidrológico del humedal que considera el nivel del agua, la variabilidad de los caudales, balances y tiempos de residencia del movimiento del agua a través del humedal.

las condiciones urbanísticas aplicables a proyectos a ejecutarse en los HU.

Para lograr el primer objetivo, se fijan como criterios mínimos, la mantención de la superficie de los humedales; la conservación, protección y/o restauración de las características ecológicas del humedal (controlando sus amenazas y haciendo un seguimiento de las acciones) y la mantención (y en lo posible mejora) de la conectividad biológica de los humedales urbanos y los adyacentes. Y para este último punto, se dispone que los IPT deberán establecer las condiciones urbanísticas que deberán cumplir las edificaciones que se pretendan emplazar en humedales urbanos, así como los procesos de planificación, diseño y construcción de infraestructura que pueda afectar al humedal, deberán ser compatibles con la mantención de la conectividad biológica, su estructura, funcionamiento y la conservación de hábitats en estos humedales.

Respecto a la mantención de su régimen hidrológico, los criterios mínimos asociados a la gestión de los humedales urbanos son dos: la mantención del régimen y conectividad hidrológica de los humedales urbanos, procurando evitar la modificación de la cantidad, niveles y volumen de agua, su estacionalidad, el régimen de sedimentos y la conectividad hidrológica dentro y entre humedales adyacentes, y entre el agua superficial y subterránea que lo constituye. Y segundo, un añorado (desde la década de los 90) manejo integrado de recursos hídricos superficiales y subterráneos como base para su conservación. También es destacable que el “uso racional” de un humedal implica asegurar su “caudal ambiental” (que deberá ser considerado al fijar el caudal mínimo ecológico del Código de Aguas) y su “calidad”. Aquí hay una diferencia importante con el Código de Aguas pues, primero, el código casi no da importancia a la calidad de los recursos hídricos y segundo, porque —en la práctica— exige respetar el caudal ecológico en un número mínimo de cuencas.

El “uso racional” además implica, como criterios para la toma de decisiones, dos pilares, que reflejan actualizadas miradas. Se considera que los proyectos y actividades que se desarrollen en los HU deben considerar un “enfoque de desarrollo sustentable” integrando las dimensiones sociales, económicas y ambientales; y que los humedales declarados urbanos, puedan ser integrados —como “infraestructura ecológica” de las ciudades—, a otros elementos del entorno construido, permitiendo —a la vez— asegurar la conservación y protección de estos humedales, y aumentar la resiliencia al cambio climático de las ciudades, especialmente con los sistemas de agua lluvia de las ciudades, la conservación de defensas fluviales y la mantención

de riberas. Y este enfoque e integración deberán respetarse al momento de establecer las condiciones urbanísticas en el proceso de planificación territorial en que se incluyan los HU.

De manera certera, el Reglamento asume que la sustentabilidad se debe lograr mediante una gestión y gobernanza adecuadas. Para estos efectos, el MMA creará comités a nivel nacional, regional y comunal para promover la adecuada gestión de los humedales urbanos, así como una gobernanza que permita la participación efectiva de los actores involucrados en su gestión, protección y conservación (art. 5). En efecto, respecto a las personas, naturales o jurídicas, u organismos de la Administración del Estado que voluntariamente se obligan a gestionar un humedal urbano, los criterios a considerar implican que prime una participación informada, una gestión adaptativa (que incluya las prácticas culturales locales) y el manejo activo del humedal, abordando las amenazas que los afectan. Se deberán considerar, además, estrategias de educación y comunicación, creación de capacidades técnicas e investigación aplicada.

Pues bien, sabemos que los desafíos que plantea esta ley son ambiciosos pero complejos. Ya tenemos el primer caso judicializado, de una de las preguntas frecuentes en los seminarios relacionados a estas nuevas normas. ¿Cómo afecta esta ley a los permisos de edificación, loteos o urbanizaciones ya otorgados? Se ha resuelto que no los afecta.³⁸ Y ¿a los que están en tramitación? Si bien el tema es complejo y hay decisiones judiciales y de Contraloría diferentes, la regla es que sólo cabría respetar las normas en base a las cuales se presentó, en la medida que haya obtenido la aprobación de un anteproyecto (art. 116 LGUC) y por los plazos que indica la ordenanza de 180 días o un año, según el caso (art. 1.4.11 OGUC) y mientras mantengan su vigencia.

¿Y en el SEIA qué efectos provocará la declaratoria de HU en proyectos en evaluación? A falta de una norma que resuelva el problema, me parece razonable que, si el proyecto o actividad se está evaluando, ella deba ser rechazada por falta de información esencial o relevante si estamos dentro de los primeros 40 días hábiles de evaluación; o si ellos ya transcurrieron, correspondería su rechazo por ser procedente un estudio de impacto ambiental. Quizá la situación más problemática es estar evaluando un proyecto existiendo una

³⁸ El 17 de marzo de 2021, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt rechazó un recurso de protección interpuesto por personas naturales y comunidades indígenas, contra la construcción de un proyecto de Loteo (Jardines del Volcán) en el humedal Artesanos de Alerce en Puerto Montt. Los argumentos fueron que los permisos habían sido obtenidos antes de la declaratoria de Humedal urbano, procedimiento que está aún tramitándose. El Tribunal agrega que, de esta declaración, se podrá reclamar ante el Tribunal Ambiental. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 1866-2020, 17-03-2021. Actualmente, esta causa se encuentra en acuerdo en la Corte Suprema, Rol N° 21970-2021.

declaratoria pendiente. La ley permite al alcalde suspender el otorgamiento de los permisos de edificación o urbanización, pero nada dijo del SEIA. Sin embargo, deberían operar los principios preventivo y *pro natura*, y argumentar que se requiere un estudio de impacto ambiental, mediante el art. 11 letra d) parte final, pues se trataría de un territorio de alto valor (por los servicios ecosistémicos que presta, que constan en la misma solicitud de la declaratoria), pero que no es sitio prioritario ni área protegida aún, siempre que sea susceptible de ser afectado por el proyecto o actividad sometida a evaluación.

6. Los aportes del nuevo derecho “climático” en la valoración y protección de los humedales. El triunfo de las soluciones basadas en la naturaleza.

En este escenario legal y judicial favorable a valorar los distintos servicios ecosistémicos prestados por los humedales, naturales y artificiales, el nuevo derecho climático chileno está también apostando a la protección y restauración de los humedales, para que ellos asuman un rol y lugar importante en la lucha contra el cambio climático. Y lo más novedoso es que lo hace no sólo en materia de adaptación, sino también para la mitigación de gases de efecto invernadero.

En efecto, y tal como lo destacaron varias mesas de científicos chilenos organizados por el Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, para realizar recomendaciones al Gobierno sobre los compromisos que debía asumir al entregar una nueva contribución nacionalmente determinada (NDC), los humedales (y varios otros ecosistemas) no sólo pueden contribuir a adaptarnos a nuestras peores vulnerabilidades (por ejemplo, amortiguar las aguas ante un aumento en el nivel del mar etc.), sino además mitigar, cuando tengan capacidad de capturar carbono.³⁹ Una razón más por la cual deben ser protegidos y/o restaurados, para que puedan, respectivamente, prestar o recuperar la capacidad para brindar estos servicios.

Y así fue como, en la NDC del año 2020, entregada oficialmente con ocasión de la COP 25, Chile acertadamente incluye dentro de sus compromisos internacionales, a las soluciones basadas en la naturaleza (SBN), como

³⁹ En efecto, se destacó que hasta ahora estas medidas no habían sido incluidas en las anteriores Estrategias y se propuso con detalle, por ejemplo, en la Mesa Agua, Biodiversidad y Océanos, donde participé. Ver en Por todos, Rojas, Maisa, *Evidencia científica y cambio climático en Chile: Resumen para tomadores de decisiones*, (Comité Científico COP25, Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación), 2019 y en detalle en Por todos, Stehr, Alejandra, *Recursos hídricos en Chile: impactos y adaptación al cambio climático*, (Comité Científico COP25, Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación), 2019.

un “criterio” que deberán “favorecer” en el futuro todos los instrumentos y medidas climáticas; aunque paralelamente el Plan Nacional de Humedales, aprobado el 13 de octubre del 2020, sólo incluyó 40 humedales priorizados a protegerse entre 2018-2022, a través de distintas figuras según se trate de ecosistemas públicos o privados.

Por otra parte, Grau demuestra que a pesar de la importancia que estos ecosistemas tienen para contener inundaciones, en las políticas, programas y planes asociados al riesgo y combate a desastres naturales, no existen compromisos o alusiones importantes a los humedales.⁴⁰

En fin, esperemos que la señal en la NDC presentada el año 2020, se robustezca en la futura ley marco de cambio climático, que se tramita vertiginosamente en el Congreso Nacional. Hasta ahora, fruto del debate, ellas fueron definidas⁴¹ y, además, se exige que la Contribución Determinada a Nivel Nacional contenga un componente de integración que considere aspectos de mitigación y adaptación de manera conjunta, promoviendo la generación de sinergias, tales como soluciones basadas en la naturaleza.

Conclusiones

Después de varios años de haber gestado la idea desde el sur de Chile, se aprobó el año 2020 la Ley N° 21.202, sobre Protección de Humedales Urbanos. Se trata de una iniciativa que, por fin, valora una parte importante de la riqueza natural de Chile, que ha sido objeto por décadas de acciones dañinas (relleno, drenaje, etc.), víctima de la omisión negligente de las autoridades para dictar normas protectoras, planificar adecuadamente el territorio y fiscalizar aquello que los afecta.

La puerta de entrada para la adecuada valoración de los humedales (de pantanos infecciosos a ecosistemas valiosos dignos de protección), fue investigar, comunicar y sensibilizar, para y desde los territorios, los variados e importantes servicios o funciones que cumplen en este planeta, para nuestro bienestar.

En este proceso, hubo omisiones y desinterés por mucho tiempo; pero

40 Grau, Alonso, *La Protección y Restauración de los Humedales Costeros en Chile frente a las Inundaciones*, Tesis pregrado Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2018, dirigida por Delgado, Verónica.

41 “Soluciones basadas en la naturaleza: acciones para proteger, gestionar de manera sostenible y restaurar ecosistemas naturales o modificados, que abordan desafíos de la sociedad como el cambio climático, la seguridad alimentaria e hídrica o el riesgo de desastres, de manera eficaz y adaptativa, al mismo tiempo que proporcionan beneficios para el desarrollo sustentable de la biodiversidad”, en la sesión de la Comisión de Medio Ambiente del Senado de fecha 11-01-2021. Dacc.udec.cl, Ficha N°7 Seguimiento Legislativo Proyecto de Ley que fija Ley Marco de Cambio Climático, marzo de 2020.

también se advierte un lento proceso, para lograr el doble propósito de protegerlos e integrarlos como parte de las soluciones a los problemas que nos aquejan. Fue relevante en este proceso la concepción de “sitios prioritarios”, su regulación en el Reglamento del Ministerio de Agricultura y la Contraloría general de la República. También la reforma del año 2010 a la ley ambiental y el reglamento del SEIA.

La jurisprudencia también ha jugado un rol esencial en esta nueva mirada, en la que ya no son basurales, ni terrenos a desecar, rellenar o construir, sino ecosistemas valiosos dignos de tutela, especialmente vía recurso de protección por el art. 19 N° 8, incluyendo incluso hipótesis distintas a la contaminación.

Ahora que la Ley de protección de los Humedales Urbanos logró aprobarse y entrar en vigencia en un corto tiempo, nuestros esfuerzos deben concentrarse en implementar y cumplir esta ley, de manera seria y con urgencia. Les debemos “protección” ahora y de manera integral, incluyendo acciones para prevenir daños, controlar cómo están funcionando y, en los casos de afectación, restaurarlos. Para ello necesitamos, por cierto, autoridades comprometidas a la hora de otorgar permisos ambientales y sectoriales; y fiscalizadores atentos y coordinados. Y esperemos que los conflictos que esta ley suscite sean resueltos en base a sus máximas, interpretadas en base al principio *pro natura*, esto es, en favor de la naturaleza. Porque habrá conflictos, especialmente de los propietarios de los terrenos contra la declaratoria; o de la comunidad, contra las autoridades por la inacción (por ejemplo, no solicitar la declaratoria o no postergar los permisos de edificación etc.) o cuando el MMA no declare el humedal como urbano o bien, lo haga de manera incompleta etc.

Termino estas líneas destacando que la ley y su reglamento están plagados de aciertos que debemos saber aprovechar. El mejor, valorar a los HU per se. Pues bien, espero que esta nueva mirada, más ecológica, marque un punto de inflexión e inspire una relectura de los estatutos existentes (especialmente del SEIA, la regulación sectorial de aguas y suelo y, por qué no, de la concepción tradicional de la propiedad) y, por cierto, de las nuevas normas que necesitamos para turberas, glaciares, bosques de algas, fondos marinos, etc.

Y en este nuevo proceso, qué mejor que la nueva Constitución sea la que dé el siguiente esencial paso.

CONSIDERACIONES SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

ANÁLISIS CRÍTICO DEL FALLO DE LA CORTE SUPREMA EN CONTRA DEL PROYECTO DE CONTINUIDAD OPERACIONAL COMPAÑÍA MINERA CERRO COLORADO

Arturo Brandt Rivas¹

Félix Vergara Sommerhoff²

Resumen

El siguiente comentario jurisprudencial, analiza críticamente la incorporación de la posibilidad de revisar judicialmente Resoluciones Exentas y de Calificación Ambiental, ordenando ajustar estas, fundamentalmente debido al impacto del cambio climático durante la vida útil de un proyecto. El análisis de las sentencias evalúa, por una parte, la legalidad de dicha incorporación, como también su incidencia, presente y futura en nuestro Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Sentencias:

- Segundo Tribunal Ambiental. 8 febrero 2019, rol n° 1-141-2017 (acumulada con 1-142-2017), conociendo solicitud de invalidación de la Resolución de Calificación Ambiental que aprobó el proyecto “Continuidad Operacional Cerro Colorado”.
- Corte Suprema. 13 enero 2021, rol n° 8573-2019, conociendo recursos de casación en el fondo y en la forma en contra de la sentencia mencionada en el párrafo anterior.

Introducción y exposición sumaria de las sentencias.

El cambio climático, definido en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático como “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición

¹ Abogado, Universidad Diego Portales, Environmental Law LLM, Vermont Law School . abrandt@vial-serrano.cl

² Abogado, Universidad de Chile. felix.vergara@ug.uchile.cl

de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables”³, constituye, sin lugar a dudas, una de las mayores preocupaciones y desafíos medioambientales desde hace ya varios años. Sus efectos son globales, por lo tanto, las soluciones deben ser conjuntas, respetando el principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas.

Chile contribuye un 0,26% de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), y no puede estar al margen de la solución. Nuestro país no está ajeno a este fenómeno, sino que por el contrario es un país altamente vulnerable a esta crisis climática, cumpliendo siete de los nueve criterios de vulnerabilidad, de entre los que destacan: áreas costeras de baja altura; zonas áridas y semiáridas; zonas de bosques; territorio susceptible de desastres naturales, etc. No obstante lo anterior, solo recién el 8 de febrero del año 2019 nuestra jurisprudencia recoge, por primera vez de manera expresa, esta problemática, con consecuencias significativas en la manera de resolver un litigio, y que a su vez también pueden y deben influenciar la evaluación de los impactos ambientales de los proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Lo anterior tomando en cuenta que el cambio climático constituye una variable que impacta transversalmente a nuestros ecosistemas. En consecuencia, el SEIA, no puede ignorar este fenómeno, y debe necesariamente recogerlo como un elemento de análisis de los proyectos sometidos a su consideración.

En el ámbito internacional, se observa una marcada tendencia a lo que se ha denominado litigación climática, que puede ser entendida como casos que han sido llevados a instancias administrativas o judiciales que presentan cuestiones de hecho y de derecho relacionadas al cambio climático, ya sea a aspectos científicos y/o vinculados a esfuerzos de mitigación o adaptación. Según data de Sabine Center for Climate Change Law, hoy en día existen casi 2.100 casos relacionados al cambio climático a nivel mundial.

De modo general podemos indicar que algunos de los elementos comunes en la litigación climática son: los derechos humanos, la aplicación efectiva de las leyes climáticas, el mantenimiento de los combustibles fósiles en su estado natural, responsabilidades corporativas por daños, fallas en la adaptación, una mayor transparencia en publicación de la información acerca de los riesgos climáticos, el fin del “maquillaje verde” y la transición energética.

3 NACIONES UNIDAS, Convención Marco sobre Cambio Climático, 1992. p.3.

La litigación climática está aumentando, el número de teorías que lo sostienen, está expandiéndose y está quedando cada vez más claro que los casos de litigación climática pueden contribuir efectivamente a la acción de los gobiernos y sector privado a alcanzar metas de mitigación y adaptación más ambiciosas.

En nuestro país, previo al que analizaremos, solo existen dos casos de litigación climática. Tanto en los casos Central Hidroeléctrica Cuervo⁴ como en el Proyecto Minero Desarrollo Mantoverde⁵ los sentenciadores señalaron que no existe un mandato legal en orden a considerar el cambio climático como una variable dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

El 17 de julio de 2013, la Compañía Minera Cerro Colorado (CMCC) ingresó un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) al SEIA denominado “Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado”, a fin de continuar la operación del Proyecto Minera Cerro Colorado hasta el año 2023. El proyecto contemplaba, entre otros, la modificación del trazado del acueducto Lagunillas CMCC.

El 28 de octubre de 2013, don Luis Jara Alarcón formuló observaciones al EIA, solicitando su rechazo fundado en el empeoramiento de la condición ambiental de la Laguna Huntija y del bofedal Lagunillas, debido a las actividades históricas de la Minera en el lugar y a los tiempos de recuperación de los acuíferos.

Posteriormente, con fecha 28 de octubre de 2013, la Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca (AIASIQ) formuló una observación al EIA fundado en la denuncia, de entre otros la afectación de su agua y medio ambiente.

El proyecto fue calificado favorablemente por la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá, el 1 de octubre de 2015.

El 25 de noviembre de 2015, Luis Jara Alarcon, interpone recurso de reclamación en contra de la Resolución que calificó favorablemente el proyecto ante el Comité de Ministros, el cual, con fecha 25 de Julio de 2016, desecha el recurso, decisión formalizada el 15 de Noviembre de 2016, mediante Resolución Exenta 1317/2016.

El caso que nos ocupa corresponde a la reclamación interpuesta ante el Segundo Tribunal Ambiental por Luis Jara Alarcón, en contra de esta última Resolución Exenta. A esta acción judicial, se sumaría, con posterioridad otra

4 Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° 42-2016, 4 de enero de 2018.

5 Primer Tribunal Ambiental, Rol N° 23-2019, 25 de noviembre de 2019.

reclamación, interpuesta por AIASIQ. El expediente al que dio origen esta última acción (r-142-2017), se acumuló al de la primera.

La primera de las reclamaciones (Luis Jara Alarcón) solicitó “1. Dejar sin efecto la calificación ambiental favorable del referido proyecto. 2. En subsidio, enmendarla conforme a derecho, de acuerdo a los que SSI considere pertinente. 3. Condenar en costas al reclamado.”

El demandante, fundó sus reclamaciones en la afectación de recursos hídricos subterráneos del sector Lagunillas, debido a las actividades extractivas históricas de CMCC, lo anterior, producto específicamente del empeoramiento en las condiciones ambientales de la Laguna Huntija y del bofedal Lagunillas, y que no habrían sido adecuadamente consideradas en el EIA que culminó con la dictación de la respectiva Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

Dentro de los efectos se consideró que los planes de manejo y acción de la Comisión de Evaluación Ambiental de Tarapacá, no habrían previsto reparar en tiempo razonables los descensos del nivel y los tiempos de recuperación del acuífero, destacando que dicho pronunciamiento no consideraba las consecuencias producto del aumento de 23 años adicionales en las operaciones y de los efectos que se generarían al haber sido aprobada la continuidad del proyecto mediante la RCA. Indica además el reclamante, que la RCA violaría el principio precautorio relativo a una hipotética desconexión entre el acuífero de Lagunillas y otros acuíferos vecinos, tesis sostenida por el Reclamado, al aprobar un proyecto con incertidumbre o falta de datos que persistentemente se alegaron y descreyeron.

La segunda reclamación, con el mismo objetivo, se basaba principalmente en una supuesta ilegalidad en el proceso de consulta indígena, parte del ya mencionado estudio, fundada en la no consideración de la ocupación de sus territorios ancestrales y afectaciones en la calidad de su agua y medio ambiente.

La defensa de la minera Cerro Colorado, asegura que ambos argumentos deben ser descartados debido a que el proyecto habría presentado antecedentes técnicos robustos con la finalidad de estudiar la desvinculación entre los acuíferos de Pampa Lagunillas, Lirima y Collacagua; y, adicionalmente se estableció el “Plan de Alerta Temprana” correspondiente a un programa de seguimiento que se implementaría en la cuenca del Salar de Lagunillas, para el resguardo de los acuíferos de Lirima y Collacagua, debido a la extracción de aguas desde Lagunillas. En relación al aumento del tiempo necesario para la recuperación de los niveles de agua en la Pampa Lagunillas, la reclamada explicó que el proyecto implicaba continuar con la actual operación por siete años, lo que requiere

aumentar la extracción de aguas por el mismo periodo y que en la resolución impugnada por el Comité de Ministros se tuvo en consideración los antecedentes aportados por CMC, medidas que contemplaban; i) la reubicación de uno de los pozos de extracción, lo que lograría disminuir el tiempo de recuperación en seis años, ii) la restricción del caudal de extracción de aguas subterráneas, y iii) la renuncia voluntaria a ciertos derechos de aprovechamiento de aguas en el Salar Lagunillas, cuando la RCA se encontrase firme.

Importante es destacar que la reclamada reconoció en que efectivamente existiría un aumento de tiempo para la recuperación de los niveles de agua en la Pampa Lagunillas.

El Segundo Tribunal Ambiental desarrolla su sentencia analizando la situación de afectación constatada en la zona del acuífero de Pampa Lagunillas y la necesidad de lograr la recuperación de los niveles freáticos del acuífero, y que a su vez permitiesen los afloramientos naturales de aguas que irrigan el sistema vegetacional azonal y superficial de dicho ecosistema, constituyen elementos esenciales en una adecuada evaluación ambiental de cualquier modificación de proyecto que implicara algún grado de afectación de los recursos naturales de dicha zona en recuperación.

Del mismo modo la recuperación del acuífero en las condiciones y plazos evaluados y aprobados de manera de asegurar la auto sustentación del bofedal y que resulta un aspecto indispensable tanto para el proponente como para la autoridad ambiental, que debe ser cautelado. Para lo anterior es necesario ponderar si hubo o no una debida consideración de las observaciones de personas naturales y/o jurídicas planteadas en los procedimientos de participación ciudadana dentro de la evaluación ambiental, punto clave, pues la no debida consideración es lo que otorga competencia a este órgano para conocer de la acción intentada. El efecto de las medidas, indica el fallo del Segundo Tribunal Ambiental, no aparece evaluado o fundado en modelos predictivos que permitan precisar la cuantía de dicha reducción.

Al respecto, en primer lugar, el tribunal establece que no se referirá a las alegaciones sobre daño ambiental, por tener ellas un procedimiento legal diverso al de autos. No obstante, si se tomarán en cuenta los argumentos referidos a impacto ambiental, materia diversa y compatible con este juicio⁶.

En segundo lugar, en relación a este último punto y entrando de lleno en lo que hemos anunciado, el Tribunal da por establecido que, en cuanto a la

6 Segundo Tribunal Ambiental. Rol n° R-141-2017.08-02-2019, considerando decimocuarto.

observación ciudadana referida al impacto ambiental consistente en la problemática recuperación de los niveles de agua del acuífero Pampa Lagunillas, planteada por don Luis Jara, esta “no ha sido abordada de manera completa, precisa y suficiente durante el proceso de evaluación ambiental”⁷.

Esta conclusión se elabora a partir de consideraciones técnicas, analizadas a la luz de conceptos y principios claves del Derecho Ambiental. Para los sentenciadores, tras un análisis pormenorizado de las medidas de mitigación y condiciones impuestas para hacerse cargo de dicha observación ciudadana⁸, y teniendo presentes los principios *preventivo* y *el que contamina paga*, además de los conceptos de *desarrollo sustentable*, *protección del medio ambiente*, *conservación del patrimonio ambiental* y *preservación de la naturaleza*⁹, necesariamente debe concluirse que no hubo una debida consideración de esta observación, la cual fue calificada como incompleta, imprecisa e insuficiente durante el proceso de evaluación ambiental, por lo que la acción intentada por don Luis Jara fue en este punto acogida. El Tribunal, en consecuencia, no compartió la conclusión del Comité de Ministros que validó las medidas y condiciones propuestas por CMCC en el sentido de que estas fuesen apropiadas para hacerse cargo del impacto ya descrito.

Establecido dicho punto, el tribunal analiza la acción intentada por el segundo actor, la Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca, descartando su procedencia en el procedimiento que se lleva a cabo, por lo que no será en definitiva objeto de pronunciamiento¹⁰.

El tercer ítem en la parte considerativa de la sentencia, constituye lo realmente revolucionario e innovador de esta. Buscando argumentar por qué determinaron que no existió una debida consideración en el procedimiento de evaluación ambiental hacia los planteamientos del primer actor, desarrolla bajo el título “De las consideraciones sobre cambio climático”, una argumentación que comienza describiendo la vulnerabilidad de nuestro país, y específicamente del sector en que se sitúa el proyecto, frente a los efectos del cambio climático. En dicho sentido, cita informes científicos que plantean afectaciones en las recargas de los acuíferos, alteraciones en las precipitaciones y temperaturas, incluyendo, predicciones específicas para el altiplano chileno: un aumento de

7 Nota n°4, considerando quincuagésimo segundo.

8 Nota n°4, considerandos cuadragésimo a cuadragésimo octavo.

9 Nota n°4, considerando quincuagésimo. Destacado es propio.

10 Nota n°4, considerandos quincuagésimo sexto a septuagésimo quinto. No analizaremos profundamente el razonamiento al respecto para centrarnos en Cambio Climático.

entre 0,5 a 1,5°C en las temperaturas medias y una disminución de un 5 a 15% de las precipitaciones anuales al año 2040II. Estas problemáticas, determinan de manera concreta la necesidad de poner énfasis en el manejo prudente de las aguas subterráneas como parte de la adaptación a este fenómeno global¹².

Luego de esa exposición científica, el tribunal establece que tras el análisis del expediente de evaluación ambiental y las autorizaciones impugnadas, se llega a la conclusión de que estas “no consideraron la influencia del cambio climático sobre la recarga de acuífero y por ende sobre los tiempos de recuperación esperados. Esta situación deberá ser enmendada al momento de dar cumplimiento a la presente sentencia”¹³. Sin lugar a dudas, los informes científicos citados incorporaban datos concluyentes que no podían ser ignorados en la evaluación de un proyecto. En razón de esto, ordena a la autoridad ambiental, en el cumplimiento de esta sentencia, realizar una nueva evaluación, en la cual “deberá evaluar el efecto sobre el ecosistema Lagunillas de la extracción de agua subterránea para la actividad minera de CMCC, considerando los escenarios de cambio climático utilizados por los expertos en la materia”¹⁴.

El cuarto apartado del fallo fundamenta la necesidad y posibilidad de anular de manera parcial una RCA. En esta línea, ya en la parte resolutive, el sentenciador acoge parcialmente la acción del primer reclamante, resolviendo la nulidad parcial de la Resolución Exenta y de la RCA.

Esta nulidad es parcial, que se circunscribe a las medidas y condiciones que se establecieron como la consideración a la observación planteada por el actor, referida a hacerse cargo del impacto ambiental del proyecto en el ecosistema Lagunillas, ordenando, en definitiva, contemplar “los escenarios de cambio climático conforme se ha razonado en la parte considerativa de este fallo”¹⁵ en la complementación que deberá hacerse a la parcialmente nula resolución.

En contra de la sentencia se interpusieron recursos de casación en la forma y en el fondo, que fueron resueltos por nuestra Excelentísima Corte Suprema

11 Los informes citados corresponden a: Green, Timothy R., et al. *Beneath the surface of global change: Impacts of climate change on groundwater*, Journal of Hydrology, 2011, vol. 405, N° 3-4, p. 532-560 y Rojas, Maisa, *Escenarios climáticos y la vulnerabilidad de Chile*, 2016.

12 Nota n°4, considerandos septuagésimo noveno y Octogésimo.

13 Nota n°4, considerando octogésimo primero.

14 Nota n°4, considerando octogésimo segundo. Destacado es propio.

15 Nota n°4, punto 4 de la parte resolutive.

en la sentencia Rol n° 8573-2019 del 13 enero 2021. A pesar de la diversidad de motivos de impugnación esgrimidos por los litigantes, centraremos nuestro análisis solo en aquellos que guardan relación con el cambio climático.

En primer lugar, tanto el SEIA como la CMCC fundamentaron sus recursos de casación en la forma aduciendo que, al ordenar considerar el cambio climático en la reevaluación de las medidas necesarias para aprobar el proyecto, el Tribunal había fallado *extra petita* porque ninguna de las partes realizó alegaciones o defensas sobre aquello en específico, así como el hecho de que el SEIA no exige las consideraciones sobre el cambio climático.

La Corte Suprema desestimó dicho argumento, señalando que a pesar de ser cierto que tal escenario no fue traído al pleito por las partes, los sentenciadores lo introducen únicamente buscando “hacer presente la importancia de evaluar la totalidad de los factores que pudieran tener incidencia en el presente proyecto, a la luz del principio precautorio que, por lo demás, cruza toda nuestra legislación ambiental.”¹⁶.

El entendimiento que la Corte tiene de aquel principio, exige a los sentenciadores en este caso particular “la consideración de todas y cada una de las variables que pudieran tener efecto futuro sobre el nivel de las aguas, esto es, la proyección de las precipitaciones, temperaturas, sequías, efectos sinérgicos y otros factores que incida en las condiciones hídricas a largo plazo.”¹⁷ Por lo demás, esto encuentra justificación en el artículo 2° letra g) de la Ley N°19.300, el que exige a toda evaluación ambiental el propender al desarrollo sustentable, a través de la adopción de “medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras”.¹⁸

En segundo lugar, el mismo SEIA fundamenta su recurso de casación en el fondo señalando que el artículo 12 de la ley n°19.300 regula el contenido mínimo del Estudio de Impacto Ambiental sin exigir información alguna referida al cambio climático, por lo que, al ordenar considerarlo en la futura resolución, el tribunal habría infringido derechamente tanto dicho precepto como el artículo 30 de la misma ley, al determinar el contenido discrecional de tal acto administrativo.

La Corte Suprema desechó este razonamiento, señalando que comparte

¹⁶ Corte Suprema, rol n° 8573-2019, Sentencia de casación del 13-01-2021, considerando vigésimo cuarto.

¹⁷ Nota n°14, considerando vigésimo quinto.

¹⁸ Nota n°14, considerando vigésimo cuarto.

el criterio del Segundo Tribunal Ambiental, en el sentido de que un “examen adecuado y cabal de los impactos ambientales asociados al proyecto, demanda hacerse cargo debidamente de todos los aspectos que pudieran incidir en la adecuada recuperación del estado original del acuífero”¹⁹, y entre dichos aspectos, es fundamental considerar la influencia del cambio climático. Esto no importa una trasgresión del mencionado artículo 30, pues no definen el contenido discrecional, sino únicamente “explicitan, dentro del marco de su competencia, ciertas consideraciones mínimas que deberán tenerse a la vista y cuya ausencia no puede ser tolerada, por cuanto ello implicaría desatender los principios básicos de nuestra legislación ambiental, especialmente su carácter preventivo y precautorio.”²⁰

A continuación, el fallo analiza el recurso de casación en el fondo interpuesto por la AIASIQ, que en definitiva es acogido, pero no ahondaremos en las razones, por ser éstas ajenas a nuestro objeto de estudio. Cabe destacar además que el fallo de reemplazo explícitamente reproduce el apartado “De las consideraciones sobre cambio climático”, por lo que todo el razonamiento del Segundo Tribunal Ambiental ahí contenido permanece en la vida jurídica.

Dentro del fallo, se encuentra el voto disidente del Ministro Muñoz, el cual, refuerza la idea de la consideración al cambio climático que debe atenderse en el SEIA, indicando el Ministro Muñoz, que la competencia del SEIA en tanto conoce y evalúa proyectos, es amplia, lo que se traduce en gozar de facultades que le obligan a identificar todos los efectos perniciosos que para el medio ambiente puedan derivarse de una actividad determinada a su consideración. De esta forma se puede concluir, que esta actividad, llevada a cabo por el SEIA, no queda limitada por los impactos declarados por el titular del proyecto, sino que debe tener un rol activo, e ir más allá y tener la iniciativa de deber de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Fundamenta su decisión el Ministro Muñoz, en que el cambio climático es una realidad en nuestro país y que así lo han recogido distintos instrumentos como el Acuerdo de París, el Plan Nacional de Cambio Climático y el informe “Consideración de Variables de Cambio Climático en la Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos Asociados al SEIA”, del cual ni los sentenciadores, ni las autoridades administrativas deben apartarse.

19 Nota n°14, considerando cuadragésimo quinto.

20 Nota n°14, considerando cuadragésimo quinto.

Concluye Muñoz que el cambio climático constituye una variable que necesariamente debe ser incorporada en el análisis de los impactos medioambientales de todo proyecto que se someta al SEIA.

Análisis crítico de la sentencia

Como se indicó más arriba, lo revolucionario de estas sentencias es la incorporación expresa de consideraciones en torno al cambio climático, que no fueron tomadas en cuenta por el sistema de evaluación ambiental, ni por el Comité de Ministros que hizo suya la RCA, como argumentos principales para la anulación de las resoluciones reclamadas. Esto es una innovación revolucionaria en nuestra jurisprudencia, la cual celebramos y compartimos, debido a la magnitud de la crisis climática que enfrentamos hace ya algunas décadas.

Respecto a este elemento, podemos encontrar argumentos a favor y en contra. Algunas de las críticas que pueden hacerse a esta incorporación, se encuentran en los escritos de casación. A continuación, intentaremos desarrollar estas, para, a partir de ellas, vislumbrar si existen contraargumentos que justifiquen el actuar de los sentenciadores.

De manera general, puede sostenerse que el introducir la variable climática y sus efectos en el futuro, como consecuencia del desarrollo de un proyecto como un elemento que necesariamente debe ser considerado en el análisis de los impactos del mismo, por el SEIA en la evaluación de todo proyecto, en la forma en que lo han hecho-propuesto los sentenciadores, tendría la dificultad de que la ciencia climática no cuenta todavía con los instrumentos y herramientas para predecir con exactitud sus efectos, lo que atentaría directamente en contra de una acertada evaluación de los riesgos de un proyecto y el principio de la seguridad jurídica. Sin embargo, especialmente en el ámbito del Derecho Ambiental, esto último no es realmente un obstáculo, ya que, de acuerdo con el principio precautorio, se respalda la adopción de medidas protectoras ante las sospechas fundadas de que ciertas acciones crean un riesgo grave para la salud pública o el medio ambiente, aun cuando no se cuente todavía con una prueba científica definitiva. A mayor abundamiento, y en concordancia con lo anterior, se podrían establecer diferentes escenarios, los cuales podrían ir evaluándose en la medida que el proyecto se desarrolle y tengamos mayores certezas sobre los efectos significativos del proyecto sobre el cambio climático en el área de influencia de este.

En la línea de lo anterior, aterrizando y dotando de sustento dicha crítica,

se podría sostener que el fallo presentaría problemas de legalidad, bajo la hipótesis de que en nuestra legislación no habría una norma legal que expresamente ordene tener en consideración este fenómeno para fallar casos como el comentado, ni tampoco previamente, durante el procedimiento de evaluación ambiental mismo. Esto último es algo que ya ha sido advertido y criticado por expertos en la materia²¹. Efectivamente el cambio climático no se encuentra reconocido explícitamente en nuestra legislación doméstica en ninguno de tales sentidos. Solo la ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente hace referencia expresa al cambio climático, en su artículo 2 letra a ter) para definirlo y en su artículo 70 letra h) al señalar que una de las funciones que corresponde al Ministerio del Medio Ambiente es precisamente la formulación de planes y políticas de acción respecto a esta problemática²².

Sin lugar a duda, consideramos que la ausencia en nuestra legislación doméstica del fenómeno del cambio climático, de manera explícita, como un criterio preventivo en el sistema de evaluación y como criterio resolutivo para la judicatura ambiental, debiese ser subsanada, y esperamos que así se haga, mediante la nueva ley de cambio climático que se encuentra en tramitación y que sí considera la evaluación de los efectos del cambio climático dentro del SEIA.

No obstante lo anterior, a nuestro parecer el fallo no puede catalogarse de *contra legem*, porque ello implicaría desconocer que fuera de nuestra legislación doméstica, existe un sistema de tratados ratificados por Chile, que tienen fuerza obligatoria conforme al artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República²³. En esta línea, no podemos pasar por alto el artículo 4, numeral 1, letra f) de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático²⁴, que establece como compromiso para las partes del trata-

21 En este sentido Pilar Moraga, profesora del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile, ha manifestado su preocupación, declarando que nuestro sistema de evaluación de impacto ambiental “no contempla para nada la consideración del fenómeno en la evaluación de los proyectos de inversión”. Entrevista en: <https://radio.uchile.cl>, Los puntos clave para la ley de cambio climático que Chile necesita, 24 de abril 2019.

22 En nuestra opinión, la problemática que se analiza en este comentario deja en evidencia al menos una deficiencia en el cumplimiento de esta misión por parte del Ministerio de Medio Ambiente.

23 Para un análisis acabado del estatus de los tratados internacionales y su obligatoriedad en nuestra legislación, véase www.redalyc.org, Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno, 23 de abril de 2019.

24 El tenor literal de la norma citada reza: “Tener en cuenta, en la medida de lo posible, las consideraciones relativas al cambio climático en sus políticas y medidas sociales, económicas y ambientales pertinentes y emplear métodos apropiados, por ejemplo evaluaciones del impacto, formulados y determinados a nivel nacional, con miras a reducir al mínimo los efectos adversos en la economía, la salud pública y la calidad del medio ambiente, de los proyectos o medidas emprendidos por las Partes para

do el deber de tener en cuenta, en la medida de lo posible, las consideraciones relativas al cambio climático en las evaluaciones de impacto ambiental²⁵.

Hay en esta norma, una consagración expresa y que no deja lugar a dudas, de dichas consideraciones como criterio precautorio, la cual no puede ser ignorada por la judicatura al momento de determinar si un procedimiento de evaluación ambiental puede o no ser calificado como conforme a la ley. Tal manera de proceder no es más que una aplicación de esta regla obligatoria contenida en dicho tratado y a la vez una aplicación del principio precautorio o, con mayor precisión, como señala Jorge Bermúdez Soto, una manifestación del *principio de prevención* debido a la certeza científica del cambio climático²⁶.

En razón de lo expuesto, es que sostenemos que el recurso de casación en el fondo por infracción de ley que influye en lo dispositivo de este fallo fue correctamente rechazado por la Excelentísima Corte Suprema, puesto que la doctrina y jurisprudencia parecieren estar contestes en que dentro del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, la acepción “ley” debe entenderse en un sentido amplio, incluyéndose entonces los tratados internacionales²⁷.

Otra estrategia procesal utilizada en el caso en comento para impugnar la sentencia, esta vez mediante un recurso de casación en la forma, fue alegar que, al establecerse consideraciones en torno al cambio climático, el tribunal falló *extra petita*, pues los actores no introdujeron dichos fundamentos en sus presentaciones. En nuestra opinión, dicho argumento fue también correctamente descartado, porque confunde lo que es la causa de pedir, que, junto al objeto pedido, conforman los límites de lo que el tribunal debe resolver, con lo que corresponde a las consideraciones, argumentos o fundamentos del fallo que sirven para llegar a tal resolución. La *extra petita* se circunscribe y manifiesta en la parte dispositiva o resolutive de la sentencia, en este sentido se ha resuelto que: “(...) la irregularidad se debe hacer presente en su parte decisoria, independientemente de que, en la fundamentación de la misma, se puedan tocar puntos o formular argumentaciones diversas de las efectuadas

mitigar el cambio climático o adaptarse a él;”

25 Para una aproximación más profunda al sistema de tratados en torno al cambio climático, consúltese: Motles, Ilan y Porte, Ignacio. *El Cambio Climático y su Regulación en el Derecho Internacional*. Memoria de grado (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Prof. guía: Dra. Ana María Moure Pino (Santiago: Universidad de Chile, 2016).

26 Bermúdez, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2014, p. 47.

27 Mosquera, Mario y Maturana, Cristián. *Los Recursos Procesales*. (Editorial Jurídica de Chile), 2010, Pp. 301-304.

por las partes del respectivo proceso (...)”²⁸. Junto a lo anterior compartimos lo indicado en el considerando vigésimo cuarto de que “los sentenciadores buscaron no fue más que hacer presente la importancia de evaluar la totalidad de los factores que pudieran tener incidencia en el presente proyecto, a la luz del principio precautorio, que por lo demás, cruza toda nuestra legislación medioambiental”²⁹.

Reflexiones finales y conclusión

Creemos haber despejado las principales críticas al fallo, en lo relativo a la importante innovación que este presenta. En este sentido, estimamos necesario valorar positivamente lo realizado por el Segundo Tribunal Ambiental y la Excelentísima Corte Suprema.

En nuestra opinión, existe una verdadera ceguera, una fijación en las normas domésticas de parte de la praxis jurídica en nuestro país, la que debe ser superada con prontitud. Quizás es cierto que puede extrañarse en la sentencia una argumentación explícita, mediante normas de derecho internacional (como sí lo hace el ministro Muñoz en su voto disidente), que sostenga la incorporación de las consideraciones en razón de la crisis climática como criterio resolutivo. Por supuesto también, que una incorporación expresa del deber de considerar el cambio climático preventivamente en el proceso de evaluación de impacto ambiental es necesaria, más aún, teniendo en consideración el carácter de *soft law* que alguna doctrina postula respecto del derecho internacional de los tratados³⁰.

En definitiva, estimamos que la osadía del sentenciador en el fallo está legalmente más que justificada, como fue expuesto con anterioridad. Además de esta justificación, debemos tener presente que como se señaló más arriba, Chile es un país especialmente vulnerable a los efectos del cambio climático y que, evaluando nuestro desempeño al respecto, la OCDE y la CEPAL recomiendan expresamente “mayores esfuerzos de integración del cambio climático en las asignaciones presupuestarias, en las evaluaciones de proyectos y en las evaluaciones ambientales estratégicas”³¹.

28 Corte Suprema, rol 3580 de 2002, sentencia 26 de abril de 2004, citada en Mosquera, Mario y Maturana, Cristián, *op. cit.* (n. 18), p. 253.

29 Nota n°26, considerando vigésimo cuarto.

30 Nota n°23, pp. 68-72.

31 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) Y ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). Evaluaciones de desempeño ambiental: Chile 2016, p.41.

Pareciera que al menos en sede jurisdiccional estas recomendaciones han sido escuchadas y he aquí lo relevante del fallo. Esperemos que esta innovación, no obstante el efecto relativo de la sentencias, determine un cambio en nuestro sistema de evaluación de impacto ambiental, para que este efectivamente considere la crisis climática que atravesamos, a la hora de elaborar sus decisiones.

El cambio climático, y el camino hacia una economía descarbonizada, es un desafío global que urge una pronta solución, y respecto de la cual queda cada vez menos tiempo para ponernos de acuerdo en cómo abordarlo en forma efectiva, y respecto de la cual el papel del poder judicial es y deberá ser determinante en nuestra sociedad, como un actor relevante en la Justicia Climática, en la cual los sectores más desposeídos están sufriendo con mayor dureza los efectos del mismo.

Celebramos que los fallos que comentamos, en sus dos instancias, sean parte y liderado los cambios que se hacen necesarios y de alguna forma iluminen el camino al resto del Poder Judicial y a otros poderes del estado.

Es destacable que aún con una legislación incipiente, débil e incompleta en materia de cambio climático, lo anterior no haya sido obstáculo para dirigir su mirada en la dirección que la ciencia nos indica.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CONDENA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL A DOMINIC ONGWEN.

Francisco Cox¹

Resumen

El 4 de febrero de 2021, casi 20 años después de que miles² de personas sufrieran los delitos más deleznable que uno puede sufrir, la Corte Penal Internacional (CPI), desde La Haya a miles de kilómetros de donde se cometieron estos delitos, dictó la primera, y hasta la fecha única, sentencia condenatoria en contra de un comandante del Lord Resistance Army (LRA): Dominic Ongwen.³

En el histórico fallo la Sala de Juicio número 9, presidida por el Juez Bertram Schmitt, e integrada por los jueces Peter Kovács y Raul Pangalangan, determinó que Dominic Ongwen era culpable de 62 crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra perpetrados contra ciudadanos del norte de Uganda, específicamente miembros de las comunidades de Pajule, Lukodi, Odek y Abok. Además se determinó la culpabilidad del Comandante por los delitos de reclutamiento forzoso y uso de niños y niñas como soldados y víctimas de violencia sexual y de género que perpetró a lo largo de todo el norte de Uganda.

Breve Contexto.

Para comprender la importancia del fallo, y también sus complejidades, es necesario contextualizar brevemente qué es el LRA, quién es Dominic Onwen y por qué su condena ha generado cierta polémica.

¹ Abogado de la Universidad Diego Portales, Llm Columbia University, socio fundador de BCP abogados, representante, junto a Joseph Manoba, de 2606 víctimas que participan en el caso contra Dominic Ongwen.

² Se estima que las personas afectadas por los delitos, y por lo tanto que pueden participar de la etapa de reparaciones, son entre 60 y 70 mil.

³ La versión pública del fallo se puede consultar en <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/04-01/15-1762-Red> (23 de junio de 2021)

El LRA es una guerrilla surgida en el norte de Uganda, para derrocar al Presidente de dicho país. Tuvo como antecedente el Holy Spirit Mobile Forces dirigido por Alice Lakwena, dicho movimiento tenía la peculiaridad de tener un fuerte componente religioso, particularmente espiritista. Este elemento fue tomado por Joseph Kony. Kony afirmaba ser poseído por distintos espíritus, quienes, según él, eran los que daban las órdenes de ataques. La vertiente religiosa del LRA tenía elementos cristianos y espiritistas. Kony usaba este componente para amedrentar e intentar controlar a los nuevos reclutas. Como parte de dicha técnica había creado una serie de ritos de iniciación para las y los secuestrados. Dichos ritos también cumplían la función de evitar que las personas secuestradas huyesen. La práctica consistía en untarles en aceite de karité, haciéndoles la señal de la cruz. Les indicaba que si intentaban, escapar ese aceite los delataría y serían encontrados.

Pero los ritos de “iniciación” no se limitaban a unciones con aceite sino que también incluían la realización de actos de suma violencia, como matar a golpes, con troncos de árboles, a sus familiares, u otros secuestrados más viejos u otros niños y niñas que habían intentado arrancar o habían botado alguna carga que les habían entregado para llevar, la que a su vez habían robado de la comunidad o campamento recién atacado.

Como he indicado previamente, el LRA secuestraba niñas, que servían de proveedoras de servicios domésticos, llamadas ting ting, y luego, algunas, eran distribuidas por el jefe de la brigada a otros soldados para que fueran sus esposas. Dominic Ongwen fue condenado tanto por distribuir como por recibir y mantener relaciones sexuales contra la voluntad de las niñas. Los relatos de dichas niñas son de una crudeza difícil de olvidar. Ongwen no tuvo ningún tipo de consideración a la escasa edad que tenían las niñas que le fueron entregadas para forzarlas a mantener relaciones sexuales. Estos delitos cometidos en privado, son uno de los argumentos empleados por la Sala para desestimar una eventual coerción para cometer los delitos por los que en definitiva fue condenado.

Dominic Ongwen llegó a ser parte del alto mando de el LRA. Esta guerrilla fue dirigida, y sigue siéndolo, aunque se dice que está más bien inactiva, por Joseph Kony. Este grupo buscaba derrocar al actual presidente de Uganda, quien lo es desde 1986, Yoweri Museveni. El LRA, además de secuestrar niñas, tenía como estrategia de reclutamiento la de secuestrar niños para ser soldados.

Junto con lo anterior, el LRA atacaba a comunidades a las cuales les robaban lo poco y nada que tenían. A diferencia de otras guerrillas de África, el

LRA no tenía grandes recursos. La guerrilla no tenía acceso a diamantes u otros recursos naturales apetecidos en el extranjero. Por lo tanto, para sustentar sus ataques y lograr su subsistencia, contaban con el apoyo de Sudán y atacaban a las comunidades del norte de Uganda para robarles. Muchas de sus armas también las obtenían robándole o atacando al ejército de Uganda.

Los constantes ataques a la población civil, perpetrados por el LRA, así como los miles de secuestros de niños y niñas, sumado a la percepción del gobierno de Museveni, que el LRA contaba con apoyos de parte de la población Acholi, junto con la creciente inseguridad, que sentía la población del norte de Uganda y con el objeto de evitar que siguiesen engrosando sus filas con más niños soldados; Museveni determinó que las comunidades debían agruparse en campos de desplazados internos (IDP camps).

Mucha gente se opuso a abandonar sus tierras. Los Acholi y Lango, viven en comunidad y cultivan la tierra. Si bien reconocen la propiedad privada, el terreno es ocupado por la familia extendida, y todos explotan la tierra. Viven básicamente de trabajar sus propias tierras y venden lo poco que les sobra en mercados locales muy pequeños. Antes del conflicto tener vacas y cabras era una fuente de sustento importante. Pero la cantidad de animales que algunas familias tenían no eran de gran tamaño. Mas bien cada familia tenía una o dos vacas, cuanto mucho, y lo mismo es válido para las cabras. Trasladarse a un campamento muchas veces significaba dejar sus tierras abandonadas. Hasta el día de hoy uno de los mayores problemas en el norte de Uganda es el de los conflictos sobre la propiedad de las tierras.

Sin perjuicio de la resistencia de la población, Museveni forzó a todas las personas de la región a trasladarse a los IDP camps y quien no lo hacía era considerado un colaborador del LRA y por lo tanto se arriesgaba a ser arrestado o incluso baleado por las fuerzas del ejército: el UPDF.

Estos campamentos de desplazados, en teoría harían más fácil la protección de la población por parte del ejército. Sin embargo, a lo largo de los cientos de testimonios de las personas que declararon en el juicio contra Dominic Ongwen, se dio cuenta de la conducta abusiva de los soldados⁴. Pero no solo eso, también quedó en evidencia a lo largo del juicio que, cuando había ataques, las fuerzas del ejército no eran capaces de contenerlos o defender a la población civil, y muchas veces terminaban huyendo. Todo esto redundó en el deterioro de la vida en comunidad.

4 Pese a los múltiples testimonios hasta la fecha la fiscalía de la CPI ha estimado que no existen bases para iniciar un caso contra las fuerzas del ejército de Uganda.

A lo anterior se debe sumar, las duras condiciones de vida, en términos de condiciones económicas, sanitarias, rituales y religiosas y la unidad familiar. Muchos de estos daños implicaron que el tejido social de las culturas Acholi y Lango se destruyera. Lamentablemente, dichos efectos perduran hasta el día de hoy, como lo declararon muchos de los líderes comunitarios que rindieron testimonio ante la Sala de Juicio.

Durante el período del conflicto, que se extendió por alrededor de 25 años, con intentos de acuerdos de paz en el 1994, el 2006, los que no llegaron a prosperar, uno de estos procesos de paz fue tomado en cuenta por la Sala para desestimar las alegaciones efectuadas por la defensa de Ongwen en cuanto a que no podía escapar del LRA, como lo hicieron miles de ugandeses y ugandesas⁵.

Durante este tiempo los jóvenes escasamente podían ir a las escuelas, muchas tuvieron que cerrar ya que no se podían sostener o los riesgos de secuestros de niños y niñas eran muy grandes. Todas las personas que dieron testimonio en La Haya dieron cuenta del profundo efecto negativo que tuvo el conflicto y la vida en los IDP camps para su desarrollo educativo. Muchos de los niños soldados que retornaron dieron cuenta de la imposibilidad de retomar sus estudios, de lo difícil que era reintegrarse y como sus propios padres los miraban con profunda desconfianza. Igualmente desgarrador, era escuchar los testimonios de mujeres que volvían con hijos o hijas una vez que lograban escapar, las llamadas: “Bush wives”⁶ (esposas del arbusto). La discriminación sufrida tanto por ellas como por sus hijos o hijas concebidas durante el cautiverio era brutal.

Una de las complejidades del caso es que Dominic Ongwen fue, a su vez, secuestrado por el LRA. Ello, cuando tenía 9 años aproximadamente⁷ y pasó toda su vida hasta el periodo por el cual se le acusa ante la CPI, en el LRA. Es por esto qué distintas personas, que no presenciaron toda la evidencia rendida, opinaron con dureza cuando fue condenado por la CPI. ⁸Se cuestionaba que cómo podía ser responsable de los delitos que cometió alguien que a su

5 Ver párrafo 2641 de la sentencia.

6 Cuando se habla de la vida en el LRA se habla que estaban en el Bush que es arbusto en inglés. Es por esto que a las mujeres que tuvieron hijos se les dice Bush wives y a los hijos o hijas nacidos durante el cautiverio se les dice Bush children (niños del arbusto).

7 Ver párrafo 30 de la sentencia.

8 <https://internationallaw.blog/2021/06/22/the-ongwen-judgment-at-the-icc-a-missed-opportunity-for-former-child-soldiers/> (24 de junio de 2021)

vez era víctima de uno de los delitos y había sido un niño soldado.

Este elemento fue utilizado por su defensa; con ello intentó impetrar una defensa del artículo 31 (a) del Estatuto de Roma (el Estatuto). Este artículo consagra una causal de inimputabilidad por estar privado de la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta ya sea por una enfermedad o deficiencia mental. Esta defensa fue desestimada por la Sala de la CPI, pero sí tomó en cuenta dicha circunstancia personal para reducir la pena aplicable al tomar esta consideración como una atenuante.

Aquella circunstancia tuvo impacto en el razonamiento de la Sala, en cuanto al merecimiento de la pena, que en opinión de la mayoría debía ser considerado en cumplimiento de lo prescrito por la Regla 145 1 (a) de las Reglas de Prueba y Procedimiento.

El impacto, en la pena a aplicar, fue de tal magnitud que, no obstante que por unanimidad la Sala consideró que los delitos cometidos por el acusado, perfectamente, podrían ameritar una cadena perpetua, la mayoría estimó que su cautiverio era una atenuante de responsabilidad que se traducía en una reducción a 25 años de pena. En tanto que el juez Pangalangan estimó que “imponer una sentencia conjunta de 30 años no estaría dejando de lado la especificidad de la historia personal de Dominic Ongwen, sino por el contrario, evitaría que la Corte al darle tal peso a las particularidades individuales del condenado hiciera palidecer la gravedad de los delitos por los cuales ha sido condenado Dominic Ongwen.”⁹

Es decir, contrario a lo indicado por algunos comentaristas de las redes sociales, la Sala sí tomó en cuenta el hecho de Ongwen fue secuestrado a muy temprana edad. Pero se dividió para determinar cuánta consideración se le debía dar en los años de la pena aplicable. Para la mayoría de una sentencia de por vida, ella debía ser reducida a 25 años en tanto que para el voto disidente debían ser 30 años. Los representantes de las víctimas pedíamos cadena perpetua y la fiscalía 20 años.

Por último, el tiempo que abarcaba la acusación fue entre el 1 de julio del año 2002 y el 31 de diciembre del 2005. La fiscalía fijó ese período como aquel dentro del cual se cometieron los delitos por los cuales se debía juzgar a Dominic Ongwen. Dichos cargos, y el periodo, fueron confirmadas por la Sala de Pre Juicio número 2.¹⁰ Durante todo este período Dominic Ongwen había

9 Párrafo 17 de la opinión en parte disidente del Juez Pangalangan.

10 La resolución que confirmó los cargos se puede consultar en <https://www.legal-tools.org/doc/74fc6e/pdf> (23 de junio de 2021).

dejado hace tiempo de ser un niño soldado; a esa fecha era un adulto y unos de los jerarcas del LRA.

La sentencia condenatoria.

La sentencia dictada el 4 de febrero de 2021, como se ha indicado previamente, declaró culpable a Dominic Ongwen, en un veredicto de 1077 páginas, de 61 de los 70 cargos que había presentado la fiscalía y confirmado la Segunda Sala de Pre-Juicio.

La defensa intentó diversas defensas, pero, como ya se dijo, las de mayor relevancia fueron las referidas al artículo 31 del Estatuto. Este artículo consagra hipótesis de enfermedad o defecto mental y de fuerza irresistible.

La primera la sustentaba en el hecho que sufría de estrés post traumático, de personalidades múltiples y disociación, junto con ideación suicida. Sin embargo, la defensa no logró acreditar que Dominic Ongwen sufriese de estos desórdenes al momento de la comisión de los delitos. De hecho, los expertos aportados por la fiscalía más bien concluyeron, lo que fue validado por la Sala, que dado el nivel de planeación requerida para los ataques se evidenciaba que el acusado no tenía ninguna de estas “enfermedades” al momento de la comisión de los delitos por los que estaba siendo juzgado.¹¹

La defensa también argumentó que al ser secuestrado a temprana edad no podía distinguir lo correcto o incorrecto de sus acciones, que creía que Joseph Kony tenía poderes sobrenaturales ya que se comunicaba con los espíritus y por eso tendría un control absoluto sobre él.

En cuanto a lo primero, una de las expertas presentadas por la fiscalía convenció a la Sala que Dominic Ongwen sí había desarrollado una estructura moral. Que tenía plena conciencia del daño generado y que su estructura moral se había desarrollado al nivel más alto: al nivel post convencional. Nivel “que se caracteriza por la búsqueda de intereses imparciales para cada uno de los miembros de la comunidad como asimismo el establecimiento de principios morales auto-elegidos.”¹²

El perito de la fiscalía que le dio cierta viabilidad a la posibilidad que los eventos traumáticos que le tocó vivir a Dominic Ongwen, pudiesen tener influencia en su estado mental, fue el profesor Weierstall- Pust. Sin embargo, indicó que no había evidencia que permitiese justificar un diagnóstico de

11 Ver por ejemplo, párrafo 2473 y 2474.

12 Ver párrafo 2481.

desorden mental, como el que reclama la defensa que se verificaba durante el período de la comisión de los delitos. El perito indicó que por el contrario, las características descritas por los peritos de la defensa respecto de Ongwen en cuanto a que era “buen administrador”, “querible” y “trabajador” eran contradictorias con un diagnóstico de un desorden de depresión severa.¹³

Para desestimar los argumentos de la defensa la Sala, no solo sustentó sus determinaciones en la prueba pericial, sino que echó mano a los múltiples testigos. En efecto, hizo una revisión de los múltiples testimonios entregados durante el juicio y concluyó que ninguna de las personas que declararon dieron cuenta de los síntomas que indicaron los expertos que tendrían que haber observado las personas que vivieron con Dominic Ongwen durante el periodo tiempo que cubría la acusación.¹⁴ Más bien la Sala cita múltiples testimonios que más bien muestran que el acusado no solo no presentaba elementos propios de una depresión severa o estrés post traumático del nivel necesario para privarlo de razón, sino que daban cuenta de exactamente lo contrario.

Particularmente ilustrativo resulta la cita que se hace al testigo Joseph Okilan: “Ongwen era un hombre alegre, parlanchín, nunca enojado y siempre estaba bromeando. También era un hombre muy fácil con el cual tratar era juguetón, siempre quería bromear.” O la declaración de un testigo de la defensa: D-0027, “ Dominic era querido por tanta gente. Y como les dije antes, su estilo de vida no cambió. Era querible, todos lo queríamos, los jóvenes, los viejos. Incluso, personalmente, cuando lo vi la última vez, era un comandante de mayor rango. Pero cuando me encontré con él, hablamos y pasamos mucho tiempo juntos, hablamos de tantas cosas. Y lo que yo sé de su vida es que no cambió, su estilo de vida no cambió. Él ama a la gente y la gente lo quería a él también.”¹⁵

Con estos antecedentes para desestimar las conclusiones a las que arriban los peritos de la defensa, la Sala concluye que Dominic Ongwen no sufría de una enfermedad mental o un defecto durante el tiempo de la comisión de los delitos. Por lo que, no se verifican los presupuestos del artículo 31 (1) (a) del Estatuto.

La segunda defensa intentada fue la de fuerza irresistible, contenida en el artículo 31 (1) (d) del Estatuto. El argumento de la defensa era que el acusado

13 Ver párrafo 2493.

14 Ver párrafo 2497 y siguientes donde la Sala se hace cargo de la prueba testimonial y los argumentos de la defensa en cuanto a que no existe ningún testimonio que de cuenta de los rasgos propios de una persona con un desorden mental.

15 Ver párrafo 2513.

estaba bajo el temor permanente de ser asesinado o severamente dañado corporalmente o que se encontraba bajo el control de Joseph Kony por sus poderes sobre naturales.

Las alegaciones de la defensa eran a ratos contradictorias entre sí. Por una parte, decían que Dominic Ongwen no tenía conciencia de la ilicitud de sus acciones producto de su enfermedad mental o defecto mental, y por la otra que había actuado bajo fuerza irresistible o coerción.

El problema de coherencia dentro de la teoría del caso de la defensa era mayor. En tanto que se argumentaba que no tenía conciencia de la ilicitud de sus acciones, sin decirlo explícitamente se daba a entender que al ser tan chico cuando fue secuestrado no entendía que matar era malo, por ejemplo. Pero al mismo tiempo la defensa se encargó de traer testimonios de lo buen comandante que era Dominic Ongwen con su tropa. Es decir, tenía conciencia de lo que era bueno, ya que las acciones que desplegaba respecto de sus subordinados eran aquellas que lo hacían querible. De hecho se dio testimonio que en distintas oportunidades Dominic Ongwen no siguió las ordenes de Kony en cuanto a castigar a sus subordinados.

Pareciera ser que la defensa con esta segunda defensa decía: bueno si no cree que Dominic Ongwen carecía conciencia de la ilicitud por su depresión profunda o estrés post traumático o incapacidad de tener una brújula moral, pero no olvide que Dominic era una buena persona, entonces los delitos los cometió porque estaba sometido a coerción o fuerza irresistible, duress en terminología inglesa.

Haciéndose cargo de esta segunda defensa, la Sala hizo un análisis de los elementos que se deben cumplir, de conformidad con lo prescrito por el citado artículo del Estatuto, para dar por acreditado que concurre la fuerza irresistible que amerite la exclusión de responsabilidad del acusado.

El primer elemento que debía concurrir era que el daño que se intenta evitar debía ser inminente y real, este daño debe ser de muerte o de grave daño a la integridad física. El segundo elemento es que la persona debe actuar razonable y necesariamente para evitar el daño y el tercer elemento es que se intente evitar un daño mayor al que se causa. un temor eventual a la muerte o una lesión.

La Sala estimó que en el caso concreto no se cumplía el primer elemento por lo que no requería efectuar un análisis del resto de los elementos.

Para desestimar esta segunda defensa, la Sala, en primer lugar, recordó que la acusación no se refiere a un solo delito o una conducta criminal que se agotaba en un solo acto u omisión, sino que se le acusaba por una serie

de conductas ejecutadas en un período prolongado de tiempo. A lo que la defensa argumenta que Dominic Ongwen estaba bajo un estado permanente y continuo de fuerza irresistible. Este estado permanente se habría logrado a través de un sistema estricto de disciplina de Joseph Kony con severos castigos a quienes incumplían sus ordenes, un control efectivo de los comandantes sobre sus subordinados y la convicción de que Joseph Kony tenía poderes espiritistas reales y muy efectivos.

La Fiscalía refutó exitosamente dichas alegaciones argumentando que no se había producido prueba respecto de una amenaza inminente de muerte o daño corporal severo en contra Dominic Ongwen para realizar las conductas por las que estaba siendo juzgado.

Para refutar que la culpabilidad de Dominic Ongwen estaba probada más allá de toda duda razonable se hizo cargo de la invocación del artículo 31 por parte de la defensa, para ello analizó si había pruebas que el acusado estaba bajo una amenaza inminente de muerte o daño corporal severo al momento en que ejecutó los delitos por los que estaba siendo juzgado. Para la Sala, dicha consideración era crítica, indica que se debe analizar la situación de Dominic Ongwen en dicho momento y no cuándo recién fue secuestrado.

Sobre el particular, indica que Dominic Ongwen era un comandante o brigadier y por lo tanto el régimen de disciplina que se debe evaluar no es la de las personas más abajo en la cadena de mando, sino que de los comandantes y jerarquías superiores del LRA. De la prueba presentada queda en evidencia, concluye, que estas autoridades, sí podían desobedecer las órdenes de Joseph Kony, sin mayores consecuencias. Precisa que, si bien ocurrió que Joseph Kony ordenó matar a comandantes, como Vincent Otti, ello más bien se debió a que lo estaban desafiando políticamente y no porque no siguieron sus ordenes en cuanto a atacar o no una comunidad.

El juicio dio cuenta que más bien en dichas áreas los comandantes tenían bastante libertad para ejecutar ordenes. Asimismo, se presentó prueba que Dominic Ongwen desobedeció en distintas oportunidades órdenes de Kony, no obstante lo cual, el jefe máximo del LRA lo tenía dentro de los comandantes ejemplares y favoritos, por su labor de ataque a dichos poblados y su efectividad secuestrando gran cantidad de niños y niñas para engrosar sus filas de futuros niños soldados.

La Sala también se abocó a un tema central, levantado también por los representantes de víctimas ya que en múltiples reuniones con víctimas fue planteada por ellas, a saber: la posibilidad de escaparse del LRA.

¿Si era cierto que Dominic Ongwen estaba contra su voluntad en el LRA, por qué no intentó escapar? O puesto en términos de los requisitos del artículo 31 del Estatuto: ¿Era necesario cometer los delitos por los que se le acusaba para evitar su, supuesta, muerte a manos de Joseph Kony o por el contrario existía una alternativa realista menos dañina como escapar?

Si bien es cierto que aquellas personas que intentaban escapar, y eran recapturadas, sufrían castigos inhumanos como azotes, golpizas masivas dejando inconsciente a quienes la sufrían, e incluso muchos muriendo, la sala tomó en cuenta la abundante prueba rendida para indicar que cientos de miles de personas huyeron exitosamente.

Sin embargo, dicho análisis no se hizo solo en términos genéricos respecto de la actitud de otros secuestrados, sino que se analizó la situación particular de Dominic Ongwen. Se determinó que en diversas oportunidades se le manifestó, en contextos bastante seguros, que abandonara el LRA. Uno de dichos contextos fue en las conversaciones para alcanzar la paz, la que no se logró. Incluso, dio testimonio una de las personas que abandonó el LRA. En aquella oportunidad, el testigo dio cuenta que, habló directamente con Dominic Ongwen para que dejara su puesto en el LRA a lo que el acusado se rehusó.

La Sala también dio cuenta que para los altos jefes del LRA era más fácil escapar. Finalmente, sobre el punto de las sanciones a quienes escapaban, se hizo cargo de la alegación que, cuando un comandante escapa, se atacaba a su comunidad de origen como represalia. La Corte concluyó que si bien dicha práctica existió, a la fecha de los hechos ya no era común y el único caso conocido concurrían otras consideraciones que explicaban el ataque a dicha comunidad.

Con el mismo objetivo, esto es ver la existencia o no de una amenaza inminente de muerte o daño corporal severo a Dominic Ongwen, en la sentencia se revisa un elemento que habitualmente es destacado cuando se analiza el LRA: los poderes sobrenaturales de Joseph Kony.

En una revisión de la prueba, respetuosa de las propias creencias de los integrantes del LRA y no imponiendo criterios occidentales acerca de la credibilidad o no de dichos poderes, se concluyó que el proceso que seguían los integrantes del LRA era el siguiente: creer en dichos poderes; en una primera etapa hay que recordar que una de las estrategias del LRA era secuestrar niños muy chicos para que les sirvieran de soldados, de edades entre 9-14 años, e incluso menores. A medida que permanecían más tiempo en el LRA las

personas dejaban de creer que Kony tuviese dichos poderes. De igual forma, varios dejaban de creer que era poseído por espíritus y mucho menos que tuviese la capacidad de predecir el futuro. Esta evolución se la aplicaron a Dominic Ongwen, no se puede saber si esta fue o no la evolución de Ongwen toda vez que optó por guardar silencio.

Finalmente, para terminar de desestimar la existencia de una fuerza irresistible, la sentencia determina que el desempeño, ascenso y ejecución de delitos en privado, como son todos los delitos de violencia sexual y de género, dan cuenta que Dominic Ongwen no estaba actuando en razón de una amenaza inminente a su vida o a fin de evitar un daño corporal severo sino que lo hacía libre y voluntariamente, con conocimiento pleno de los delitos que estaba ejecutando.

En definitiva, aunque la sentencia no lo cita, pero en palabras de una de las víctimas participantes del proceso: “Es posible que Dominic haya sido secuestrado, pero después hizo su trabajo tan bien y le gustaba.”

De esta forma una de las particularidades del caso: que un ex niño soldado era juzgado por su responsabilidad en delitos cometidos cuando era uno de los jefes del grupo que lo secuestró, no fue considerado de suficiente significación como para estimar que padecía de una enfermedad mental o estaba privado de razón para comprender la ilicitud de su conducta ni como para considerar que concurría una exculpante de responsabilidad por actuar bajo fuerza irresistible. Este es el primer caso ante la CPI que ha tenido que dilucidar un problema como el descrito. Este solo hecho ya amerita para decir que la sentencia es histórica. Pero existen otras razones, por ejemplo, el tipo de delitos de los que fue acusado y condenado Dominic Ongwen.

Particularidades en los delitos por los que se condena a Dominic Ongwen

El caso de la fiscalía contra Dominic Ongwen, como he mencionado previamente, incluía una serie de delitos tanto de crímenes de guerra como de lesa humanidad. En su apelación Dominic Ongwen cuestiona, algo que también levantó en la audiencia de confirmación de cargos, que los mismos hechos puedan revestir el carácter de ambas categorías de delitos.

Sin embargo, la Sala de juicio concordó con la decisión de la Sala de pre-juicio al indicar que un mismo hecho podía violar diversos artículos del Estatuto de Roma si es que satisfacía las particularidades de cada tipo y protege intereses diferentes. La Sala de pre-juicio, a su vez, determinó que era la Sala

de juicio la mejor posesionada para determinar si se verificaba la situación reciente descrita. Desestimando así una alegación de violación al principio del *ne bis in ídem* impetrada por la defensa. La Sala de juicio, en tanto, concluyó que los elementos contextuales de los crímenes de guerra y de lesa humanidad no son elementos irrelevantes o neutrales, sino que dan cuenta de una valoración legal de la conducta por la que se acusa a Ongwen.

En efecto, concluye la sentencia: "... lo elementos contextuales de los delitos, considerados individualmente, encapsulan intereses protegidos diferentes, por la norma estatutaria de imputación respectiva. En efecto, ...La Sala observa que crímenes de guerra dan protección penal a la persona en tiempo de un conflicto armado, en cambio crímenes de lesa humanidad protegen a la persona cuando hay un ataque sistemático y¹⁶ (sic) masivo contra una población civil. Por lo tanto, los dos tipos de delitos reflejan diferentes (en parte) formas de criminalidad, en cuanto que complementan, en términos del interés protegido, la penalización de delitos individuales que, a su vez, son distintos dependiendo del elemento contextual relevante. En estas circunstancias, ninguno de los dos set de delitos puede, de forma alguna, ser subsumido en el otro.¹⁷"

Si bien el cuestionamiento a la factibilidad de acusaciones, y consiguiente condena, acumulativa ha sido planteada antes tanto en el caso Katanga y Bemba, me parece que es un tema interesante de destacar ya que vuelve a pronunciarse, la CPI, favorablemente por la legitimidad de acusaciones y condenas tanto por crímenes de lesa humanidad como crímenes de guerra sobre la base del mismo sustrato fáctico.

Se suele pensar que en una situación será aplicable la normativa sobre crímenes de guerra o los de lesa humanidad. Sin embargo, tanto la práctica jurisprudencial de la CPI como su experiencia, muestran que no son estatutos excluyentes sino que pueden concurrir conjuntamente y que razonando con la categoría del concurso real de delitos, se puede condenar a una persona por la misma base fáctica tanto por un delito de lesa humanidad como por un crimen de guerra. Y en opinión de la CPI no hay violación al *ne bis in ídem*.

¹⁶ Yerra aquí la sala en el ilativo ya que el Estatuto no exige una exigencia copulativa de los elementos sino que opta por un o. De manera que esto puede obedecer a un simple error de tipeo.

¹⁷ Ver sentencia 2820 y 2821.

Delitos basados en violencia sexual y de género.

Matrimonio forzado.

Otra de las particularidades que lo convierten en un veredicto histórico, es que fundó una condena en el artículo 7 (1) (k) del Estatuto de Roma: Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Ello para encuadrar, dentro de este delito, la práctica del LRA de distribuir a niñas y mujeres, entre sus integrantes, como cónyuges. Si bien esta práctica también había sido documentada en el caso Katanga, la fiscalía no incluyó dentro de la acusación el delito de matrimonio forzado.

Este es el primer caso en que la CPI acusa y condena por matrimonio forzado. Cabe mencionar, que la sala de Apelaciones de la Corte Especial de Sierra Leona, sí ha condenado por matrimonio forzado. Siendo el primer tribunal internacional, en apelación, que diferenció de forma clara entre matrimonio forzado y esclavitud sexual. Ello en los caso del AFRC. Como elementos distintivos de otros delitos, la Sala de Apelaciones de la Corte Especial de Sierra Leona determinó que lo son la pretensión de exclusividad de quien quiere denominarse como esposo y la imposición por medio de fuerza o amenaza del vínculo conyugal.¹⁸

La Sala de juicio Novena, de la CPI, en el Caso Ongwen, se encarga de analizar los elementos legales del delito de “matrimonio forzado”. Según se ha indicado dicho delito no tiene un reconocimiento explícito dentro del Estatuto sino que la fiscalía lo subsumió dentro del delito genérico del artículo 7 (1) (k) del Estatuto.

Lo primero que hace la CPI es hacerse cargo del argumento que tal delito no existe como tal en el Estatuto de Roma, ello fue alegado por la defensa.

Destaca la Sala que se debe respetar el principio de legalidad y lo dispuesto en el artículo 22 del Estatuto, en cuanto a que los delitos deben ser interpretados de forma estricta y que no pueden ser interpretados analógicamente.

Por consiguiente, al incluir determinada conducta dentro de la tipificación del artículo 7 (1) (k) del Estatuto, la CPI debe hacerlo de una forma que sea consistente con la caracterización que hace dicha disposición, y por

¹⁸ Ver *Prosecutor v. Brima*, Case No. SCSL-2004-16-A, Appeals Judgment (Feb. 22, 2008), párrafos 175-202, consulta ren http://hrlibrary.umn.edu/instree/SCSL/SCSL-04-16_Files/SCSL-04-16-A-675.htm (27 de junio de 2021)

consiguiente con la esencia de la ofensa consagrada en dicha norma, y que sea razonablemente previsible que se encuentra comprendida dicha conducta dentro de la norma.

Es decir, que determinado los elementos de la conducta que se intenta subsumir en la norma, un tercero objetivo podría concordar que la conducta reprochada está regida por el artículo en cuestión.

Lo que exige el artículo 7 (1) (k), dice la CPI, citando básicamente la norma, que la conducta que se intenta incluir dentro de ella debe haber sido un acto inhumano que provoca grandes sufrimientos o atenta gravemente contra la integridad física o psíquica de una persona y que el acto que provoca aquello sea de un carácter similar al de los otros crímenes de lesa humanidad.

La Sala comparte la jurisprudencia anterior de la CPI, en cuanto a que esta es una norma residual, y por lo tanto la conducta por la cual se está acusando no puede estar incluida en las conductas que sanciona el artículo 7 (1) de la letra (a) a la (j). Por consiguiente, tiene que ser de similar característica, pero tiene que tener componentes distintivos de las otras conductas descritas en el artículo 7.

Ahora bien, razona la Sala, esto no significa que no pueda tener elementos comunes a otras conductas, pero pueden existir elementos comunes y deben existir otros distintos, propios de la conducta que se intenta sancionar. Solo en este caso se debe acusar y condenar por la figura del 7 (1) (k). En tanto que al referirse al segundo elemento objetivo: de “carácter similar”, la Sala determina que ello se refiere a la naturaleza y gravedad de la conducta. En suma, la conducta debe generar sufrimiento grave, debe ser de naturaleza y gravedad similar a las otras conductas tipificadas en el artículo 7 y tener elementos propios.

Dicha situación es la que se verifica ocurre en el presente delito. Hay elementos comunes entre la violación y la esclavitud sexual con el matrimonio forzoso, pero dichos delitos no logran abarcar la totalidad de los componentes disvaliosos que representa el matrimonio forzoso, por ello que resulta necesario y legítimo condenar por la figura contemplada en el artículo 7 (1) (k). En

Resulta relevante analizar lo que la Sala considera disvalioso en el matrimonio forzoso que lo hace merecedor de un encuadramiento dentro del 7 (1) (k) del Estatuto. Y me permito citar textualmente por la relevancia de la materia y su novedad para la jurisprudencia de la CPI.

Concluye la sala: “ Toda persona goza del derecho fundamental de celebrar, libre y consensuadamente con otra persona. El matrimonio crea un estatuto basado en una relación contractual y en el consentimiento – es una

institución, un acto y un rito. El elemento central, y un acto subyacente del matrimonio forzoso, es la imposición de dicho estatuto a la víctima, imposición, con independencia de la voluntad de la víctima, de los deberes asociados al matrimonio, incluyendo la exclusividad que se espera de la víctima, así como el estigma social derivado de dicho matrimonio forzoso.”¹⁹

La sala es consciente de las complejas consecuencias sociales, familiares e individuales que derivan tanto para la mujer como sus eventuales hijos nacidos de dicho matrimonio celebrado en un contexto como el conflicto de Uganda del norte. Ello puede redundar en la exclusión de la vida comunitaria, como dieron testimonio múltiples mujeres (varias niñas a la fecha de los hechos) que declararon ante la CPI. Por lo tanto, hay gravedad en los sufrimientos infligidos a las mujeres víctimas directas de Dominic Ongwen tanto por haberlas aceptado como esposas como haber distribuido algunas entre su tropa. Este daño se traduce en la privación de la autonomía sexual, pero también redundó en la exclusión de la comunidad. Así como, el trauma mental, la afectación grave a la dignidad de la víctima y la privación del derecho fundamental de la víctima de elegir a su cónyuge.

El veredicto se encarga de diferenciar el matrimonio forzoso de la violación y la esclavitud sexual. Al respecto indica que el delito de violación y esclavitud sexual, no sanciona ese elemento propio del delito de matrimonio forzoso: “imposición del vínculo conyugal.” Incluso aventura decir que una víctima de violación reiterada, cuando se intenta legitimar dicha violación con el matrimonio, puede sufrir un estigma mayor al de la violación.

Cabe recordar que para condenar por matrimonio forzoso, en el caso de Ongwen, deben satisfacerse los elementos de contexto propios de todo delito de lesa humanidad, también lo del crimen de guerra. Solo revisaré los elementos de los crímenes de lesa humanidad por una razón de espacio.

En primer lugar, se debe tratar de un ataque a la población civil, lo que significa “... una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.”²⁰

Junto con lo anterior debe ser masivo o sistemático. Pero ya la propia existencia de un ataque a la población civil implica la comisión de múltiples actos

19 Ver párrafo 2748.

20 Artículo 7 (2) (a) del Estatuto de Roma.

que buscan ejecutar o promover una política de Estado u organizacional. En este caso será organizacional.

Sobre el elemento o requisito de la existencia de una política de Estado u organizacional, la Sala reitera la jurisprudencia de la CPI en cuanto a que este elemento es propio de la propia existencia de un ataque a una población civil y no a los elementos de sistematicidad o masividad. E indica cómo se puede determinar si existe una organización que puede desarrollar la política dentro de la cual se encuentran los múltiples actos que la intentan promover o ejecutar. Para determinar eso hay que verificar que tiene una estructura o recursos suficientes que permiten la coordinación necesaria para realizar una ataque a una población civil.

Por otra parte, recuerda que la exigencia de una política permite diferenciar conductas aisladas y desarticuladas, ejecutadas por individuos de forma individual. Al momento de definir en qué consiste una política, indica que ella puede ser un plan o diseño preestablecido, pero ella puede cristalizar de la conducta realizada por los autores. Por lo tanto, la política puede ser deducida de elementos como: “ (i) Patrones recurrentes de violencia; (ii) la existencia de una preparación o movilización colectiva orquestada y coordinada por la organización; (iii) el uso de recursos públicos o privados para la promoción de la política; (iv) declaraciones, instrucciones o documentación atribuible a la organización alentando o condonando la comisión de delitos y (vi) una motivación subyacente.”²¹

De la evidencia rendida la Sala logró determinar que el matrimonio forzado de niñas y mujeres en el LRA era una conducta sistemática y masiva. En la parte respectiva del veredicto da cuenta como Dominic Ongwen recibió, se autoentregó y distribuyó mujeres y niñas entre sus comandantes. Y ello era parte de una política del LRA. El secuestro de niñas muy chicas era una práctica habitual en el LRA y la “lógica” de secuestrar niñas chicas era para que la comandancia no contrajera el VIH

Por consiguiente, la Sala condenó, por primera vez en la historia del CPI, a una persona: Dominic Ongwen, como responsable del matrimonio forzado contemplado en la figura residual de crímenes de lesa humanidad tipificados en el artículo 7 (1) (K) del Estatuto. En este sentido, entonces, el veredicto también es histórico.

21 Ver párrafo 2678.

Embarazoso Forzoso.

Un delito íntimamente ligado al anterior, es el de embarazo forzoso. Las víctimas de dichos delitos fueron algunas de las 7 mujeres que forzosamente debieron contraer matrimonio con él, sea porque se las asignó o le fueron entregadas por jefes del LRA. El contexto altamente represivo y violento que en opinión de la Sala impedía la existencia un matrimonio consentido por parte de las mujeres, la Sala concluyó que ese mismo contexto impedía que los embarazos estuviesen desprovisto del reproche penal.

Dominic Ongwen fue acusado de 3 embarazos forzosos. Sin embargo, la Sala analizó el hecho de que fue padre 13 veces. Ello no obstante que solo 3 de estos embarazos están dentro del periodo que abarca la acusación y solo por esos 3 es que es condenado. Sin embargo, los otros 10 embarazos le sirvieron a la Sala para formarse convicción del patrón de conducta sexual de Dominic Ongwen.

La condena por el delito de embarazoso forzoso, tanto como un delito de lesa humanidad como un crimen de guerra, también hace que el veredicto de Ongwen sea histórico. Ello porque es la primera vez que la CPI, a nivel de juicio oral, debió analizar los alcances jurídicos del delito de embarazo forzoso. Es por ello que dicho análisis sea relevante, no solo para este caso, sino que también para la jurisprudencia de la CPI.

En su análisis del delito la Sala establece que el delito de embarazo forzoso se sustenta sobre el derecho de la mujer a la autonomía reproductiva y su derecho a la familia. Sin usar dicha terminología, lo que se observa es que ese es el bien jurídico protegido por el delito, según la CPI.

La Corte recuerda lo altamente discutido que fue la creación de este delito. Da cuenta de las aprensiones de la Santa Sede y de otros Estados. Temían que pudiese ser empleado contra legislación antiaborto de algunos Estados que participaron en los comités preparatorios del Estatuto.

Esta resistencia chocaba porque estaba fresca en la memoria de la comunidad internacional las experiencias del conflicto Bosnio. Allí, mujeres bosnias fueron violadas con el objeto de cambiar la composición étnica de la población Bosnia, como lo destaca el veredicto en la parte pertinente.

En dichos pasajes, de su sentencia, la Sala deja registro del lamentable comportamiento de distintos Estados durante la discusión de este delito. Dicha resistencia redundó en una tipificación limitada del delito en cuestión. La que se tradujo en la incorporación de un elemento subjetivo que se consagró en el artículo 7 (2) (f) “... con la intención de modificar la composición

étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional.”²² Agregándosele además, a la tipificación del embarazo forzoso un elemento que en realidad no determina en forma alguna el delito sino que buscaba dejar tranquilo al Vaticano y otros Estados: “ En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo.”

La Sala, como hace con otros delitos, destaca que el embarazo forzoso debe ser interpretado de una forma que le de una identidad propia, diferenciada, de otros delitos o de una combinación de ellos. Ve ello como un canon interpretativo que asocia con una fidelidad con la voluntad de los y las redactoras del Estatuto de Roma.

Junto con lo anterior, la Sala destaca, que el encuadre, en el delito preciso, de la conducta desplegada por el autor y sufrida por la víctima, es un deber de justicia con la víctima. La Corte debe juzgar y sancionar por el delito correcto; “llamar el delito por su verdadero nombre”, indica la Sala²³.

Este último criterio orientador del juzgador me parece digno de destacar ya que le asigna a la justicia internacional una función de reconocedora de la vivencia de la víctima como un criterio de justicia.

Lo propio del delito de embarazo forzoso, para la CPI, “depende del confinamiento (realizado de forma forzosa) de una mujer embarazada, con el efecto de privar a la mujer de su autonomía reproductiva.”²⁴

En efecto, se requiere, según la Sala, que exista el confinamiento contrario a derecho de una o más mujeres que fueron embarazadas forzosamente. Dicho embarazo forzoso puede haber ocurrido antes o durante el confinamiento ilegal. Y el autor no tiene que haber sido quien embarazó a la mujer o mujeres.

La Sala entiende por confinamiento contrario a derecho, aquella restricción de la libertad contraria a los estándares internacionales. En tanto que considera que el embarazo ha sido forzoso cuando concurren las circunstancias coercitivas que se exigen para otros delitos sexuales. Por lo tanto, no exige violencia física para estimarlo forzoso sino que puede ser fuerza, o la amenaza de ella, coerción, derivada del temor a ser objeto de violencia, privación

22 El caso Ongwen, y otras experiencias de las que se ha dado cuenta ante la CPI, les ha dado razón a aquellas voces que exigieron que el delito de embarazo forzoso no se limitara solo a casos en que se buscara cambiar la composición étnica de una población como había sido la experiencia del conflicto Bosnio.

23 Ver párrafo 2722.

24 Ver párrafo 2722.

de libertad, abuso de poder, intimidación psicológica, o cuando el autor se vale de un ambiente opresivo en que se encuentra la mujer. En definitiva cuando la mujer no está en condiciones de dar un consentimiento genuino y voluntario.²⁵

En tanto que la Sala considera que se requiere un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo. El Estatuto exige una intención especial cuando se confina ilegalmente a una mujer embarazada. Se debe buscar afectar la composición étnica de una población o realizar graves violaciones al derecho internacional. La Sala ejemplifica cuales serían estas graves violaciones: intento de violación, esclavizar o torturar a la mujer embarazada.

La CPI encontró que Dominic Ongwen tuvo sexo por medio de fuerza con sus llamadas “esposas”, lo que ocurrió en múltiples ocasiones. Asimismo se formó la convicción que durante el periodo de la acusación que a las 7 “esposas” durante sus embarazos no se les permitió irse del campamento del LRA. Es más, se les amenazó que si se iban serían asesinadas y estaban fuertemente vigiladas. En cuanto a la intención especial también concluyó que Dominic Ongwen las mantuvo cautivas para perpetrar los delitos de matrimonio forzoso, tortura, violación y esclavitud sexual en contra de sus llamadas “esposas”. Por consiguiente sí es culpable del delito de embarazo forzoso.

Reconocimiento a las víctimas.

El último elemento que me parece que hace este veredicto histórico es la decisión de la Sala de darse el tiempo de nombrar a todas y cada una de las víctimas a las que se logró identificar. Este gesto que puede parecer irrelevante jurídicamente desde el punto de vista de reparación es importante. Así lo han manifestado las personas a las que pudimos representar en este juicio. Escuchar los nombres de sus seres queridos o ser identificados como víctimas en la sentencia le dio satisfacción.

La cantidad de niños, niñas, adultos que fueron víctimas de los delitos perpetrados por el LRA en el norte de Uganda durante más de 25 años es significativo, tan significativo que es difícil dar un número exacto, pero sobrepasa, fácilmente, los cientos de miles. Que algunos fueran nombrados en la sentencia es una forma de dejar sentado en un documento oficial el daño sufrido.

Queda pendiente la Apelación por parte de la defensa de Dominic Ongwen, sin embargo la evidencia de este juicio ha sido contundente respecto

²⁵ Ver párrafo 2725.

de los delitos cometidos, su participación, la inexistencia de las defensas alegadas por sus abogados.

Al poco tiempo de la condena la Sala inició la etapa de reparaciones, donde se estima que la población afectada por solo los ataques a las comunidades de Lukodi, Odek y Abok, que es donde, junto con Joseph Manoba, representamos a gente, alcanza los 70 mil. Hasta ahora han participado aproximadamente 4500 persona. Ahora se debe comenzar el mapeo de las personas afectadas por los delitos de Dominic Ongwen; lo más probable es que, dado el gran número de víctimas, se opte por una modalidad de reparaciones colectivas con componentes individuales.

LEY 21.255 (2020): LA NUEVA LEY ANTÁRTICA CHILENA

Luis Valentín Ferrada W.¹

Resumen

Chile posee una gran cantidad de normas legales y reglamentarias que se refieren, total o parcialmente, a la Antártica. Algunas han sido promulgadas en ejercicio de las facultades soberanas sobre el Territorio Chileno Antártico, en tanto otras materializan la recepción en el derecho doméstico de los acuerdos internacionales alcanzados en el marco del Sistema del Tratado Antártico. La necesidad de ordenar, sistematizar y modernizar estas disposiciones se manifestó al menos desde el año 2000, aunque solo el 2007 se dieron instrucciones expresas, y no se logró avanzar decididamente en ello sino hasta el 2011. La elaboración del proyecto de Ley Antártica Chilena, así como su tramitación parlamentaria, dan cuenta de las dificultades implícitas en un tema de alta sensibilidad geopolítica y en que convergen múltiples perspectivas e intereses. El resultado, manifestado en la Ley 21.255 (2020), constituye un hito en la historia del derecho chileno antártico, al establecer por primera vez una regulación general sobre la Antártica que tiene en cuenta tanto los intereses soberanos como los compromisos internacionales. En este artículo se explica la historia de la norma, su contenido y características principales. Entender este proceso resulta de especial relevancia tanto para los interesados en el derecho internacional como para el público en general.

¹ Doctor en Derecho (Universidad de Chile, 2015), académico del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Chile, miembro del Comité Permanente en Humanidades y Ciencias Sociales del *Scientific Committee on Antarctic Research* (SCAR), integra la lista de árbitros de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional (La Haya) en materias de protección medioambiental antártica, asesor en materias de Derecho Antártico en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Mail: lvferrada@derecho.uchile.cl ID: <https://orcid.org/0000-0002-9769-4664>

Introducción

La nueva Ley Antártica Chilena (Ley 21.255),² constituye el máximo avance de Chile en materia de normativa antártica en toda su historia. El país cuenta con numerosísimas regulaciones legales y reglamentarias al respecto, habiendo existido una producción normativa desde mediados del siglo XIX, y que se intensificará crecientemente desde mediados del siglo XX, pero cuyos fundamentos pueden rastrearse en forma concatenada hasta fines del siglo XV, en la América española.³ Algunas de estas normas son de un gran valor e importancia histórica y jurídica, tal como la que delimitó en 1940 el Territorio Chileno Antártico⁴ o la que estableció en 1956 el Estatuto del Territorio Chileno Antártico,⁵ pero ninguna de ellas abordaba de un modo tan amplio y completo la temática antártica ni tenía una densidad normativa como la nueva ley. Tampoco habían pretendido satisfacer un doble imperativo de la complejidad del que ahora se persigue: Proteger los derechos soberanos del país sobre el Territorio Chileno Antártico y, al mismo tiempo, dar cumplimiento a las obligaciones internacionales con el Sistema del Tratado Antártico.

Antes de exponer el contenido y principales alcances de esta ley, debo necesariamente declarar, para conocimiento del lector, que tuve una participación directa en su gestación y tramitación por más de una década, siendo el principal redactor del proyecto de ley y luego de las indicaciones presentadas por el Ejecutivo durante su discusión en el Congreso.⁶ Esto, sin dejar de te-

2 Ley 21.255, aprobada por el Congreso el 4 de agosto del 2020, promulgada el 21 de agosto del 2020, publicada en el *Diario Oficial* el 17 de septiembre del 2020, y en vigor desde el 16 de marzo del 2021.

3 Véase, entre otros, Ferrada, Luis Valentín, “Evolución del Sistema del Tratado Antártico: Desde su génesis geoestratégica a sus preocupaciones ambientalistas”, en *Revista de Derecho*, N° 18 (Universidad San Sebastián), 2012, pp. 131-151; Ferrada, Luis Valentín, “Iniciativa privada y estatal en la actividad antártica. Pasado, presente y futuro”, en Baltazar Morales (coordinador), *Estado, sociedad y participación. XLIII Jornadas chilenas de derecho público* (Santiago: Universidad de Concepción/Thomson Reuter/LegalPublishing), 2014, pp. 539-558; y Ferrada, Luis Valentín, “Consideraciones generales sobre la normativa chilena antártica (1939-2011)”, en *Revista de Derecho Público*, N° 77 (Universidad de Chile), 2012, pp. 277-293, y la abundante bibliografía que ahí se cita.

4 Decreto Supremo 1.747 del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 6 de noviembre de 1940, publicado en el *Diario Oficial* el 21 de junio de 1955.

5 Decreto Supremo 298 del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 3 de octubre de 1956; dictado en cumplimiento de la Ley 11.846, de 21 de junio de 1955.

6 Fui el encargado, como asesor en la Dirección de Antártica del Ministerio de Relaciones Exteriores, de realizar los estudios preliminares y de redactar el proyecto de ley (2011-2013). Este se prestó finalmente al Congreso en marzo del 2014, sin que yo interviniera en los ajustes finales que se le hicieron. Paralelamente, fui encargado de temas de Derecho Internacional y Antártica en la Subsecretaría de Defensa, Ministerio de Defensa Nacional (2011-2015). El proyecto de ley no tuvo mayores avances hasta el año 2018, fecha en que nuevamente me hice cargo de los aspectos sustantivos de su tramitación, como asesor de la Cancillería.

ner presente, por cierto, que durante el proceso pre-legislativo y legislativo intervienen innumerables personas e instituciones, con mayor o menor nivel de incidencia, y que las decisiones finales son tomadas por las autoridades políticas respectivas más allá de lo que muchas veces consideremos los especialistas.

En los últimos años, he escrito varios artículos académicos y de extensión sobre este tema. Como resulta inevitable, ya que en definitiva la ley que se analiza es una misma, hay ideas que necesariamente se recogen tanto en aquellos textos como en estas páginas. Sin embargo, gran parte de lo que aquí se publica es innédito o se aborda desde un nuevo enfoque.

En las siguientes páginas se harán, en primer lugar, algunas reflexiones generales sobre los desafíos de normar las actividades antárticas, exponiendo luego el proceso de elaboración y aprobación de la ley, una visión sinóptica de la misma, la forma en que sus objetivos orientan su aplicación, y finalizando con algunas conclusiones.

1. Los desafíos de normar lo antártico

Previo a analizar los detalles de la nueva Ley Antártica, es fundamental considerar ciertos claroscuros, matices y dualidades que debe saber equilibrar cualquier norma sobre la Antártica dictada en Chile (y en general en los otros seis países que afirman soberanía sobre porciones del Sexto Continente). En esto no sirve una visión binaria (lo uno o lo otro), sino que se requiere una mirada holística que penetre en las complejidades políticas, jurídicas y naturales de uno de los espacios más interesantes del planeta. Se necesita una fina sensibilidad política e intelectual que permita, sin perder la coherencia, entender que requerimos una visión que asuma esta complejidad.

Para empezar, todo lo antártico es para Chile, a un mismo tiempo, un tema nacional e internacional. El Territorio Chileno Antártico es parte integrante y esencial de nuestro territorio nacional, ejerciéndose a su respecto las facultades soberanas correspondientes; pero, en paralelo, el país ha promovido y participado en el desarrollo del Sistema del Tratado Antártico como régimen de gobernanza internacional sobre todo el Sexto Continente y los mares que lo circundan, incluyendo sus ecosistemas dependientes y asociados. Como parte del Tratado Antártico (1959, en vigor 1961), Chile ha estado dispuestos a suspender las controversias sobre sus derechos soberanos, que dicho instrumento reconoce expresamente (artículo IV), a cambio de garantizar la paz (artículo I) y participar en el gobierno de la Antártica como un todo (artículo IX).

Una segunda dualidad se refiere al ámbito geográfico en que es eficaz la nueva ley, desde que ella tiene una aplicación tanto territorial (en todo Chile y en particular en el Territorio Chileno Antártico) como extra-territorial (en toda la Antártica y sus mares circundantes, en cumplimiento de los compromisos internacionales del país).

Otra doble o más bien triple perspectiva tiene que ver con el modo en que se distribuyen las competencias antárticas: centralizadas, desconcentradas y descentralizadas. Por sus implicancias para el país en su conjunto y sus consecuencias internacionales, todo lo antártico es parte de la Política Exterior y competencia propia del Presidente de la República, asesorado por el Consejo de Política Antártica y por el Ministro de Relaciones Exteriores. Pero junto a ello hay una multiplicidad de otros órganos del Estado con competencias antárticas desconcentradas o descentralizadas, tal como las Fuerzas Armadas, el Instituto Antártico Chileno o las autoridades de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena.

Vinculado a lo anterior, existen también ámbitos de toma de decisiones diversos. Por definición y por su vinculación con la preservación del territorio nacional, por su imbricación con la Política Exterior, por la trascendencia que posee para el país en su conjunto, por la multiplicidad de ministerios implicados, lo antártico es un tema eminentemente de alcance nacional cuyas decisiones deben ser tomadas en los niveles más altos de la Administración del Estado. Sin embargo, al mismo tiempo, todo cuanto se hace en términos materiales en la Antártica posee una clara dimensión regional y una vinculación directa con las ciudades de Punta Arenas y Puerto Williams. Mientras las grandes decisiones estratégicas sobre la Antártica se adoptan en los más altos niveles del Estado de Chile, las decisiones sobre aspectos concretos se toman de forma local, desconcentrada o descentralizada.

Una última dualidad se da en la acción estatal, desarrollada a través de actividades de ciencia, pero también de presencia soberana. Desde 1957 en adelante,⁷ progresivamente, la ciencia se ha transformado en una de las principales herramientas del Estado para llevar a cabo su Política Antártica Nacional. Pero Chile no solo realiza ciencia en la Antártica, sino que también le interesa ejercer una presencia soberana relevante y permanente.

La Ley Antártica debe compatibilizar todas estas dualidades, equilibrando las perspectivas nacional, regional e internacional.

7 El año 1957-1958 se desarrolló el Año Geofísico Internacional, una de cuyas áreas de investigación estuvo centrada en la Antártica, pasando a ser un de los antecedentes de la Conferencia de Washington (1959) en que se adoptó el Tratado Antártico.

2. El proceso de elaboración y aprobación de la ley

Para efectos cronológicos, es posible distinguir las siguientes etapas en el proceso de elaboración de la Ley Antártica: (1) Trabajos previos (2000-2010); (2) Estudios preliminares y elaboración del anteproyecto de ley (2011-mayo 2013); (3) Conclusión del proyecto de ley (junio 2013-marzo 2014); (4) Tramitación parlamentaria (marzo 2014-agosto 2020); (5) Promulgación, publicación y entrada en vigor de la ley (septiembre 2020-marzo 2021); y (6) Elaboración de reglamentos y adecuaciones normativas (en curso).

2.1. Trabajos previos

Aunque la necesidad de que Chile cuente con una legislación antártica moderna y actualizada pareciera no requerir de una mayor justificación, la preocupación al respecto ha sido oscilante. La mayor parte de las de normas legales y reglamentarias existentes abordan en forma inorgánica ciertos aspectos parciales. La recepción en el derecho doméstico de las normas internacionales, por su parte, en especial de las generadas en las Reuniones Consultivas del Tratado Antártico y en las reuniones de la Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, ha sido también irregular y más bien formal.

Sin embargo, la primera constancia escrita que he encontrado sobre el interés, aunque indirecto, de modernizar nuestro ordenamiento jurídico antártico solo se encuentra en la Política Antártica Nacional del año 2000.⁸ Esto es coherente con el hecho de que ella sea una actualización de los objetivos de Chile al respecto, orientada por la entrada en vigor en 1998 del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medioambiente (1991).

Pasarían todavía varios años para que esta idea tomara fuerza. En efecto, recién en la XLVII Reunión del Consejo de Política Antártica (2007) se dispuso formalmente avanzar en este sentido.⁹ Entre los años 2008 y 2010 se intentó sin mayores resultados la redacción de un texto, en una iniciativa liderada por el embajador Jorge Berguño Barnes.

En la XLVIII Reunión del Consejo de Política Antártica (2011) se reiteró la necesidad de elaborar una nueva ley antártica, lo que quedó asimismo reflejado en el Plan Estratégico Antártico 2011-2014, aprobado en la ocasión.¹⁰ Se

8 Decreto Supremo 429 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 18 de mayo del 2000.

9 Acta de la XLVII Reunión del Consejo de Política Antártica (Santiago, 30 de noviembre de 2007), pp. 5-7, 13-14 y 20-21.

10 Acta de la XLVIII Reunión del Consejo de Política Antártica (Puerto Williams, 18 de abril del 2011), p. 6.

encomendó tal tarea a la recién creada Dirección de Antártica del Ministerio de Relaciones Exteriores.¹¹

2.2. El anteproyecto de ley (2013)

A fin de cumplir tal tarea, se me solicitó hacerme cargo de los estudios preliminares y de la redacción del proyecto de ley. Entre fines de abril o mayo del 2011 y abril del 2013, en forma prácticamente ininterrumpida, nos reunimos una o dos veces por semana con el Director de Antártica, Camilo Sanhueza Bezanilla, y la Subdirectora, María Luisa Carvallo Cruz, a discutir sobre los lineamientos generales de la ley o la propuesta de artículos.

Convinimos en desarrollar dos estudios previos. El primero, sobre legislación comparada. Se determinó centrarse en las normas dictadas a partir de la década de 1990 (esto es, estatuidas teniendo en consideración el Protocolo de Protección del Medioambiente Antártico), en aquellos países más relevantes para una comparación, ya fuera porque también afirmaban su soberanía sobre porciones de la Antártica, servían de último puerto/aeropuerto hacia el Sexto Continente, o tenían un mayor protagonismo en los temas antárticos (Argentina, Australia, China, Estados Unidos, Francia, Noruega, Nueva Zelanda, Reino Unido, Rusia y Sudáfrica). El segundo estudio preliminar estuvo destinado a identificar, recopilar y analizar la numerosa y dispersa normativa antártica chilena.¹² Una de las finalidades de esta indagación histórico-jurídica era determinar qué normas debían ser expresamente derogadas o al menos advertir cuándo se produciría una derogación tácita. Sin embargo, en definitiva, no se incluyeron normas al respecto, salvo una que preserva el patrimonio histórico-jurídico antártico de Chile, de importantes consecuencias geopolíticas.

Una vez que concluimos y discutimos los alcances de estos estudios preliminares, nos dimos a la tarea de pensar cómo debía ser el marco jurídico general del ordenamiento antártico chileno, cuál debía ser el índice de materias

11 Creada por la Orden de Servicio 31 de la Subsecretaría de Relaciones Exteriores, de 1 de febrero del 2011.

12 El resultado de ese trabajo iniciado el 2011 y al que he dedicado ya una década, se dará a conocer en un libro de mi autoría de próxima publicación tentativamente denominado *Historia del Derecho Chileno Antártico*. Avances sobre este estudio han sido presentados en las XLI Jornadas Chilenas de Derecho Público (2011), en una ponencia posteriormente publicada como Ferrada, Luis Valentín, “Consideraciones generales sobre la normativa chilena antártica (1939-2011)”, en *Revista de Derecho Público*, N° 77 (Universidad de Chile), 2012, pp. 277-293; y en la ponencia de mi autoría “La Antártica como objeto de regulación del derecho chileno: 1892-2018”, en los XVIII Encuentro de Historiadores Antárticos Latinoamericanos, Centro de Estudios Hemisféricos y Polares, San Esteban (Los Andes), 5 al 7 de septiembre del 2018, texto inédito. Esta indagación ha determinado la existencia de más de 300 normas legales y reglamentarias dictadas por Chile desde mediados del siglo XIX al año 2020 que, de modo total o parcial, se refieren a asuntos antárticos.

de la futura ley, cómo se vincularía con el resto del orden jurídico chileno, y acerca de qué limitaciones (domésticas e internacionales) teníamos que considerar al redactar las normas.

El punto de partida fue el convencimiento de que Chile requería normas actualizadas y coherentes para preservar sus intereses soberanos en el Continente Austral, solucionar las deficiencias en su quehacer antártico, y responder a los desafíos de las próximas décadas. Esto incluía considerar el desarrollo del derecho internacional desde 1959 en adelante.

Lo anterior llevó a plantear un nuevo esquema jurídico que comprendía tres niveles concatenados: (a) *Constitucional*, a través de la incorporación en la Constitución Política de una norma que consagrara al Territorio Chileno Antártico como territorio especial, habilitando la restricción de ciertas garantías y derechos constitucionales;¹³ (b) *Legal*, mediante la promulgación de una ley marco que estableciera los lineamientos generales para el quehacer antártico nacional; y (c) *Reglamentario*, por medio de la promulgación de diversos reglamentos que desarrollaran en detalle los aspectos que así lo requieran.

Definido lo anterior, comencé a elaborar las propuestas de artículos, que semana a semana discutíamos y aprobábamos. Hacia fines de marzo del 2013 estaban ya redactados un anteproyecto de reforma constitucional y un anteproyecto ley. El día 10 de abril de ese año los presentamos al Ministro de Relaciones Exteriores, Alfredo Moreno Charme, y a otras autoridades de la Cancillería. Dichas propuestas no pretendían estar acabadas, y de hecho esperábamos recibir aportes sobre diversos aspectos, pero representaban un esfuerzo bien estructurado que armonizaba, sistematizaba y actualizaba la normativa antártica chilena, podía servir de base para una discusión pre-legislativa al respecto. Se hizo también una presentación ante la Comisión Especial sobre Política Antártica de la Cámara de Diputados.¹⁴

2.3. El proyecto de ley (2014)

En los meses siguientes, en que por distintas razones las tres personas que habíamos estado a cargo de la elaboración del anteproyecto de ley dejamos la Dirección de Antártica, ese texto fue discutido con diversos ministerios

13 Ferrada, Luis Valentín, "La Antártica en la nueva Constitución chilena", en Galdámez, Liliana; Millaqueo, Salvador; y Saavedra, Bárbara (eds), *Una Constitución Socioecológica para Chile: Propuestas Integradas*, (Santiago: Universidad de Chile – WCS), 2021, pp. 81-84.

14 Cámara de Diputados, "Informe de la Comisión Especial sobre Política Antártica Chilena", 14 de enero del 2014.

y entidades, y tras habersele sacado, de forma equivocada a mi parecer, una serie de normas propuestas, y aún capítulos enteros, fue ingresado como proyecto de ley a la Cámara de Diputados el 4 de marzo del 2014.¹⁵

Si bien muchas de las disposiciones omitidas fueron posteriormente reincorporadas durante la tramitación en el Congreso, esta versión truncada del anteproyecto había perdido su coherencia interna y cambiado notablemente su enfoque, diluyendo la defensa de los intereses nacionales (perdiendo por tanto el necesario equilibrio entre lo nacional/internacional), y adoptando una perspectiva centrada en las tareas del Ministerio de Relaciones Exteriores, sacrificando la visión general imprescindible cuando se combinan tantos intereses y poseen competencias tantos órganos del Estado.

2.4. Primer trámite constitucional

El primer trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, se prolongó hasta el 23 de enero del 2019. Fue un período de casi cinco años en que el avance del proyecto de ley fue muy irregular. Tras ser asignado a la Comisión de Zonas Extremas, luego llamada Comisión de Zonas Extremas y Antártica Chilena, no se realizó gestión alguna por varios meses. Luego, la Comisión recibió al Director de Antártica de la Cancillería y al Director del Instituto Antártico Chileno,¹⁶ tras lo cual el Ejecutivo puso “urgencia simple” al proyecto.¹⁷

Dada la disconformidad que existía en varios actores relevantes en materias antártica con el proyecto de ley tal como había sido presentado, se trabajaba entonces en un conjunto de indicaciones, negociación interministerial que la urgencia venía a complejizar. Dado que una de las carteras más interesadas en tales cambios era el Ministerio de Defensa Nacional, donde yo era el encargado de estos temas, convencí al Ministro para que hiciera las gestiones necesarias para retirar la urgencia, la que en definitiva solo duró un día.¹⁸

La Comisión realizó algunas gestiones más, tal como solicitar el parecer de la Corte Suprema sobre el proyecto de ley,¹⁹ y sesionó el 28 de octubre del

15 Cámara de Diputados, Proyecto de Ley Boletín 9256-27, Mensaje 377-361, 4 de marzo del 2014.

16 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 45-46.

17 Mensaje 370-362 del Presidente de la República a la Cámara de Diputados, de 12 de agosto del 2014.

18 Mensaje 375-362 del Presidente de la República a la Cámara de Diputados, de 13 de agosto del 2014.

19 Conforme la Constitución Política de la República, artículo 77; y la Ley 18.918, orgánica constitucional del Congreso Nacional, artículo 16. Vid. Cámara de Diputados, Oficio 014-2014, 7 de agosto del 2014; y respuesta de Corte Suprema, Oficio 116/2014, 10 de diciembre del 2014. Se volvería a pedir la opinión de la Corte Suprema en varias ocasiones a medida que avanzaban las instancias en la discusión del proyecto de ley.

2014 en la Base Frei, en la Antártica.²⁰ En los siguientes dos años y medio no volvería a abocarse al proyecto de ley.²¹

Recién en marzo del 2017 el Ejecutivo ingresó un conjunto de indicaciones que buscaban corregir algunos de los aspectos deficitarios del proyecto de ley.²² Estas indicaciones serían posteriormente retiradas,²³ pero reactivaron el trabajo de la Comisión. Entre mayo y septiembre de ese año se recibió a una serie de autoridades y personas vinculadas con los asuntos antárticos,²⁴ aunque no hubo avances concretos en la discusión del articulado y es dudosa la utilidad de las reflexiones realizadas, ya que tras las elecciones parlamentarias de fines del 2017 el proyecto de ley lo concluiría aprobando una Comisión con una conformación casi absolutamente distinta.

La tramitación solo se reiniciaría tras así acordarlo el Consejo de Política Antártica en su sesión extraordinaria del 25 de junio del 2018,²⁵ a un tiempo que se gestionó mi reincorporación como asesor de la Dirección de Antártica. Si bien planteamos la posibilidad de ingresar una indicación sustitutiva, que solucionara el listado relativamente extenso de observaciones que existían sobre el proyecto en tramitación, se dispuso trabajar indicaciones parciales y acotadas, aunque ellas terminarían siendo muchas y muy sustantivas.

Se formó un grupo de trabajo liderado por la Dirección de Antártica de la Cancillería, y con una activa participación de los ministerios de Defensa Nacional, Medioambiente, Justicia, Economía, entre otros, que tras una serie de reuniones desde mediados de julio a principios de octubre del 2018, propuso una serie de mejoras al proyecto de ley. Ellas coincidían en gran parte con aquellos títulos y artículos suprimidos del anteproyecto del 2013. En paralelo, se puso “urgencia simple” a la tramitación en el Congreso.²⁶ Entre el 1 de agosto y el 3 de octubre del 2018, la Comisión de Zonas Extremas y Antártica

20 Prensaantartica.cl, “Diputados de Comisión de Zonas Extremas sesionaron por primera vez en la Antártica”, 29 de octubre del 2014.

21 En el intertanto, en marzo del 2015 yo renuncié al Ministerio de Defensa Nacional, concentrando todas mis labores en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por lo que no volví a tener una participación directa en estos asuntos hasta mediados del 2018, en que me reintegré como asesor de la Dirección de Antártica de la Cancillería.

22 Oficio 361-364 de la Presidenta de la República a la Cámara de Diputados, de 8 de marzo del 2017.

23 Oficio 158-366 del Presidente de la República a la Cámara de Diputados, de 22 de octubre del 2018.

24 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 47-53.

25 Acta de la Reunión Extraordinaria del Consejo de Política Antártica (Santiago, 25 de junio del 2018), p. 9.

26 Mensaje 195-366 del Presidente de la República a la Cámara de Diputados, de 10 de julio del 2018; y numerosos mensajes posteriores en que la urgencia simple fue renovada.

Chilena recibió a una serie de autoridades e invitados, y luego aprobó por unanimidad la idea de legislar.²⁷

Por desinteligencias que nunca es posible evitar de un modo absoluto, el muy buen trabajo hecho en el estudio de las indicaciones se frustró a último minuto por cambios inconsultos y sin sentido hechos en el Ministerio Secretaría General de la Presidencia antes de ingresarlas al Congreso.²⁸ En estas condiciones, que mejoraban el proyecto de ley en algunos pocos aspectos pero que perpetuaban sus deficiencias en muchos otros, la Comisión de Zonas Extremas y Antártica Chilena votó en particular y aprobó el proyecto de ley y sus indicaciones en las sesiones del 21 y 28 de noviembre, y 12 de diciembre del 2018.²⁹ Además, el día 6 de diciembre del 2018 el Ejecutivo ingresó un segundo conjunto de indicaciones, propuestas por algunos diputados en forma extemporánea.³⁰ El 23 de enero del 2019, el proyecto de ley fue votado y aprobado en la Sala de la Cámara de Diputados en general y en particular a la vez, por casi la unanimidad (139 votos a favor, una abstención), siendo despachado al Senado para segundo trámite constitucional.³¹

2.5. Segundo trámite constitucional

El proyecto de ley fue estudiado en el Senado primero por la Comisión Especial de Zonas Extremas y Territorios Especiales,³² y luego por la Comisión de Relaciones Exteriores. Esta última recibió a una serie de autoridades e invitados, aprobando el 11 de julio del 2019 el proyecto de ley en general, por unanimidad, y emitiendo su informe.³³ El 23 de julio del 2019 se aprobó en general en la Sala del Senado prácticamente por unanimidad (39 votos a favor, un pareo, ninguno en contra), fijándose plazo para indicaciones.³⁴

El error cometido con las indicaciones presentadas en la Cámara de Diputados forzaba a presentar un nuevo conjunto de indicaciones en el Senado. Ya había sido complejo justificar que un proyecto de ley ingresado con la

27 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 53-59.

28 Oficio 158-366 del Presidente de la República a la Cámara de Diputados, de 22 de octubre del 2018.

29 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 60-87.

30 Oficio 340-366 del Presidente de la República a la Cámara de Diputados, de 6 de diciembre del 2018.

31 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 104-122.

32 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 139-187.

33 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 188-222.

34 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 223-236.

firma del Presidente Piñera (en su primer gobierno), debiera ser objeto de extensas indicaciones como las presentadas en la Cámara nuevamente con la firma del Presidente Piñera (en su segundo gobierno). Explicar ahora que en segundo trámite constitucional el Ejecutivo debía una vez más presentar indicaciones a un proyecto de su propia iniciativa, resultaba verdaderamente arduo. Primero logramos convencer a algunas autoridades en la Cancillería y tuvimos un inesperado apoyo de algunos funcionarios de La Moneda; a eso se había sumado un oficio de la Corte Suprema en que coincidía con muchas de nuestras aprensiones;³⁵ y finalmente recibimos el patrocinio del nuevo Ministro de Relaciones Exteriores, Teodoro Ribera, quien se mostró especialmente interesado por la tramitación del proyecto de ley y porque este recuperara el debido equilibrio entre las perspectivas nacional/internacional de todo lo antártico.³⁶

Nuevamente se constituyó un grupo de trabajo interministerial, al que se agregaron los asesores legislativos de los senadores de la Comisión de Relaciones Exteriores y de otros interesados en el tema. Esto permitió avanzar de forma rápida y expedita en la discusión de las indicaciones, a las que se sumaron indicaciones particulares de algunos senadores.³⁷

La Comisión de Relaciones Exteriores volvió a recibir a una serie de invitados, revisando las indicaciones presentadas en las sesiones de los días 1 y 15 octubre, 26 de noviembre y 2 de diciembre de 2019. Producto de las conversaciones sostenidas, el 6 de enero del 2020 se acordó abrir un nuevo plazo, de solo unas horas, para presentar indicaciones, las que fueron aprobadas el 7 de enero de 2020. Una semana más tarde, se evacuó el segundo informe,³⁸ siendo remitido a la Sala del Senado.³⁹

La pandemia del COVID-19, que ciertamente afectó la labor del Congreso Nacional, dio tiempo para que el proyecto de ley continuara siendo analizado por las diversas entidades competentes. Esto llevó a solicitar que este volviera a la Comisión de Relaciones Exteriores, a efectos que ella emitiera un informe complementario.⁴⁰ La Comisión, que entre tanto había cambiado de composi-

35 Corte Suprema de Chile, Oficio 20/2019, de 30 de enero del 2019.

36 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 196-197.

37 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 237-255.

38 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 256-354.

39 *Diario de Sesiones del Senado*, Legislatura 367°, Sesión 99°, Ordinaria, 21 de enero del 2020.

40 *Diario de Sesiones del Senado*, Legislatura 368°, Sesión 35°, Especial, 9 de junio del 2020.

ción, celebró sesiones los días 16, 23 y 24 de junio, y 7 y 14 de julio del 2020, emitiendo su informe complementario en esta última fecha.⁴¹

La Sala del Senado discutió y votó el proyecto en particular el 21 de julio del 2020, aprobándolo con modificaciones, casi por unanimidad (38 votos a favor, un pareo).⁴² Dados los cambios introducidos, el proyecto de ley debió someterse a tercer trámite constitucional.⁴³

2.6. Tercer trámite constitucional y finalización

De regreso en la Cámara de Diputados, el 4 de agosto del 2020 el proyecto de ley fue discutido y votado en Sala. Se hicieron dos votaciones separadas. En la referida a los artículos que no tenían requisito de quorum, se aprobaron por unanimidad (142 votos a favor, sin votos en contra ni abstenciones). En la segunda votación, sobre las normas que requerían quorum, fue una casi-unanimidad (138 votos a favor, ninguno en contra, cuatro abstenciones).⁴⁴

Con ello se dio por despachado el proyecto de ley, oficiando al Presidente de la República.⁴⁵ Al día siguiente este comunicó que no haría uso de su facultad de veto,⁴⁶ por lo que la Cámara de Diputados procedió a remitirlo al Tribunal Constitucional.⁴⁷ Un par de semanas más tarde, esta magistratura resolvió la constitucionalidad de la ley aprobada, aunque con votos disidentes y prevenciones,⁴⁸ que se basan sin embargo en un cierto desconocimiento sobre el régimen antártico. Ese mismo día, el Presidente de la Cámara de Diputados, en tanto cámara de origen, comunicó al Presidente de la República la conclusión de los trámites respectivos, a fin que pudiera procederse a la promulgación de la nueva ley.⁴⁹

41 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 361-394.

42 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 396-425.

43 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 426-443.

44 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 454-466.

45 Cámara de Diputados, Oficio 15.722 (de Cámara de Origen al Ejecutivo), 4 de agosto del 2020; *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 468-486.

46 Presidencia de la República, Oficio 225/368, 5 de agosto del 2020.

47 Cámara de Diputados, Oficio 15.748 (examen de constitucionalidad), 5 de agosto del 2020; *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 487-505.

48 Sentencia en causa Rol N° 9066-20-CPR, 18 de agosto del 2020; *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 506-512.

49 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 513-531.

El decreto promulgatorio fue firmado por el Presidente Sebastián Piñera en la ciudad de Punta Arenas el 21 de agosto del 2020.⁵⁰ Posteriormente se asignaría a la nueva ley el número 21.255, se remitiría a la Contraloría General de la República y, tras la toma de razón, la Ley Antártica Chilena sería finalmente publicada en el *Diario Oficial* del día 17 de septiembre del 2020. De acuerdo a lo prescrito en su artículo primero transitorio, la norma entró en vigor 180 días después de su publicación, el 16 de marzo del 2021.

Es destacable el impulso personal que pusieron en la tramitación de la ley los ministros Teodoro Ribera y Andrés Allamand, de Relaciones Exteriores, y Alberto Espina, de Defensa Nacional. Importante rol cupo también a los senadores José Miguel Insulza, Kenneth Pugh, Carolina Goic y Carlos Bianchi. En lo personal, tuve el honor y la responsabilidad de escribir materialmente la mayor parte de la ley, muchas veces buscando reflejar el resultado de las reflexiones comunes con las que coincidía y en otras intentando una redacción que me pareciera lo menos peligrosa posible para los intereses de Chile en aquellos puntos en que había sido necesario transar con otros ministerios o con las ideas de alguna autoridad. Pero el resultado alcanzado no habría sido posible sin el apoyo y consejo permanente, decidido y prudente del Director de Antártica, Camilo Sanhueza; la capacidad de llevar nuestras ideas al debate parlamentario del Jefe de Gabinete del Ministro de Defensa, Pablo Urquizar; y el trabajo puntilloso e inteligente en la redacción final de los textos del sectorialista de relaciones exteriores del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Cristián Eyzaguirre.

3. Visión sinóptica de la ley

La Ley Antártica, Ley 21.255 (2020), cuenta con ocho títulos que agrupan un total de 58 artículos más tres artículos transitorios.

En el Título I, Disposiciones Generales, se fijan los objetivos de la ley (artículo 1°), reiterando la delimitación del Territorio Chileno Antártico hecha en 1940 con las actualizaciones derivadas de la evolución del Derecho de Mar (artículo 2°). La soberanía chilena se ejercerá con pleno respeto a las normas del Derecho Internacional (artículo 3°), aplicándose la ley en todo el territorio de la República, incluido el Territorio Chileno Antártico, así como en toda la Antártica y sus aguas circundantes a fin de dar cumplimiento a los compromisos internacionales del país (artículo 4°). Se definen legalmente una serie de términos empleados en la ley (artículo 5°).

50 Reyes, Carlos, "Piñera promulga el Estatuto Antártico Chileno: 'Guarda plena soberanía y asume todas las obligaciones internacionales que Chile ha aceptado'", *La Tercera*, 21 de agosto del 2020.

La institucionalidad antártica chilena es abordada en el Título II. Si bien, en definitiva, a todos los órganos del Estado les puede corresponder ciertas tareas vinculadas con la acción antártica nacional, aquí se definen y coordinan las competencias antárticas de aquellas entidades más relevantes en la materia y los instrumentos que orientan su actuar. El principal documento directivo es la Política Antártica Nacional, que fija los grandes objetivos de Chile en la Antártica (artículo 6°), debiendo ser aprobada por el Presidente de la República a propuesta del Consejo de Política Antártica, entidad interministerial regulada en esta ley (artículo 7°) así como en la del Ministerio de Relaciones Exteriores.⁵¹ De la Política, que debe revisarse al menos cada 10 años, se desprende el Plan Estratégico Antártico, que orienta las tareas y acciones concretas de las entidades estatales en un lapso de cinco años (artículo 8°), las que anualmente se disponen en el Programa Antártico Nacional (artículo 9°). La conducción de la Política Antártica Nacional, la coordinación interministerial y la representación internacional de Chile en temas antárticos es una función propia del Ministerio de Relaciones Exteriores (artículo 10), sin perjuicio de otras misiones específicas de esta cartera (artículo 11). Existen también competencias relevantes de los Ministerios de Defensa Nacional (artículo 12), y de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación (artículo 13). Los operadores antárticos serán los encargados de organizar y realizar las actividades operativas, logísticas, científicas y tecnológicas (artículo 14), considerando entre ellos al Instituto Antártico Chileno (artículo 15) y a los operadores antárticos dependientes del Ministerio de Defensa Nacional (artículo 16). Se da rango legal al Comité Operativo para la Evaluación de Impacto Ambiental sobre el Medioambiente Antártico (artículo 17) y se considera una serie de Secciones y Comités Antárticos Nacionales como contrapartida doméstica de los diversos foros del Sistema del Tratado Antártico (artículo 18).

El Título III trata del gobierno y administración del Territorio Chileno Antártico, considerando las atribuciones y funciones del Delegado Presidencial Regional (artículo 19) y del Gobierno Regional de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena (artículo 20). En cuanto no sea contradictorio con esta ley, se seguirá aplicando al respecto el Estatuto Chileno Antártico (1956).

El financiamiento de la actividad antártica nacional, a que se refiere el Título IV, se asignará anualmente mediante la Ley de Presupuestos, en forma desagregada y en conformidad al Programa Antártico Nacional (artículo 21),

51 Ley 21.080, de 20 de marzo del 2018, artículos 50-52.

aunque hay muchas otras inversiones antárticas que provienen de otras partidas del presupuesto.

En el Título V se fija la regulación general para las actividades antárticas, las que deberán orientarse por fines exclusivamente pacíficos, ser sustentables, garantizar la protección del medioambiente y realizarse conforme a las normas de esta ley, del Sistema del Tratado Antártico y otras que fueran aplicables (artículo 22). Hay ciertas actividades prohibidas (artículo 23) y otras que requieren permiso previo (artículo 24), así como un sistema de autorizaciones para actividades no estatales (artículo 25), científicas y tecnológicas (artículo 27) y para el zarpe y despegue de naves y aeronaves hacia la Antártica (artículo 28). Se establecen regulaciones especiales para las actividades antárticas estatales (artículo 26), científicas (artículo 29), artísticas, culturales y deportivas (artículo 30), turísticas (artículo 31), y pesqueras y extractivas (artículo 32). Se dispone sobre las acciones de búsqueda y rescate (artículo 33), y respecto a la notificación previa de las expediciones antárticas (artículo 34), así como procedimientos de homologación para actividades, expediciones, naves y aeronaves extranjeras (artículos 25, 27 y 28).

El Título VI dispone que todas las actividades que se planifiquen o ejecuten en la Antártica deberán observar los principios de protección y conservación del medioambiente antártico y sus ecosistemas dependientes y asociados (artículo 35), considerando los procedimientos adecuados para la eliminación y tratamiento de residuos (artículo 36), y sometién dose a una evaluación previa de impacto ambiental (artículos 37 y 38). Se suministrará a los operadores información al respecto (artículo 39) y quienes tengan conocimiento de la ocurrencia de un daño medioambiental antártico deberán comunicarlo a las autoridades pertinentes (artículo 40). Se dispondrá una acción de respuesta rápida y efectiva ante las emergencias ambientales (artículo 41) y todo daño ambiental antártico doloso o culpable dará lugar a las acciones de reparación ambiental (artículo 42), presumiéndose legalmente la culpa de quien ha infringido las normas pertinentes (artículo 43). El Estado de Chile será el titular de la acción ambiental, mediante el Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de la acción indemnizatoria de quien haya sufrido perjuicios (artículo 44). Será competente el Tribunal Ambiental correspondiente (artículo 45) y se aplicará subsidiariamente la Ley de Bases Generales del Medioambiente (artículo 46).

En cuanto a la fiscalización y sanciones, el Título VII establece quienes serán las autoridades encargadas de controlar el cumplimiento de esta ley, tanto en el Continente Antártico como en el resto del país, sin perjuicio que toda

persona podrá denunciar ante ellas las infracciones que conozca (artículo 47). Se tipifica un conjunto de infracciones que pueden cometer personas naturales y jurídicas, sancionándolas con multas (artículo 48). Será competente para conocer al respecto la Superintendencia del Medioambiente o la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, según los casos (artículo 49), y conforme las normas de procedimiento e impugnación que se fijan (artículo 50), incluyendo las disposiciones sobre prescripción (artículo 52). Toda sanción infraccional deberá ser comunicada al Ministerio de Relaciones Exteriores (artículo 51). Se establece también una serie de delitos especiales en materia antártica (artículo 54), que serán investigados y perseguidos por la Fiscalía Regional de Punta Arenas y conocidos por el juzgado de garantía y el tribunal de juicio oral en lo penal competente (artículo 53).

En las disposiciones finales del Título VIII se señala que la ley no irrogará gasto fiscal (artículo 55), aunque el potenciar la acción antártica nacional debiera traducirse sin duda en una mayor inversión. Para garantizar la conservación y defensa de los derechos soberanos antárticos chilenos, se mantienen en vigor, en lo que no pugnen con esta ley, el Decreto Supremo 1.747 (1940/1955) del Ministerio de Relaciones Exteriores, que delimitó el Territorio Chileno Antártico, junto a la Ley 11.846 (1955) y el Decreto Supremo 298 (1956) del Ministerio de Relaciones Exteriores, que disponen sobre su gobierno. Estas normas son anteriores al Tratado Antártico (1959), constituyendo una afirmación incuestionable e inatacable de nuestro dominio sobre el Territorio Chileno Antártico (artículo 56).⁵² Finalmente, se declara como norma supletoria general a la Ley sobre Bases de los Procedimientos Administrativos (artículo 57), y se hacen modificaciones a la Ley del Ministerio de Relaciones Exteriores respecto al Consejo de Política Antártica (artículo 58).

Conforme a las Disposiciones Transitorias, la ley comenzó a regir 180 días después de su publicación (artículo 1° Transitorio), debiendo dictarse en un plazo de dos años desde entonces los reglamentos que esta contempla (artículo 2° Transitorio). Por último, se señaló que hasta que no entrara plenamente en vigor la Ley de Gobiernos Regionales, las menciones al Delegado Presidencial Regional y al Gobernador Regional debían entenderse efectuadas al Intendente Regional (artículo 3° Transitorio).

52 Dispone el artículo IV.2 del Tratado Antártico que “ningún acto o actividad que se lleve a cabo mientras el presente Tratado se halle en vigencia constituirá fundamento para hacer valer, apoyar o negar una reclamación de soberanía territorial en la Antártica, ni para crear derechos de soberanía en esta región”, por lo que, *a contrario sensu*, todos los actos anteriores a 1961 poseen un singular valor como sustento de la soberanía antártica.

Sin perjuicio de lo que la aplicación de la ley pueda ir requiriendo, ella dispone desarrollar mediante normas administrativas las siguientes materias: Comité Operativo para la Evaluación de Impacto Ambiental sobre el Medioambiente Antártico (artículo 17), Secciones y Comités Antárticos Nacionales (artículo 18), actividades que requieren autorización previa (artículo 24), autorización para realizar actividades antárticas no estatales (artículo 25), actividades científicas y tecnológicas antárticas (artículo 27), actividades turísticas (artículo 31), actividades pesqueras y otras actividades de captura de recursos vivos marinos antárticos (artículo 32), y protección y conservación del medioambiente antártico, incluyendo la eliminación y tratamiento de residuos (artículo 35). Además, debe considerarse el Reglamento del Consejo de Política Antártica,⁵³ dictado en cumplimiento del artículo 52 de la Ley del Ministerio de Relaciones Exteriores.

4. Los objetivos de la ley como criterio de aplicación e interpretación

La extensión de este artículo no permite un análisis detallado de cada una de las normas de la ley, pero me parece que profundizar en su artículo 1°, que enuncia los objetivos que han llevado a dictarla, permite complementar adecuadamente la visión sinóptica que de ella se ha dado. Como se sabe, los objetivos de una ley constituyen un importante elemento de interpretación de la misma⁵⁴ y debe orientar en su aplicación.

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que los objetivos de la Ley Antártica no son los mismos que los de la Política Antártica Nacional.⁵⁵ Estos, aunque se recogen en un decreto supremo, están en un plano superior a cualquier norma positiva, desde que constituyen los fines del Estado de Chile, en tanto entidad política, en su acción antártica. La ley es un instrumento al servicio de los mismos.

Es necesario también considerar que el orden en que están dispuestos los objetivos de la ley revela una jerarquía entre ellos. Esta prelación es fruto de las vicisitudes en la búsqueda de un equilibrio entre una mirada más territorialista/soberanista y otra más internacionalista sobre el rol de Chile en la

53 Decreto Supremo 34 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 26 de noviembre del 2020.

54 Código Civil, artículo 19 inc. 2°.

55 Decreto Supremo 56, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 12 de diciembre del 2017. En la LVI Reunión del Consejo de Política Antártica (Santiago, 16 de marzo del 2021), se adoptó una modificación menor y actualización de tales objetivos, pero el decreto supremo respectivo aún no ha sido publicado ni entrado en vigor.

Antártica. De hecho, es distinta la enunciación de estos objetivos en el Anteproyecto de ley (2013), en que se planteaba un equilibrio con preeminencia del interés nacional; en el Proyecto de ley (2014), en que primaba una preocupación por lo internacional; y en la Ley Antártica (2020), en que se retorna al equilibrio original. Como todo resultado de una transacción, es posible que él no satisfaga a ninguna de las posiciones más extremas (ni a aquellos que ven al Territorio Chileno Antártico simplemente como un sector más de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, sin tener en cuenta ni los elementos de cogobierno internacional ni la superposición territorial con Argentina y Reino Unido, ni a aquellos que ven al Sexto Continente como un patrimonio común de la humanidad), y ello está bien. En el delicado balance geopolítico antártico, se ha buscado un punto intermedio, pero que privilegia decididamente el interés nacional. Se da preeminencia a la protección de los derechos soberanos, pero sin dejar de considerar la faceta internacional de todo lo antártico, en especial en lo ligado a la mantención de la paz y lo medioambiental.

Señala el artículo 1° que,

“La presente ley tiene como objetivos:

1. Proteger y fortalecer los derechos soberanos antárticos de Chile, con claros fundamentos geográficos, históricos, diplomáticos y jurídicos.
2. Establecer los principios conforme a los cuales el Estado de Chile, a través de los órganos competentes, conduce la política antártica y ejerce sus competencias en materia antártica.
3. Promover la protección y el cuidado del medioambiente antártico y sus ecosistemas dependientes y asociados, así como su condición de reserva natural, dedicada a la paz y a la investigación científica, a través del reforzamiento y profundización del Sistema del Tratado Antártico.
4. Potenciar y regular las actividades antárticas de Chile, incrementando su calidad de prestador de servicios operativos, logísticos, tecnológicos y científicos antárticos, e incentivando el desarrollo del país ligado a las actividades antárticas, estatales y no estatales.
5. Fomentar la actividad antártica de Chile, promoviendo el desarrollo social y económico de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena”.

Se busca así compatibilizar la consideración del Territorio Chileno Antártico como parte integrante y esencial del territorio nacional, y sometido por tanto a la soberanía chilena, con el hecho que, al mismo tiempo, nuestro país sea un actor protagónico y relativamente activo en la creación y desenvolvimiento de un régimen de gobernanza internacional al que se encuentra sometida toda el área al sur de los 60° de latitud sur y, para algunos efectos, al sur de la convergencia antártica.⁵⁶ Esta dualidad nacional/internacional exige alcanzar muy delicados equilibrios, priorizando la defensa de los intereses nacionales, pero sin llegar a vulnerar nuestros compromisos internacionales.

Esta preeminencia del interés nacional, pero en el marco de un régimen internacional, se refleja a lo largo de todo el articulado de la ley. Como señala el artículo 3°, “la soberanía chilena se ejercerá con pleno respeto a las normas del Derecho Internacional y a los compromisos internacionales del Estado de Chile que se encuentren vigentes, en el marco del Sistema del Tratado Antártico, y en conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico chileno”. Esto es, se reitera la sujeción al orden internacional, pero siendo la normativa interna el parámetro para evaluarlo. No se trata de aquella vieja discusión sobre el mandato del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), según el cual “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Aquí no se está incumpliendo tratado alguno, y muy por el contrario, la ley ha sido explícitamente dictada para dar coercibilidad a través del derecho doméstico a los compromisos de Chile en el ámbito del Sistema del Tratado Antártico. De lo que se trata, más bien, es que, al momento de interpretar y aplicar la ley, de subsanar vacíos o lagunas, de dar sentido a una expresión oscura, de tomar una decisión frente a un caso concreto, debe primar el interés nacional.

En cuanto a los fundamentos de los derechos chilenos a que se hace referencia, son los títulos clásicos en que Chile ha fundado su soberanía, y que se reiteran, con una leve variación, desde el Decreto Supremo 1.747 del Ministerio de Relaciones Exteriores (1940) en adelante. Aunque algunas explicaciones al respecto pudieran requerir ser actualizadas, en términos generales siguen siendo válidas las que ya se dieron en esa época.⁵⁷

56 La *convergencia antártica* es límite físico entre los océanos Pacífico, Atlántico e Índico, y el Océano Austral, determinado por factores naturales como la salinidad del agua, las corrientes marinas y los cambios de temperatura. Para efectos normativos, el artículo 1.4 de la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos fija una línea que uniendo puntos en diversas coordenadas geográficas se aproxima a ese límite natural.

57 Vid. Pinochet de la Barra, Óscar, *La Antártida Chilena o Territorio Chileno Antártico* (Memoria de prueba

El segundo objetivo de la ley se vincula estrechamente con la institucionalidad antártica nacional, tratada en lo principal en sus Títulos II y III, así como en diversas normas a lo largo del texto que fijan competencias específicas en determinadas materias. Se trata de un aspecto esencial, pues aborda el quehacer de los órganos que materializan la acción del Estado de Chile en la Antártica. Pero esto va más allá de la asignación de competencias, pues, como señala el propio objetivo, en la ley se fijan también los principios generales que deben orientar su actuación.

El tercer objetivo se refiere a la forma en que se vincula la actividad antártica de Chile con los aspectos propios del régimen de gobierno internacional de estos espacios. Los puntos de contacto son principalmente dos: uso exclusivamente pacífico y protección del medioambiente. Aunque la redacción de la disposición adopta una perspectiva centrada en lo ambiental, y que recuerda mucho a la del artículo 2° del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medioambiente, no puede olvidarse que la razón de ser definitiva de todo el Sistema del Tratado Antártico es garantizar la paz en el Sexto Continente. Ello, sin perjuicio que durante las últimas décadas la conservación y protección ambiental hayan tomado cada vez mayor importancia, acentuado hoy por los efectos del cambio climático.

Garantizar la paz al sur de los 60° de latitud sur o proteger el medioambiente antártico son objetivos cuyo logro supera las capacidades de cualquier Estado en forma individual. Ni Chile, ni ningún otro país, por poderoso que sea, puede avanzar en su consecución sin un trabajo coordinado con otros países, a través de la cooperación internacional. En forma preeminente, tales vínculos se materializan en el ámbito del Sistema del Tratado Antártico.

Además de diversas normas individuales que a lo largo de la ley van estableciendo relaciones entre el ordenamiento doméstico y el derecho internacional, los Títulos V, VI y VII, sobre regulación de actividades antárticas, protección y conservación del medioambiente antártico, y fiscalización y sanciones, respectivamente, contienen múltiples disposiciones destinadas a establecer como reglas coercitivas de acuerdo al derecho interno los acuerdos que sobre la materia se han alcanzado en el ámbito multilateral. De esta manera, las conductas que los Estados se han comprometido a promover o a

para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile). (Santiago: Imprenta Universitaria), 1944, pp. 25-154; Juliet Gómez, Raúl, "Exposición sobre la Antártica del señor Ministro de Relaciones Exteriores, don Raúl Juliet Gómez, ante el Senado de la República de Chile, en sesión extraordinaria de fecha 21 de enero de 1947", en *Revista Tribuna Internacional*, N° 11, 2017, s.p.

impedir, ahora son dispuestas como obligatorias o sancionada su comisión por parte de la ley chilena.

Los objetivos cuarto y quinto de la Ley Antártica apuntan en un mismo sentido de potenciar las actividades antárticas de Chile, el primero en un nivel nacional y el segundo centrándose en lo regional. Todo lo antártico comparte para nuestro país esta doble naturaleza. Por una parte, es un ámbito que implica a la nación en su conjunto y donde muchas de las decisiones se adoptan en los más altos niveles políticos de la República; por otra, el Territorio Chileno Antártico integra la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena y un gran número de las actividades que se realizan en la península antártica, las islas en sus proximidades, y en su proyección hacia el polo, utiliza los puertos y aeropuertos chilenos en Punta Arenas y Puerto Williams, y depende de un modo significativo de los servicios operativos y logísticos que desde tales ciudades se le prestan. La ley busca incentivar estas actividades, públicas y privadas, a nivel país y en el nivel regional, y sin perjuicio de someterlas a las regulaciones ambientales y administrativas establecidas.

De esta manera, el artículo 1° de la Ley Antártica debe leerse como una pauta de interpretación de la norma en su conjunto, fijado su sentido teleológico y razón de ser, a un tiempo que sirve también como una suerte de índice general de su contenido.

Conclusiones

Desde que el año 2000 se planteó formalmente, aunque de modo aún tímido, la necesidad de actualizar nuestra legislación antártica; o desde que el 2007 se dispuso avanzar efectivamente en ello; o desde el 2011 en que emprendimos la tarea definitiva en tal sentido, pasaron muchos años hasta que el 16 de marzo del 2021 entró en vigor la nueva Ley Antártica. Fue un proceso extenso y lleno de vicisitudes, de las que he recogido aquí únicamente las más relevantes. Más allá de ello, el resultado, aunque sin duda puede tener puntos que mejorar, debiera enorgullecernos como chilenos. Por primera vez nuestro país cuenta con una norma antártica realmente completa y en forma, que da cuenta de los aspectos nacionales e internacionales que le son propios. Tras más de seis décadas una ley chilena ha vuelto a preocuparse de la Antártica desde una perspectiva general. Con esto se refuerza y actualiza nuestra voluntad soberana respecto al Territorio Chileno Antártico, a un tiempo que recepciona en el orden doméstico y hace posible el cumplimiento de los compromisos internacionales que Chile ha

contribuido a forjar en el ámbito del Sistema del Tratado Antártico. Todo lo anterior es fundamental, si se tiene en cuenta que el Sexto Continente será sin duda uno de los espacios de mayor interés geopolítico en este siglo XXI. Ciertamente hay que esperar que la aplicación de la Ley 21.255 (2020) dé los resultados esperados, pero ya contar con ella es un gran avance para la política antártica nacional.

UNA LECTURA DE LA DECISIÓN SOBRE ACOSO SEXUAL ESCOLAR: CORTE IDH, GUZMÁN ALBARRACÍN VS. ECUADOR, 24 DE JUNIO DE 2020

*Lidia Casas Becerra*¹

Resumen

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha desarrollado una prolífica doctrina sobre la violencia de género, particularmente por agentes del Estado. En pocas ocasiones ha desarrollado jurisprudencia en situaciones de violencia en el marco de relaciones familiares², y a la fecha sólo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la violencia doméstica³. La Corte trata por primera vez una denuncia de acoso sexual en el contexto escolar por un agente del Estado. La situación denunciada muestra la vulneración de los derechos frente a la obligación de debida diligencia, la desidia del Estado para prevenir y erradicar la violencia en las escuelas como un hecho conocido por el Estado, y la visión estereotipada sobre el acoso que afecta a las adolescentes de parte de las autoridades educativas y judiciales que perpetua la impunidad en los casos de violencia de género.

Palabras clave: acoso sexual, violencia sexual; adolescentes; grooming; estereotipos, impunidad

¹ Profesora titular Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, directora del Centro de Derechos Humanos, lidia.casas@udp.cl

² En el caso de violencia sexual en contexto familiar véase la sentencia de la Corte IDH “V.R.P, V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, Fondo 8/03/2018.

³ CIDH, “Gonzales (ex Lenahart) y otros vs. Estados Unidos”, Informe 80/11, 2011; “Maria da Pehna vs. Brasil”, Informe 54/01, 2001.

Introducción

1. SIDH y la violencia en contra de las mujeres

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) ha desarrollado una amplia jurisprudencia en materia de violencia en contra de las mujeres, asumiendo como suya la definición de “violencia basada en el sexo” inicialmente elaborada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer en su Recomendación General N° 19 de 1992, que luego el Comité denominó como “violencia de género” en su Recomendación General N° 35 de 2017⁴. En ambos casos se considera que la violencia en contra de las mujeres es causa y consecuencia de la discriminación.

Se entiende que la violencia está basada en el género cuando está dirigida contra la mujer por el hecho de serlo o que la afecta en forma desproporcionada, la que puede manifestarse en daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad⁵. La afectación dirigida hacia las mujeres en forma específica o que las afecta en forma desproporcionada es explicativa en la alegación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”) frente al componente de género de violencia en el caso “Penal Miguel Castro Castro vs Perú” de 2006, donde precisa que todos los detenidos en el penal reciben tratos constitutivos de tortura y tratos crueles, pero que respecto de las mujeres la violencia adquiere formas específicas: “es significativo que el Estado realizó la operación militar un día de visita femenina a la prisión, más aún, ‘el ataque fue realizado [...] la semana del día de la [m]adre’”. La violencia del Estado ‘había sido planeada de forma que el castigo ejemplarizante de las prisioneras políticas y el de los prisioneros políticos varones [...] fuera presenciado por sus propias madres y hermanas’”⁶.

La mayoría de los casos que han llegado hasta la Corte IDH son situaciones en que están involucrados directamente agentes del Estado por infligir violencia específica o distinta en contra de las mujeres, es decir, formas de violencia que no se dirigen en contra de los hombres como es la violencia

4 O.N.U., Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer N° 19, 11° período de sesiones, 1992. El Caso del “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú” de 2006, párr. 303 citando la Recomendación General N° 19 “La violencia contra la mujer”. Doc. HRI/GEN/1/Rev. (1994), párr. 6.

5 O.N.U., Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer N° 19, 11° período de sesiones, 1992.

6 Corte IDH, “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”. Fondo, 25/11/2006, párr. 259 letra n).

sexual⁷. Se entiende que ella es una forma de tortura, postura que desarrollará posteriormente en otros casos⁸. El caso “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú” cimienta así la afirmación de que la violencia basada en el sexo, además de ser una forma específica de violencia hacia las mujeres, constituye una manifestación de discriminación⁹, la que también afecta a personas de la comunidad LGTBI¹⁰.

A la fecha, la Corte IDH ha resuelto solo un caso de violencia sexual en el ámbito doméstico¹¹, y ha sido la CIDH la que se ha pronunciado sobre las obligaciones de los Estados Parte de adoptar medidas para su prevención, investigación, sanción y reparación, afirmando además que la violencia en las relaciones de pareja es un reflejo de la desigualdad de las mujeres¹².

2. Hechos del caso

La denuncia se refiere a la violencia sexual cometida en contra de una adolescente, Paola Guzmán Albarracín, quien fue acosada sexualmente por el subdirector del establecimiento educacional público al que asistía cuando tenía entre 14 y 16 años. La adolescente experimentaba problemas de desempeño académico con la posibilidad de repetir el año, de modo que el docente le habría ofrecido ayuda para remontar su situación. A partir de este acercamiento, la joven inició una relación que incluyó relaciones sexuales y que habría culminado en un embarazo, siendo instada a abortar por parte del docente. La joven se suicidó ingiriendo fósforo blanco. Dejó tres cartas una a su madre y dos al Vicerrector. La alegación sobre el embarazo no pudo ser corroborada ni desechada por irregularidades en el peritaje.

7 Corte IDH, “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”. Fondo, 25/11/2006; Corte IDH, “Masacre de las dos Erre vs. Guatemala”, Fondo, 30/08/2008; Corte IDH, “Rosendo Cantú y otra vs. México”, Fondo, 31/08/2010;

8 Corte IDH, “Rosendo Cantú y otra vs. México”, Fondo, 31/08/2010, Corte IDH, “Masacre de Dos Erre vs. Guatemala”. Fondo 30/07/2008; Corte IDH, “Fernández Ortega y otros vs. México”. Fondo, 15/05/2011; Corte IDH, “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”. Fondo 4/09/2012; Corte IDH, “Masacres El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”. Fondo, 25/10/2012; Corte IDH, “J. Vs. Perú”. Fondo 27/11/2023; Corte IDH “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”. Fondo 19/05/2014; Corte IDH, “Espinoza Gonzáles vs. Perú.” Fondo, /2011/2014; Corte IDH, “Favela Nova Brasília vs. Brasil”. Fondo, 16/02/2017, Corte IDH, “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México”. Fondo, 28/11/2018.

9 Corte IDH, “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”. Fondo, 25/11/2006, párr. 303.

10 Corte IDH, “Azul Rojas Marín vs. Perú”. Fondo 12/03/2020 en que se refiere a la violencia de género por identidad de género.

11 Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”. Fondo 8/03/2018.

12 CIDH, “Jessica Lenahan (Gonzales) y otros vs. Estados Unidos”. Informe 80/11, 21/07/201; y CIDH, “Maria da Pehna Maia Fernandes vs. Brasil”, Informe 54/01, 16/04/2001.

Los peticionarios denunciaron la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la seguridad personal, a las garantías judiciales, a los derechos del niño, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial establecidos en los artículos 4, 5, 7, 8, 19, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), en concordancia con el deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de dicho tratado y de los artículos 3, 4 (incisos a, b, c, e), 5, 6(a), 7 (incisos a, b, c, e, f, g) y 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante Convención de Belém do Pará) en perjuicio de Paola del Rosario Guzmán Albarracín y sus familiares.

3. El acoso como una forma de discriminación y violencia en contra de las mujeres y niñas

El feminismo legal acuñó el concepto de hostigamiento sexual considerado principalmente como un fenómeno de violencia en el trabajo¹³, siendo este plenamente aplicable a otros contextos como el penitenciario, sanitario y educacional.

La violencia en contra de niñas es una experiencia extendida y muy estudiada desde las instancias internacionales de protección de los derechos humanos, centros académicos, organizaciones de mujeres y de derechos humanos. Esta se manifiesta de distintas formas, desde la violencia física, psicológica, sexual, además del *bullying* y el acoso sexual o el *grooming*, muchas de las cuales se intersectan sin que una desplace a la otra.

El acoso afecta en forma desproporcionada a niñas y mujeres. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 13 de 1999, señala que la violencia es “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”¹⁴. Asimismo advierte que la violencia tiene efectos importantes en la vida de niños, niñas y adolescentes que trascienden a todo su ciclo vital, y que pueden terminar en el suicidio¹⁵.

13 Backhouse, Constance, *The Secret Oppression: Sexual Harassment of Working Women* (Macmillan), 1979; Mackinnon, Catherine, *Sexual harassment of working women*, (Yale University Press), 1979.

14 Siguiendo la definición en el artículo 19, párrafo 1, de la Convención, UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence*, 18 April 2011, CRC/C/GC/13, available at: <https://www.refworld.org/docid/4e6da4922.html> [accessed 12 December 2019] <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=4e6da4d32>

15 *Ibíd.* párrafo art. 15 a).

El acoso sexual es concebido, por consiguiente, como una expresión de la desigualdad de las mujeres respecto de los hombres, como una forma de subordinación que perjudica la igualdad de las mujeres, y como una manifestación de violencia de género¹⁶.

En tal sentido, la Asamblea General de la ONU emitió una Declaración sobre la Violencia contra la Mujer que establece que el acoso sexual constituye una expresión de violencia contra las mujeres¹⁷.

a. Acoso en espacios educativos

Al igual que en el espacio laboral, el acoso en las escuelas es una experiencia cotidiana, pero a diferencia del primero, este tiene un carácter público. En el ámbito educativo también están presentes las relaciones de poder entre la persona que es blanco del acoso y el perpetrador. Timmerman, además de considerar las relaciones de poder, contextualiza el acoso dentro de un marco organizacional que coadyuva en el abuso de autoridad por la superioridad jerárquica de docentes u otras autoridades de la escuela, incluyendo a sus funcionarios¹⁸. El hostigamiento sexual en espacios educativos ha logrado notoriedad a partir del movimiento de estudiantes en las instituciones de educación superior, no así en los espacios escolares. En los últimos cinco años, las movilizaciones en casi la totalidad de las universidades chilenas da cuenta de que es un fenómeno que cruza transversalmente a jóvenes de distintas edades y estratos, y que se observa también en otros países¹⁹. El trabajo de Quintero en México da cuenta que entre las mujeres encuestadas que habían asistido

¹⁶ O.N.U. Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), *Recomendación General N° 35 sobre la violencia de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general N° 19*, 26 Julio 2017, CEDAW/C/GC/35, párr. 14 disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5a2192294.html> [Accesado el 12 Diciembre 2019]

¹⁷ UN, *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, vol. A/RES/48/104 23 February 1994 (New York: United Nations, 1994).

¹⁸ Timmerman, Greetje, “Sexual Harassment of Adolescents Perpetrated by Teachers and by Peers: An Exploration of the Dynamics of Power, Culture, and Gender in Secondary Schools”, *Sex Roles*, Vol. 48, Nos. 5/6, March 2003, p. 232.

¹⁹ Véase, por ejemplo: Lizama-Lefno, Andrea y Hurtado Quiñones, Andrea. “Acoso sexual en el contexto universitario: estudio Diagnóstico proyectivo de la situación de género en la Universidad de Santiago, Chile”, *Pensamiento Educativo. Revista de Investigación Educativa Latinoamericana*, 2019, 56(1), 1-14; Flores-Bernal, Raquel del Carmen. (2019). Políticas de educación superior sobre acoso sexual en Chile. *Educación y Educadores*, 22(3), 343-358; Hiner, Hillary, ¡Nunca más solas! Acoso sexual, tsunami feminista, y nuevas coaliciones dentro y fuera de las universidades chilenas, *Polis*, vol. 20 no. 59, Santiago mayo 2021.

a la escuela, 10.7% fueron agredidas sexualmente en los últimos 12 meses²⁰.

En el caso ecuatoriano, la incidencia de la violencia en contra de niñas como una realidad cotidiana es resaltada por la Corte IDH, pues toda la información presentada por la CIDH y por las peticionarias muestra que la violencia y el acoso sexual en los centros educativos del Ecuador era un hecho conocido por el Estado, situación que había sido advertida por distintos órganos de tratados:

De acuerdo a ese mismo Comité y otros del sistema de la Organización de las Naciones Unidas, a saber, el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Comité DESC”), y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (en adelante, “Comité CEDAW”, por las siglas en inglés del tratado respectivo), dichas situaciones de maltrato y violencia sexual, incluso en el ámbito educativo, así como de falta de educación sobre salud reproductiva, se seguían presentando en períodos más recientes (2008, 2010, 2015 y 2017)³¹. A su vez, la Organización Mundial de la Salud realizó un estudio en el que encontró que años antes de los hechos, en 1991, tres de cada diez niños y niñas encuestadas habían sufrido abuso sexual entre los 11 y los 16 años de edad; y que, en 2008, el 23,3% de las niñas y niños en Guayaquil reportaban haber sido víctimas de algún tipo de abuso sexual y que estas cifras tendrían una tendencia a aumentar si no se actuaba al respecto²¹.

Por otra parte, información generada en el ámbito estatal en 2001, muestra que el abuso y el acoso sexuales eran “problemas conocidos en el ámbito educativo que no [habían] sido abordados en forma sistemática, ni se [había] emprendido acciones sostenidas para su prevención, denuncia y sanción”. En esa oportunidad, el Consejo Nacional de las Mujeres (CONAMU) concluyó que el “acoso y el abuso sexual son una realidad en el espacio educativo” y sostuvo que los profesores son “agresores típicos”²².

20 Quintero Solís, Sandra Ivette. El acoso y hostigamiento sexual escolar, necesidad de su regulación en las universidades. *La Ventana. Revista de estudios de género*, 6(51), 245-271, 2020.

21 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs Ecuador”. Fondo 24/06/2020, párr. 45.

22 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs Ecuador”. Fondo 24/06/2020, párr. 46. Se han omitido las

No sólo los órganos internacionales de protección habían llamado la atención a Ecuador sobre la violencia escolar, sino que también el organismo nacional, la Corporación Nacional de la Mujer, había alegado la naturalización de la violencia de parte de docentes. Este organismo se había referido al estudio de Cordero y Maira publicado meses antes del suicidio de Paola, que halló que: “(i) existe una dificultad para definir el acoso y el abuso sexual, aunque el profesorado conoce de casos en sus propios colegios; (ii) existe por parte de profesores y profesoras ‘una percepción de que las alumnas tienen responsabilidad en el caso y el abuso sexual’, pues se considera que ‘[e]llas provocan o aceptan’, y (iii) existe la tendencia de minimizar el problema o desconocer los efectos en las víctimas, entre otras formas, negando los casos o no conceptualizando algunas prácticas de los profesores como abuso, o no percibiéndolas como delitos”²³.

Tanto los llamados internacionales como el conocimiento de las autoridades gubernamentales ponen de manifiesto la falta de diligencia de parte del Estado en adoptar políticas claras para prevenir y erradicar la violencia sexual en las escuelas. En este caso, las autoridades educacionales estaban en conocimiento de similares situaciones respecto de otras estudiantes, pero eran naturalizadas y desplazaban la responsabilidad de lo sucedido a la niña. Así, el acercamiento “amoroso” entre un docente casi 40 años mayor que la niña no era percibido como una cuestión problemática, pues en último caso, ella lo aceptaba, lo provocaba o lo seducía.

El acoso sexual, el grooming y las relaciones románticas

El acoso sexual puede ser entendido como aquella conducta sexual dirigida hacia una persona sin consentimiento de quien la recibe, sea de carácter física como un acercamiento no deseado, de forma verbal como pudiera ser la solicitud de requerimientos sexuales o comentarios sobre la apariencia, y actitudes o comportamientos como miradas inapropiadas. Estas provocan un ambiente hostil, o al menos, incomodidad cuando quien las recibe no las desea. Conceptualmente, el acoso sexual puede ser *quid pro quo* (por chantaje), e implica generalmente que una persona en situación de jerarquía puede solicitar o requerir ciertos “favores” a cambio de otorgar mejoras en las condiciones

referencias a pie de página.

23 Ibid. Nota 36 del párrafo

laborales. También puede producirse acoso por pares o de forma horizontal, y acoso por la creación de ambiente hostil. Este último no está asociado a un requerimiento de carácter sexual, sino más bien a una conducta sexista como podrían ser los chistes, comentarios u expresiones de otra naturaleza.

La literatura señala que existe una línea sutil entre un hostigamiento sexual hacia niñas y los actos preliminares para la obtención de una gratificación sexual hasta llegar a la violación²⁴. En ese entendido, consideramos que en este caso la actuación del docente era mixta, pues inicialmente hubo una práctica de *grooming* que le permitía el acercamiento sin sospecha, y luego, similar al de acoso *quid pro quo*, la anuencia de la adolescente podría significar algún tipo de retribución.

Entendemos por *grooming* aquella conducta cuyo propósito es preparar a niños, niñas y adolescentes para facilitar el acercamiento, cultivar y construir confianzas y someterlos a abusos posteriores que se producen de una forma sutil y de difícil reconocimiento para quien es blanco de la conducta²⁵. Es una *mise-en-scène* en la cual el depredador identifica a un potencial blanco, despliega conductas de manera inocente o inofensivas como acercamientos y expresiones de preocupación e interés, hasta establecer una “amistad” que luego se transforma en una relación abusiva donde niños, niñas y adolescentes no son capaces de identificar la situación de violencia y de vulnerabilidad en que se encuentran. Así, el chantaje del acoso sexual *quid pro quo* no aparece en forma evidente, porque después de todo ya se habría obtenido la voluntariedad del blanco.

A las conductas consistentes en ofrecer mejoras en las calificaciones académicas o dinero —es un claro caso de acoso sexual *quid pro quo*—se suma el mantener “relaciones románticas” con las afectadas²⁶. Esto constituye un chantaje emocional para una adolescente. En el caso concreto, lo que existe es la identificación de la vulnerabilidad por un mal desempeño académico con un posterior acercamiento sexual.

La sentencia alude a las declaraciones de la madre y la prima de Paola:

24 En este sentido: Vimbi Petrus Mahlangu, *Legal Understanding of Quid Pro Quo Sexual Harassment in Schools*, Bulgarian Comparative Education Society, 2017.

25 UNESCO & UN WOMEN, *Global guidance on addressing school-related gender-based violence*, New York, 2016, p. 10.

26 Ngcobo, J. E., Ngakane, M. V. & Mutukrishna, citado en “Sexual Violence by Educators in South African Schools: Gaps in Accountability”, Centre for Applied Legal Studies, University of the Witwatersrand School of Law Cornell Law School’s Avon Global Center for Women and Justice and International Human Rights Clinic, 2014 p. 3.

Según testimonios, en el año 2001, cuando tenía 14 años y cursaba el segundo año de educación básica [sic], Paola comenzó a tener problemas con ciertas materias y el Vicerrector del colegio, Bolívar Eduardo Espín Zurtúa, ofreció pasarla de año, con la condición de que mantuviera con él relaciones sexuales. En una audiencia pública ante la Comisión, la señora Albarracín mencionó que notó un cambio en Paola más o menos en octubre de 2001. Una “prima política” de Paola declaró ante el Ministerio Público que la adolescente les informó que le faltaban puntos para pasar de año pero que “ella ya iba a ver cómo arreglaba ese asunto, que no [se] preocu[aran,] que tenía un padrino dentro del colegio”. Asimismo, refirió que acompañó a la señora Petita a hablar con el señor Bolívar Espín y, al llegar Paola, él le dijo a la adolescente: “pero yo ya hablé contigo, verdad princesita”, y la tomó del hombro. Agregó que Paola le contó (a la declarante) que el Vicerrector siempre la trataba así, “cariñosamente”²⁷.

El docente, además de autoridad del establecimiento educacional, es capaz de identificar un punto de vulnerabilidad: el fracaso escolar. Se trata de un problema rodeado de estigmas, que se suma al real o imaginado reproche familiar. El funcionario actúa como un depredador en búsqueda de una presa, y como lo describen otras estudiantes, el “piropo” es parte de una experiencia compartida con el Vicerrector.

La ayuda o las promesas de ayuda pueden constituirse en chantajes del tipo “tú me das, yo te doy”, en un marco de un acoso sexual *quid pro quo*, en que quien realiza el comportamiento tiene el poder real o percibido de mejorar o empeorar las condiciones de quien es blanco del acoso; en este caso, Paola, pues es el “padrino” quien le ayudará a pasar de curso.

Esto es lo que identifica la Corte IDH, a saber, un contexto de vulnerabilidad social no sólo de Paola sino también del resto de las estudiantes. La Corte citando a Casas señala:

La promesa de ayuda, “pasar de año”, funciona en la lógica del

²⁷ Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 49. Se han omitido las referencias del texto.

“grooming”, es decir una cierta preparación, un *mise en scène* para asegurar las condiciones de un acercamiento afectivo y efectivo, en que el funcionario público, docente, posee una clara superioridad no solo por el cargo que detenta sino también por su edad. Paola es blanco, identificada como tal no sólo por su vulnerabilidad etárea de ser niña y adolescente sino por su condición específica de alguien que presenta un mal rendimiento.²⁸

3. La relación romántica y el estupro. La estereotipación

Un asunto de relevancia es el marco legal en que se investigan los hechos que son materia de este caso. Aquí se entrecruzan cuestiones sobre el consentimiento, el acoso sexual, la violación y el estupro. En el contexto de acoso sexual se sitúan las “relaciones románticas” en cuya base hay una asimetría de poder entre docentes varones y estudiantes²⁹. Para adolescentes no es fácil distinguir o identificar cuando el acosador no busca establecer una relación afectiva sino que manipula o realiza chantaje emocional a adolescentes para mantener relaciones sexuales que se construyen sobre la asimetría de poder.

Este tipo de situaciones también es observable en contextos universitarios. Docentes, ayudantes y estudiantes interactúan en distintos planos, se cruza una sutil línea entre el ofrecimiento de los primeros para “ayudar con la materia”, “preparar y manejar el estrés” de exámenes orales a estudiantes novatas que lo necesitan con el consiguiente aprovechamiento del contexto para acercarse, o de ofrecer otras ayudas en el caso de estudiantes en situaciones de mayor precariedad social o económica. De lo que allí suceda, puede darse el acercamiento romántico, por un lado, la sensación de incomodidad por los ofrecimientos, por otro, o simplemente el asombro cuando a partir del ofrecimiento, el oferente esperaba algo más.

La investigación de los hechos alrededor de la muerte de Paola se sitúa alrededor de tres figuras: el acoso sexual, la violación y el estupro. La imputación al docente, quien se dio a la fuga tras el inicio de la investigación penal, fue por los cargos de acoso sexual y violación. En su investigación administrativa, las autoridades escolares señalaron que no podía “confirm[arse] la supuesta relación

²⁸ Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 132.

²⁹ En este sentido, Vimbi Petrus Mahlangu, “Legal Understanding of Quid Pro Quo Sexual Harassment in Schools”, en Bulgarian Comparative Education Society, 2017, citando en Ngcobo et al. afirma que esas son promesas directas e indirectas de dar mejores notas, dinero o relaciones amorosas por docentes varones, p. 188.

amorosa”, y que no existía prueba de que el Vicerrector haya correspondido al “enamoramiento” de Paola”³⁰. Ello deja entrever que el enamoramiento, el amor no correspondido, es lo que lleva a la adolescente al suicidio.

En materia de investigación penal, el tribunal confirmó en instancia de apelación la imputación en contra del docente por una conducta anti-jurídica, recalificando los hechos como constitutivos del delito de estupro³¹, pues como señala el tribunal, fue ella quien lo atrajo a él, habiendo un principio de seducción:

El 2 de septiembre de 2005, la Corte Superior desechó los recursos y confirmó el auto de llamamiento a juicio, pero reformando la imputación al delito de estupro. Entre los motivos que expresó dicho Tribunal para esa modificación, se destaca que entendió que “los elementos del delito [de acoso sexual] no se cumplen en la especie [: el Vicerrector] no persiguió a Paola Guzmán[,] sino que ella requirió sus favores docentes [para salir adelante en una materia]. [E]l mismo [...] se l[os] ofreció a cambio de relaciones sentimentales”, siendo este “el principio de la seducción”. La Corte Superior consideró que la conducta del Vicerrector configuró estupro [...]”³².

En el razonamiento de las autoridades, se invierte la figura del *grooming*: no es el docente, un hombre casi 40 años mayor que Paola, responsable del acercamiento, sino que es ella al aprovecharse de su condición de adolescente para obtener favores académicos de su profesor. En otras palabras, quería pasar de curso, pero se “enamora” del seducido, y posteriormente se suicida porque no le correspondía el amor romántico. Como sostienen Martínez y Martínez, la adolescente es mostrada por el tribunal como una provocadora, quien por el hecho de pedir ayuda a un varón, se transforma en una seductora dispuesta a una transacción³³.

Las autoridades judicial y administrativa tampoco contextualizan la

30 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 83.

31 Al momento de los hechos, el Código Penal ecuatoriano tipificaba el estupro como “cópula” lograda “empleando la seducción o engaño” cuando la víctima fuera mayor de 14 y menor de 18 años como era en el caso.

32 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 76.

33 Martínez, Catalina y Martínez, Carmen, “Sexual violence against girls in schools as a public health issue: a commentary on the case Paola Guzmán Albarracín v. Ecuador”, *Sexual and Reproductive Health Matters*, Vol. 29 Issue 1, 2021, p. 3.

situación en las asimetrías de poder existente entre adolescente y adulto, y confirman los esquemas estereotipados que justifican el abuso sexual en las escuelas. Las niñas son responsables porque seducen a sus docentes. Pudiera decirse que el estupro en sí mismo consideraría los elementos de asimetría y el engaño, pero lo que aquí se soslaya es la *mise-en-scène*, pues el consentimiento de ella neutralizaría la conducta del hombre a partir de las visiones estereotipadas sobre la adolescente.

La víctima ideal, siguiendo a Christie, está imbuida de una serie de atributos: i) es una persona débil; ii) realiza una actividad o acción respetable, iii) no puede ser reprochada, pues no se ha expuesto a riesgos; iv) el perpetrador es una persona grande y malvada; y v) es un desconocido³⁴. Paola no cumple con esas expectativas. Pudiendo ser débil por su condición etaria, en la medida en que las niñas se convierten en adolescentes y luego en adultas van perdiendo esa debilidad e inocencia “propia de las niñas”, su acción podría ser considerada reprochable si lo que buscaba era obtener ciertos favores del docente, y por lo mismo ella se expone a los riesgos. Por último, el docente es un hombre bueno dispuesto a ayudar a aquellas estudiantes que lo requieren. Analógicamente, el docente podría haber dicho “solo cumplo con mi tarea: para eso estoy para educar, enseñar y prestar ayuda a quien lo solicite”.

Así Paola no se adecúa a la víctima ideal, es decir, a la imagen de aquellas mujeres impolutas que no tienen responsabilidad alguna en lo que les ha sucedido. Como dice la directora, ella no entra a clases, la encuentran en un bar, “resuelve sus problemas de mal rendimiento” a través de ayuda de un “padrino”: en resumidas cuentas, la niña-adolescente-seductora es plenamente responsable.

La Corte IDH manifiesta que en la investigación se imbricaron estereotipos de género:

La Corte reitera que los estereotipos de género se refieren a: una pre-concepción de “atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y

34 Christie, Nils. “The Ideal Victim”, en *From Crime Policy to Victim Policy Reorienting the Justice System*, Palgrave Macmillan, Miami, 1986, p. 19.

consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales”³⁵.

La Corte entiende que esta decisión muestra con claridad un análisis sesgado con base en preconceptos de género. En primer término, porque descarta la comisión de un delito a partir de evaluar la supuesta conducta de la víctima, haciéndola responsable del “principio de la seducción”. Eso muestra el entendimiento de que el hecho de requerir “favores docentes” implicaba, per se, que la víctima diera lugar a actos de “seducción”, lo que implícitamente conlleva atribuirle, al menos de modo parcial, responsabilidad en lo que finalmente ocurrió. Lo anterior denota un entendimiento de la mujer, que en este caso era una niña, como “provocadora” y permite la violencia sexual y discriminatoria ejercida en el hostigamiento, eximiendo de responsabilidad al victimario por ello. Respecto a lo último señalado, adviértase que, si bien la decisión imputa un delito al Vicerrector, descarta el delito de acoso sexual. De este modo, la decisión señalada, en forma implícita, avaló conductas de acoso sexual contra una niña, al no considerar que las mismas incluyen la “preparación” del abuso posterior, mediante la utilización de una situación de poder por parte del perpetrador, como ya fue explicado (*supra* párrs. 130 a 132)³⁶ [el énfasis se encuentra en la sentencia].

Es cierto que los y las adolescentes inician relaciones afectivas o amorosas en la medida que van creciendo; ello es parte de la autonomía progresiva. Sin embargo, las relaciones “románticas” gestadas en un marco de superioridad jerárquica y etaria requieren ser analizadas con detención para efectos de evaluar el consentimiento otorgado. En este caso, aunque Paola era mayor de 14 años, el profesor tenía casi 40 años más. Esta diferencia etaria no puede soslayarse al momento de considerar las condiciones de igualdad de la relación. En realidad, esta asimetría encubre un chantaje, por lo cual el consentimiento

35 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 188, citando: Corte IDH, “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párr. 401, y Corte IDH, “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs México”, párr. 213.

36 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 191.

sexual estaría viciado.

Se ha señalado que el acoso sexual puede acarrear severos efectos en la vida y el desarrollo futuro de un adolescente, ya sea por los impactos físicos de contraer infecciones de transmisión sexual, en la salud mental redundando en ansiedad, depresión, baja en la autoestima y ciertamente en embarazos no deseados, que pueden llevar a abortos en contextos de ilegalidad e inseguridad, el intento de suicidio y el suicidio³⁷.

La Corte IDH hace referencia al suicidio como uno de los principales factores de mortalidad entre adolescentes, en que la multiplicidad de causas interactúan entre sí, pero se agravan con situaciones de conflicto y hostigamiento, llevando al suicidio y a las autolesiones³⁸.

En este caso, la situación de violencia culminó con el suicidio de la niña, quien dejó dos cartas para el docente y una para su madre. Como mencionamos anteriormente, la denuncia realizada por la familia y por el entorno cercano a Paola sostuvo que ella se había embarazado del docente y fue conminada a abortar, siendo víctima además del médico del establecimiento escolar que realizaría el aborto. Sin embargo, el peritaje fue irregular, por lo cual estas consecuencias del abuso no pudieron sancionarse. El suicidio de Paola, siguiendo a Russell, sería femicida, pues se trataría como aquel que se produce por la impotencia que sienten mujeres agredidas o violentadas por sus parejas quienes dirigen su rabia contra ellas mismas siendo impulsadas a quitarse la vida³⁹. Esto es lo que le habría sucedido a Paola.

Como colofón de la historia de violencia, Paola fue nuevamente victimizada por las autoridades educacionales, pues al momento en que comienza a experimentar los efectos del veneno estando en la escuela, le piden a la niña que rece y su madre es contactada para que la trasladen a un centro de salud. Con su desidia, finalmente pierden tiempo en poder salvar la vida de la adolescente siendo negligentes en la protección del derecho a la integridad personal.

37 UNESCO, *La violencia de género relacionada con la escuela impide el logro de la educación de calidad para todos*, 2015, p. 5.

38 Corte IDH, "Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador", nota 164 del párr. 156, citando al Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, párr. 58; y Observación General N° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), párr. 38.

39 Diana Russell, "Femicidio por arma de fuego", citado por Vásquez Mejías, Ainhoa. "Óxido de Carmen de Ana María Del Río: un suicidio femicida". *Anclajes*, vol. XXIV, n.º 3, septiembre-diciembre 2020, p. 110.

4. Los problemas de investigación sobre los hechos y la impunidad

Muchos de los casos de violencia de género perpetrada por agentes del Estado denunciados ante la Corte IDH quedan en la impunidad. Guzmán Albarracín no es la excepción. En esa trama, a diferencia de los casos en que participan policías o miembros del Ejército, aquí son las autoridades civiles de la escuela los que colaboran en la perpetuación de la impunidad, lo cual se suma a la falta de respuesta del sistema de justicia. Las autoridades educacionales realizan un sumario administrativo, sin embargo no estiman la concurrencia de responsabilidad porque el docente no habría correspondido al “enamoramamiento”, y los dirigentes del gremio de docentes habrían presionado a otras niñas para evitar que fueran testigos en la causa penal.

La solidaridad gremial no sólo responde a lograr la impunidad del docente, sino que también envía un mensaje a toda la comunidad. Los docentes denunciados encontrarán apoyo entre sus pares, y harán más difícil la tarea al resto de la comunidad escolar frente a situaciones similares. Así, se crea un ambiente de hostilidad respecto de quienes se atrevan a denunciar logrando la impunidad.

No obstante la intervención del imputado en distintas diligencias del proceso, se dio a la fuga sin ser encontrado sino hasta el momento en que su abogado solicita el sobreseimiento de la causa por la prescripción de la acción penal. El tribunal suspendió el procedimiento hasta la comparecencia o captura del Vicerrector. Es decir, estaban todos los elementos presentes que propiciarán la impunidad. Frente a esta situación surgen, pues, otras preguntas: ¿qué medidas adoptó el Ministerio Público para llevarlo a juicio? ¿Cuál fue el trabajo policial para dar con su paradero? Como queda establecido, la única consecuencia que sufrió el docente fue su despido por ausencia injustificada a su lugar de trabajo⁴⁰.

Las peticionarias y la madre de Paola sostuvieron desde el comienzo de la investigación penal que su hija estaba embarazada del docente, o que podría haberlo estado. La alegación de embarazo suma más vulneraciones de agentes del Estado, como el médico de la escuela, quien habría participado en la realización de un aborto clandestino. El embarazo no pudo ser corroborado debido a un peritaje negligente además de vulneratorio para la madre de Paola, a quien el médico forense le exhibió el cadáver de su hija con el cuerpo

40 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 83.

abierto mostrándole el útero para indicarle que no había estado embarazada⁴¹:

La señora Albarracín declaró en la audiencia pública (supra párr. 10) que ese día, después de la muerte de su hija, el médico forense la llamó y le mostró el cuerpo de Paola desnudo y abierto, estando expuestos sus órganos. Conforme la declaración, el médico le “enseñ[ó] una carnosidad pequeña y [le] di[jo:] ‘señora, éste es el útero de su hija, no hay embarazo’”. El Estado no controvertió estas circunstancias⁴².

Paola dejó tres cartas antes de morir. El texto de una de ellas, dirigida al Vicerrector, expresa que la adolescente se sintió “engañada” por él, quien había “tenido” otras mujeres, y que ella decidió tomar veneno por no poder soportar “tantas cosas que sufría”⁴³.

Todo lo anterior irroga en un trato cruel e inhumano respecto de la madre.

En el caso “V.R.P, V.P.C y otros vs Nicaragua” de 2018, la Corte IDH ya había expresado las graves falencias de peritos frente a la investigación penal por violencia sexual⁴⁴. En ese caso, la reiteración de exámenes ginecológicos a una niña y el careo con su padre imputado por el delito de violación fueron rechazado por la niña y su madre.

5. Sobre las medidas de reparación

Es interesante advertir que en el proceso de tramitación ante la Corte IDH, el Estado de Ecuador intentó reducir las medidas de reparación solicitadas por la CIDH y las representantes, una de ellas con la necesidad de contar con apoyo de salud mental a Petita Albarracín, la madre de Paola:

El Estado recordó que el derecho a la seguridad social y el derecho a la atención médica de la señora Albarracín se encuentran adecuadamente garantizados y protegidos por ser derechos de rango constitucional, por lo cual es innecesario que el Tribunal se pronuncie sobre medidas de atención médica. Señaló que “la señora Albarracín tiene acceso al seguro social”, sin discriminación

41 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, referencia en la nota 144 del párr. 145.

42 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párrs. 55

43 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 56.

44 Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”. Fondo 8/03/2018, párrs. 172 y siguientes.

alguna en su contra⁴⁵.

Sin embargo, la idea de contar con un sistema de seguridad social en países con débiles sistemas de salud público no garantiza de manera alguna la posibilidad de acceder a prestaciones oportunas y de calidad⁴⁶. Por lo cual, cuando la Corte ordena al Estado a asegurar prestaciones de salud, viene a reforzar y eventualmente exigir el cumplimiento de tales medidas.

En un segundo orden de ideas, se encuentran las solicitudes de la CIDH y las representantes de las víctimas que buscan la adopción de medidas para prevenir la violencia en las escuelas y otorgar protección a las víctimas. El Estado mostró una batería de medidas que comenzó a implementar a partir del 2007, como dice la Corte, a petición de la CIDH y las representantes:

La Corte advierte que la Comisión y las representantes han solicitado que se ordenen acciones relativas a: a) capacitación de funcionarios públicos; b) prevención de actos de violencia sexual en el ámbito educativo; c) atención a víctimas de violencia sexual en el ámbito educativo; d) enseñanza de educación sexual; e) campañas de educación y sensibilización, y f) generación y disponibilidad de información sobre violencia sexual en el ámbito educativo⁴⁷.

Si bien la Corte valora todas las medidas que presenta el Estado, es escéptica frente a la eficacia de las mismas, pues los propios peritos del Estado establecen que no hay seguimiento ni indicadores respecto de las políticas y programas.

Pese a lo expuesto, en cuanto a la generación y disposición de información, aunque Ecuador mencionó que cuenta con el sistema informático de registro de casos de violencia sexual – RE-DEVI, la prueba pericial ofrecida por el Estado denota también la falta de información estadística sobre distintos planes, proyectos

45 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 225.

46 En países como Chile, la presencia de psiquiatras en el sistema público de salud es baja redundando en un período de espera importante solo para lograr la primera entrevista y la calidad de los servicios tampoco es diversa, Subsecretaría de Salud Pública, Plan Nacional de Salud Mental 2017, Ministerio de Salud, 2017, p. 16 y 19.

47 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 242.

y programas pertinentes. Asimismo, según se ha indicado en esa misma prueba pericial, no se han realizado acciones de “seguimiento” para asegurar la implementación del Plan Nacional para erradicar delitos sexuales en el sistema educativo⁴⁸.

Así pues, ya no bastará con proponer una batería de acciones sino que demostrar que estas son eficaces otorgando un plazo de un año para mostrar resultados, pudiendo ser asesorados por el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI), y lo llamativo es que insta a que las políticas que se implementen cuenten con la participación de las y los adolescentes⁴⁹.

Reflexiones finales

Este caso puede ser un primer paso para que el sistema regional de derechos humanos se pronuncie sobre el acoso sexual. Hay múltiples experiencias en la región en que las víctimas recorren el sistema administrativo y/o judicial en busca de una respuesta adecuada. Chile no es la excepción, y es particularmente grave la experiencia de las mujeres que han denunciado situaciones de violencia al interior del Poder Judicial. Si es que las sanciones llegan, estas pueden ser nimias en consideración al daño ocasionado a las mismas víctimas, pero también al propio sistema de justicia y su legitimidad. Jueces o funcionarios judiciales, más allá de la suspensión de funciones por algún tiempo, continúan gozando de buena salud en sus cargos.

En la medida en que las instituciones y quienes las conforman naturalicen o justifiquen el acoso sexual, este seguirá siendo otra forma más de violencia a la que predominantemente las mujeres estamos expuestas.

⁴⁸ Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 244.

⁴⁹ *Ibíd.* párr. 245.

LA SUPREMA CORTE Y EL PRESIDENTE FRENTE A LA “CUARTA TRASFORMACIÓN” DE MÉXICO

*Andrea Pozas Loyo*¹

En México, la relación entre el Presidente Andrés Manuel López Obrador (AMLO) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha sido el centro de fuertes y reiteradas polémicas. En un país crecientemente polarizado, el Poder Judicial Federal (PJF), ha dejado los márgenes de la opinión pública y publicada para volverse el foco de acaloradas disputas. Este texto busca proveer las claves mínimas de la compleja relación entre el poder ejecutivo y la SCJN en México a dos años y medio de gobierno del Presidente AMLO. Con este fin, primero presento un delgado marco contextual para ubicar el debate. Segundo, doy cuenta de los nombramientos para la SCJN y el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) ocurridos en lo que va del sexenio. Tercero presento los elementos más debatidos de la reforma judicial aprobada en 2021, así como de la ley secundaria que la reglamenta y busca extender el periodo en el cargo del Ministro Presidente Arturo Zaldívar y de las y los integrantes del CJF. Cierro con una muy breve reflexión de lo que espera a la SCJN en el futuro inmediato.

En México, la relación entre el Presidente Andrés Manuel López Obrador (AMLO) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha sido el centro de fuertes y reiteradas polémicas. En un país crecientemente polarizado, el Poder Judicial Federal (PJF), ha dejado los márgenes de la opinión pública y publicada para volverse el foco de acaloradas disputas. Por un lado, se denuncia una agenda en la que el menoscabo de la independencia judicial se concibe como una pieza clave en un esquema de creciente concentración del poder en el ejecutivo y las fuerzas armadas. Por el otro, se caracteriza al PJF como

¹ Investigadora titular de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, andrea.pozas@unam.mx

mayoritariamente compuesto por personas corruptas que buscan preservar los intereses de las élites, y a la mayoría de quienes componen a la SCJN, como “alcahuetes” al servicio del “antiguo régimen.”²

Este texto busca proveer las claves mínimas de la compleja relación entre el poder ejecutivo y la SCJN en México a dos años y medio de gobierno del Presidente AMLO. Con este fin, primero buscaré proveer de un delgado marco contextual para ubicar el debate. Segundo, daré cuenta de los nombramientos para la SCJN y el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) ocurridos en lo que va del sexenio. Tercero presentaré los elementos más debatidos de la reforma judicial aprobada en 2021, así como de la ley secundaria que la reglamenta y busca extender el periodo en el cargo del Ministro Presidente Arturo Zaldívar y de las y los integrantes del CJF. Cerraré con una muy breve reflexión de lo que espera a la SCJN en el futuro inmediato.

La lenta e imperfecta construcción de un poder judicial independiente

Para comprender el debate en torno a la SCJN es fundamental ubicar dónde se encontraban cuando el Presidente AMLO tomó posesión. Entre 1994 y 2018 el Poder Judicial Federal (PJF) en México pasó de tener muy poca independencia vis-a-vis el poder ejecutivo,³ de estar constituido por redes de patronazgo y haber sido azotado por fuertes escándalos de corrupción, a gozar de una considerable independencia, tanto *de jure* como *de facto*, y tener una carrera judicial, incompleta e imperfecta, pero con un sistema institucionalizado de ingreso y asenso por concursos de oposición para los puestos claves.

Considérense los siguientes datos puntuales para respaldar estas afirmaciones. Entre 1970 y 1994 cada presidente nominó al menos al 50% de la SCJN durante su sexenio, llegando a un 90% durante el gobierno de Miguel de la Madrid. A partir de 2000, ningún presidente ha nominado a más del 45% de la Corte. Antes de la importante reforma judicial de 1994 los ministros y ministras de la SCJN nombraban a todas y todos los jueces del PJF por medio de una norma informal de rotación con respaldo unánime, lo que

2 Como muestra de cientos de reportes ver estos dos artículos de periódicos ideológicamente divergentes, uno del inicio del sexenio, y otro de dos años después:

Denise, Dresser “Desenchachados”, Reforma, 10 de diciembre de 2018, [https://www.jornada.com.mx/notas/2021/04/19/politica/extender-presidencia-de-ministro-zaldivar-no-es-inmoral-lopez-obrador/](https://busquedas.gruporeforma.com/reforma/Documento/Web.aspx?id=143558%7COpinion&url=https://www.gruporeforma.com/Opinion/Autor/463_perfilArtOCNRM.jpg&text=descachados&tit=; La Jornada, “Extender presidencia de ministro Zaldívar no es inmoral: López Obrador”, <a href=) 19 de abril 2021

3 Ver: Mijangos, Pablo, *Historia Mínima de la Suprema Corte*, (Colegio de México), 2019.

generaba amplias redes de patronazgo.⁴ La reforma judicial de 1994 creó el CJF y con él instituyó la carrera judicial que, como veremos, tenía problemas, pero sin duda constituía un importante avance.⁵ Finalmente, no existen datos sistemáticos que permitan una comparación diacrónica de los niveles de corrupción al interior del PJJ. Pero vale la pena recordar que la reforma de 1994 fue posible, en parte, por el clima de indignación pública que había generado un terrible caso de corrupción en el que el Ministro de la SCJN Ernesto Díaz Infante presionó para que se liberara al violador y asesino de una niña de seis años a cambio de 500,000 dólares.

Actualmente, existe un consenso entre quienes interactúan directamente con el poder judicial que la corrupción es prevalente en muchos de los poderes judiciales de los estados, pero no así en el PJJ.⁶ Ahora bien, ello no implica no haya problemas al interior del PJJ, el más mediático en los últimos años ha sido la publicación en 2018 de datos de nepotismo.⁷ Dichos datos mostraron una variación importante entre circuitos, y en algunos, un muy preocupante número de relaciones familiares.

La SCJN en 2018 estaba sin duda lejos de la situación en que se encontraba dentro del sistema de partido hegemónico, cuando sistemáticamente decidía en favor del ejecutivo y era omisa en muchos casos políticamente relevantes. Sus decisiones en las dos décadas y media desde 1994 habían sido muy importantes para hacer efectivo el sistema de frenos y contrapesos y volver funcional el complejo federalismo mexicano. Sin embargo, su desempeño había dejado mucho qué desear en la protección de derechos. Esta falta es grave en un país extremadamente desigual y con una larga historia de anhelos y necesidades plasmados, mas no satisfechos, desde la promulgación de la Constitución de 1917.

Por ello, es desafortunado pero no sorprendente, que los avances hechos desde la reforma judicial de 1994 no hayan alcanzado para generar legitimidad social ni por parte de la SCJN, ni por parte del PJJ. Muestra de ello son

4 Pozas Loyo, Andrea y Ríos Figueroa, Julio, "Anatomy of an Informal Institution. The 'Gentlemen's Pact' and Judicial Selection in Mexico, 1917-1994", en *International Political Science Review*, No. 5, 2019, pp. 6647-6661.

5 Fix Fierro, Héctor, *El poder del Poder Judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*. México, (IIJ UNAM), 2020.

6 Ver Pozas Loyo, Andrea y Ríos Figueroa Julio, *Enderezar el Derecho* (MCCyI, CIDE, IIJ, ITAM, WJP, LyNCAM, ANADE, BNA), 2020.

7 Ríos Figueroa, Julio, *El déficit meritocrático. Nepotismo y redes familiares en el Poder Judicial de la Federación* (Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad) (2018). Disponible en <https://nepotismo.contralacorrupcion.mx/>

las dos últimas entregas de la Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental en las que la confianza en “jueces y magistrados” se incrementó únicamente de 31.7% en 2017, a 35.1 en 2019, a pesar de que la mayor parte de los usuarios dan altas calificaciones al PJJ.⁸

Para cerrar esta sección de contextualización sirvan un par de coordenadas sobre el actual gobierno y el contexto en el que llega al poder. Primero, es fundamental recordar que el gobierno del Presidente Peña Nieto finalizó con el menor grado de aprobación registrado, solo un 24%. Un conjunto de escándalos de corrupción fueron determinantes para este resultado. Segundo, AMLO llega al poder bajo una narrativa oficial en la que su gobierno inaugura la “Cuarta Transformación” (4T) en la historia de México tras la independencia, la victoria liberal del siglo XIX, y la revolución de 1910. Es central comprender que la identidad de la 4T está construida por oposición a “la mafia en el poder”. Bajo esta narrativa, las élites políticas, económicas, científicas y culturales, constituyen un grupo que ha explotado al pueblo, degradado la moral del país y promovido un conjunto de instituciones que deben ser descartadas. El Presidente AMLO ha reiteradamente identificado a la mayor parte de la SCJN como parte de dicha “mafia”.

Finalmente, es fundamental recordar que el actual gobierno fue el primero que gozó de una mayoría legislativa desde 1997, gracias a su coalición con el partido evangélico Encuentro Social (PES) y el Partido del Trabajo (PT). Esta condición de gobierno unificado, aunada a la popularidad del Presidente⁹ y al verdadero tsunami de leyes y decretos que han promovido en lo que va del sexenio, ha generado fuertes presiones sobre el poder judicial y la Corte pues han venido acompañados por un número considerable de juicios de inconstitucionalidad, en un contexto en el que las y los juzgadores se sienten particularmente vulnerables.

La transformación y la jerarquía judicial

El poder judicial mexicano es extremadamente vertical y su cabeza, la SCJN, no es solo la corte de casación y la corte constitucional, sino que además tiene

8 <https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2019/>, Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental, 2018. En la “Encuesta Nacional sobre la Percepción de la Calidad del Servicio en órganos jurisdiccionales 2018” realizada por el CJF, de 12,125 respuestas de litigantes y usuarios, el 52.2% (6,330 respuestas) calificaron con 10 el grado de satisfacción con el servicio proporcionado por los órganos jurisdiccionales federales, correspondiente a “excelente”, y el 29.9% (3,632 respuestas) lo calificó con 9 “Encuesta Nacional sobre la Percepción de la Calidad del Servicio en órganos jurisdiccionales 2018” (CJF),

9 <https://oraculus.mx/aprobacion-presidencial/>

mucho peso en la administración del PJP: su presidente lo es también del Consejo de la Judicatura Federal (CJF), tiene facultades para revisar algunas decisiones de este consejo y para designar a tres de sus siete integrantes, quienes con el Ministro Presidente generan una mayoría. A pesar de que esta alta concentración de poder en la SCJN ha sido el foco de múltiples críticas, la reforma judicial de 2021 la empoderó aún más minando, como veremos, la independencia de los jueces y magistrados respecto de sus superiores. Por estas razones los nombramientos a la SCJN y al CJF son particularmente importantes, y los réditos para los actores políticos de su control político son ahora más altos.

En 2018 y 2019 se abrieron dos vacantes para la SCJN.¹⁰ Gracias a la conformación del Senado, el Presidente AMLO pudo colocar a dos personas, que si bien son ideológicamente cercanas a él, han exhibido hasta ahora un comportamiento diferenciado. En diciembre de 2018, el Ministro Juan Luis González Alcántara (quien fuera magistrado del Tribunal de Justicia de la capital cuando AMLO la gobernaba) asumió el cargo. En febrero, de 2019 la Ministra Yasmín Esquivel Mossa, presidenta del tribunal de justicia de la Ciudad de México (Cd.Mx.) fue seleccionada para ocupar la otra vacante. Esta designación fue polémica pues la Ministra es conyúge de Jose María Rioboó, contratista de múltiples proyectos multimillonarios de infraestructura desde que AMLO era jefe de gobierno de la Cd.Mx. El Ministro González Alcántara contrario a las expectativas de muchos, tal vez incluido el Presidente, ha dado muestras de independencia en varios casos políticamente cargados,¹¹ no así la Ministra Esquivel.

Pero sin duda el proceso de designación que mayor debate generó fue el derivado de la excepcional renuncia del Ministro Eduardo Medina Mora 10 años antes del término en el cargo. El artículo 98 de la Constitución mexicana establece que las renuncias a la SCJN “solamente procederán por causas graves; serán sometidas al Ejecutivo y, si éste las acepta, las enviará para su aprobación al Senado.” Contrario a lo requerido, el Ministro presentó su renuncia en un breve y desaseado documento sin fecha ni justificación de su partida con base en “causas graves.” Esta renuncia fue rápidamente aceptada por el Senado y

10 Para un recuento detallado de estos procesos ver: Cortez Salinas, Josafat y Camilo Saavedra Herrera (2021) “Palomas mensajeras y halcones amenazantes: la justicia federal en los primeros dos años del gobierno de López Obrador”. *El Cotidiano*, núm. 225, pp. 42-52.

11 Ej. <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Decision-de-la-SCJN-no-exime-a-Cabeza-de-Vaca-de-proceso-penal-expertos-20210517-0013.html>

el Presidente sin mayores cuestionamientos. La versión más aceptada de lo que la motivó, que fue alimentada por el propio Presidente AMLO, fue que la Fiscalía General de la República tenía en su poder evidencia de actos de corrupción del Ministro, y que las cuentas bancarias del ministro y su familia habían sido congeladas.¹² Sin embargo, una vez aceptada la renuncia no se supo más de dichas investigaciones y las cuentas fueron descongeladas. Por ello, no fueron pocos quienes consideraron que ésta fue una renuncia forzada, y denunciaron que se había acordado impunidad a cambio de una vacante más en la Corte. Esta vacante fue llenada por la Ministra Margarita Ríos Farjat.

El CJF tuvo también tres vacantes en noviembre de 2019, y tanto el Presidente de la República como el Senado nombraron a tres personas cercanas a la 4T: Bernardo Bátiz, Loretta Ortiz y Eva Verónica de Gyvés Zárate, quienes con el Ministro Presidente Zaldívar conforman en el CJF una mayoría percibida como afín al ejecutivo.

La reforma judicial de 2021: transformación deseable o el menor de los males posibles

La figura clave de la reforma judicial es el Ministro Presidente de la SCJN, Arturo Zaldívar. El Ministro, quien logró presidir la SCJN tras un muy contencioso proceso y gracias al voto del recién nombrado Ministro González Alcántara Carrancá (nombrado por AMLO).¹³ El Ministro Zaldívar no cuenta con una carrera judicial, hecho al que se le atribuía el recelo de parte importante del PJP y la propia SCJN al momento de su elección. Como hemos visto AMLO llegó al ejecutivo con una agenda de transformación que por supuesto incluía al poder judicial y a la Corte. El Ministro Presidente, quien se ha convertido en una figura públicamente cercana al Presidente AMLO, fue el artífice reconocido de esta enmienda. La reforma es multifacética, como da muestra la caracterización que el propio Ministro Zaldívar hace de ella en un vaivén entre “la reforma judicial más importante desde hace un cuarto de siglo” y la auto-reforma “que logró impedir la intromisión del poder político en el poder judicial.” Si esta es la reforma ideal o el menor de los males posibles, dada la coyuntura política requiere un análisis sistemático que está fuera de las posibilidades de este texto, aquí puedo solo delinear su contenido

12 <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/salvador-garcia-soto-expres/por-que-renuncio-el-ministro-medina-mora>

13 Al ministro presidente de la SCJN lo nombran, por un periodo de cuatro años, sus colegas en la Corte mediante voto mayoritario.

y subrayar los puntos que mayor debate han generado.

La reforma judicial fue presentada al público como un cambio necesario para fortalecer la legitimidad del PJJF y la carrera judicial, para combatir la corrupción y el nepotismo, para focalizar y agilizar el trabajo tanto de la SCJN (por medio de mecanismos de selección de casos), como del PJJF en su conjunto (mediante la modificación de la estructura y las competencias de los órganos encargados de la resolución de contradicciones jurisprudenciales y conflictos de competencias).

Las y los críticos de esta reforma han señalado que ésta concentrará aún más poder en la SCJN y el CJF, sin incorporar mecanismos de control y rendición de cuentas, lo que pondrá en riesgo la independencia judicial interna dejando a las y los jueces al arbitrio de sus superiores mediante la manipulación de mecanismos jurisprudenciales y administrativos. Si el control de las dos cúpulas del PJJF permite el control de todos las y los juzgadores federales, la tentación de injerencia política sobre éstas aumenta, ya sea por medio de intimidación, de cooptación o de ambos.

Desafortunadamente, el análisis de la reforma se vio opacado por la energética respuesta que generó la inclusión, de forma oscura y de último momento, de un artículo transitorio en la ley secundaria que amplía el mandato del Ministro Zaldívar y de las y los integrantes del CJF nombrados por esta administración (donde la 4T ya tiene mayoría), y lo hace coincidir con el fin del sexenio del Presidente AMLO (2024). La inconstitucionalidad de este artículo no es objeto de debate: la Constitución establece de forma clara la duración de ambos cargos y prohíbe su reelección. Incluso, la defensa que el Presidente de la República ha hecho del transitorio ha sido en términos morales, no constitucionales. En sus palabras: “la ampliación no es inmoral al contrario, yo sostengo que él ayuda a que se moralice el Poder Judicial, la mayoría viene del antiguo régimen, no hay otro perfil (para asumir la presidencia de la Corte), son más bien las circunstancias.”¹⁴ Este argumento en su mejor luz, establecería que la ampliación del periodo es un mal necesario, para lograr un bien mayor: la implementación de la reforma judicial. Sin embargo, paradójicamente el transitorio contraviene los fines últimos de la reforma, pues deslegitima al Ministro Zaldívar y a toda la SCJN.

Varios juicios de inconstitucionalidad se han interpuesto ante la SCJN contra este artículo transitorio. Para responder de forma expedita al rechazo

14 Ver *La Jornada* nota 1.

generalizado que este artículo ha generado, el Ministro Zaldivar convocó al pleno de la Corte a una consulta extraordinaria. El resultado de dicha consulta está aún por definirse en el momento en que escribo este texto. Independientemente del resultado de dicha consulta, que no es un ejercicio jurisdiccional, la SCJN decidirá sobre la constitucionalidad del transitorio.

¿Qué esperar de la relación entre el Presidente y la SCJN en el futuro inmediato?

Durante la pandemia por COVID-19 el Presidente AMLO ha hecho amplio uso de los decretos presidenciales y otras formas de acciones unilaterales. Además, su mayoría legislativa ha producido un número importante de leyes muchas de ellas sumamente polémicas. Como es de esperarse, un número importante de recursos para cuestionar la constitucionalidad de estas decisiones han sido presentadas ante la Suprema Corte. Tomemos como muestra una de ellas: el conjunto de demandas referentes al acuerdo de militarización publicado el 11 de mayo de 2020.¹⁵ Este acuerdo amplió notablemente las facultades de las Fuerzas Armadas (FA), les permitió realizar detenciones, incluyendo la detención de migrantes, les permitió asegurar bienes, ejecutar ordenes de aprensión, preservar y procesar la evidencia en escenas de crimen. Más aún les dio la capacidad de tomar acciones para la preservación de la paz y el control del delito en todas las zonas federales.¹⁶ La constitucionalidad de este acuerdo ha sido cuestionado tanto por su contenido como porque el ejecutivo no tiene facultades para este tipo de acciones unilaterales.¹⁷

Sobra decir que la resolución de este caso será sumamente compleja. Durante el gobierno de AMLO las FA no solo han ampliado sus facultades, sino que han adquirido mayor autonomía presupuestal al recibir importantes contratos para la construcción de infraestructura, y la administración de

15 https://www.dof.gob.mx/index_111.php?year=2020&month=05&day=11 ACUERDO por el que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria, 11 de mayo, 2020.

16 Para un análisis de este acuerdo y los argumentos entorno a su inconstitucionalidad ver <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6197/1.pdf>

17 Ver López Olvera, Miguel Alejandro. “La disposición de la fuerza armada permanente para funciones de seguridad pública por un reglamento autónomo”, en González Martín, Nuria (coord.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: Un acuerdo desconcertante, ¿emergencia por motivos de salud o de seguridad?* (IIJ-UNAM), 2020, accessible en <https://www.juridicas.unam.mx/publicaciones/detalle-publicacion/164> y Vázquez, Daniel. “Institucionalizando la militarización en México. ¿Por qué justo ahora?: La ominosa resolución del 11 de mayo de 2020”, en González Martín, Nuria (coord.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: Un acuerdo desconcertante, ¿emergencia por motivos de salud o de seguridad?* (IIJ-UNAM) accessible en <https://www.juridicas.unam.mx/publicaciones/detalle-publicacion/164>

importantes fuentes de recursos como serán los derivados del nuevo aeropuerto. Como es sabido, México tiene una crisis de seguridad y el creciente uso de las FA para la seguridad pública aumenta el riesgo de fuertes violaciones de Derechos Humanos por parte de esta corporación. Como hemos dicho, este es solo uno de los muchos casos que la Corte tiene entre manos; lo acompañan cientos de amparos, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales que como las que cuestionan la Ley federal de remuneraciones de servidores públicos, el presupuesto para órganos constitucionales autónomos, o la construcción del tren maya.¹⁸

Finalmente, la integración de la SCJN sufrirá un cambio adicional cuando el Ministro Fernando Franco se retire a finales de 2021. Como resultado de la reforma judicial, el PJF tendrá que integrar a 120 nuevos magistrados y magistradas que constituirán casi el 15% del total de todas las personas en esta importante posición dentro de la jerarquía judicial.

Todo parece indicar que la relación de la SCJN y AMLO seguirá suscitando controversias. La presión sobre el árbitro constitucional será fuerte en la segunda parte del sexenio tanto por parte del Presidente AMLO, quien buscará avanzar y consolidar su agenda, como por parte de los partidos de oposición que han visto en los resultados de la elección intermedia de junio de 2021 la posibilidad de capitalizar el descontento de parte de la población.

18 Para un listado y un análisis de estos casos ver: María Amparo Casar y Saúl López Noriega *Los pendientes de la Corte*, (Cal y Arena), 2021.

**CÁTEDRA JORGE
HUNNEUS ZEGERS**

¿HACIA UNA TRANSFORMACIÓN CONSTITUCIONAL VIABLE EN CHILE? CÁTEDRA DE DERECHO CONSTITUCIONAL JORGE HUNEEOUS ZEGERS¹

Rosalind Dixon²

Muchísimas gracias, profesor Javier Couso, por la tan generosa presentación. Muchas gracias, decano Héctor Hernández, por sus palabras tan amables y por ser anfitrión de esta cátedra en su facultad. Quiero partir reconociendo la generosidad de la familia Huneelus en hacer posible esta serie de conferencias. Alexandra Huneelus, a quien conozco, es una destacada académica del estudio de los sistemas jurídicos latinoamericanos e interamericano. Su familia, y en especial su padre, hace posible esta conferencia. Y eso es algo muy generoso que no podía dejar de mencionar.

No podría ser mejor momento para hablar sobre derecho constitucional. Espero que las personas en el público se estén conectando porque ellos y ellas también están pensando qué significado atribuirle en sus vidas al plebiscito en el que acaban de participar, en el significado de este momento histórico del proceso en Chile y en la forma en que pueden ayudar a moldear el diálogo con respecto a cuál es la transformación constitucional que se persigue. A fin de cuentas, la Constitución la van a decidir ustedes y no las expertas internacionales como yo.

-
- ¹ Este artículo corresponde a una transcripción revisada y editada de la conferencia que la profesora Rosalind Dixon dictó en el marco de la Cátedra de Derecho Constitucional Jorge Huneelus Zegers, el día 11 de noviembre de 2020. En varias partes de la conferencia la profesora Dixon utilizó para sus ejemplos el apellido Hernández y el nombre Javier. Se refiere al entonces decano interino de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, profesor Héctor Hernández, y al profesor Javier Couso, quien tuvo a su cargo la presentación de la Cátedra Huneelus.
 - ² Académica de la Facultad de Derecho de la University of New South Wales (UNSW), Australia. Es Manos Research Fellow, Directora del Centro Gilbert + Tobin de Derecho Público, Directora Adjunta de la Iniciativa Herbert Smith Freehills sobre Derecho y Economía, Codirectora de la Nueva Iniciativa de Igualdad Económica de la UNSW y codirectora académico del Gran Desafío sobre la Desigualdad en la UNSW. Es, asimismo, Asimismo, co-presidenta de Asociación Internacional de Derecho Público, ICON-S. La autora desea agradecer a Javier Couso y Sergio Verdugo por proporcionar un contexto útil antes de la conferencia, y a Domingo Lovera por su generosa ayuda en la traducción y redacción de la transcripción de la conferencia.

Con todo, les quiero ofrecer algunas ideas y sugerencias sobre cómo este proceso puede desarrollarse si es del caso que quiere lograrse una Constitución más estable y una transformación más bien realista. Voy a dividir la presentación en cinco temas amplios. Primero, ¿qué debiese incluir la transformación constitucional? Segundo, ¿dónde se deben tomar las decisiones? Tercero, ¿en qué nivel se deben diseñar una Constitución? Cuarto, ¿cuánto de este proceso se arraiga a las tradiciones y normas chilenas de cara a, o versus, las normas y tradiciones globales? Y quinto, ¿qué tipo de procedimientos deberían desarrollarse a partir de aquí, es decir, del plebiscito?

1. ¿Preservar o transformar? Preservar y transformar

La primera pregunta es, ¿cuál es el enfoque que los chilenos y las chilenas debieran adoptar en un momento tan histórico como este, en el que pueden redefinir su Constitución? Mi respuesta sería que este enfoque debiese ser una mezcla entre la búsqueda de transformaciones constitucionales, pero también de preservaciones. ¿Por qué preservar?

Primero, porque la estabilidad es buena para la vida de las personas. Las personas tienen la expectativa de que pueden confiar en el sistema de gobierno para planificar sus vidas y tomar decisiones para sus vidas y las de sus familias. Las personas tienen conexiones con lo que ya saben y conocen. La psicología social ha demostrado, una y otra vez, que la gente tiene lo que se denomina un “endowment effect” (de atribuir más valor a las cosas por el hecho de poseerlas). Si yo le ofrezco una taza al decano Hernández y me dice, “Yo estoy dispuesto a pagar \$10 por ella”, y luego yo le digo que ahora quiero comprarla de vuelta, no sería raro que me respondiera que ahora debo pagarle más de \$10 por la misma taza. ¿Por qué? Porque nos conectamos a lo que sabemos y a lo que tenemos. Por lo tanto, existe una razón psicológica para honrar aquello que ya tenemos, al igual que un sentido o idea de la existencia de una tradición. Y lo positivo en torno a esa tradición, es algo que puede conectarnos a todos y todas juntas.

A veces las tradiciones son bien extrañas y bastante arbitrarias. Y si la gente de afuera viene y nos visita podría no entender nuestras tradiciones. Pero estas tradiciones sí tienen sentido para quienes viven ahí y las han experimentado desde su infancia. Mantener algunas de esas tradiciones es positivo, entonces, para preservar el sentido de comunidad de las personas, así como para promover una forma de solidaridad colectiva. Por lo tanto, hay buenas razones para mantener las cosas y preservarlas: la estabilidad,

las conexiones de las personas, las tradiciones positivas que nos conectan y nos unen.

Pero, asimismo, existen razones igualmente importantes para aspirar a la transformación. ¿Cuáles son estas razones? La primera es que existe un consenso amplio en Chile de que la Constitución debe repudiar la era de Pinochet. Ella ha sido ya repudiada políticamente y lo ha sido, también, en muchos otros niveles. Sin embargo, la Constitución es el documento más fundamental de un país y envía un mensaje al futuro con respecto a, por ejemplo, lo que los sudafricanos llaman el “nunca más”. En Sudáfrica, el “nunca más” de la Constitución fue el apartheid. En Alemania, el “nunca más” para la ley fundamental fue el Holocausto. Y algunos dirían que, en los Estados Unidos, el “nunca más” de las enmiendas de la Reconstrucción – las enmiendas 13, 14 y 15 – fue el repudio a la esclavitud. Para Chile, el “nunca más” de la nueva Constitución es la dictadura militar y los abusos de los derechos humanos que bajo ella se experimentaron. Eso por sí solo es una razón para aspirar a una Constitución transformativa que mande una señal clara que diga: “nunca más”.

La segunda razón para querer una transformación es una de carácter democrático. Hay algo profundamente empoderador en el ejercicio de nuestra agencia ciudadana para reclamar la Constitución como nuestra. Y hasta cierto punto es irrelevante si es similar o es muy distinta; es simplemente el proceso de estar involucrado lo que importa. Por supuesto que no podemos rehacer la Constitución todos los años, probablemente ni siquiera la queremos reemplazar cada década. Nuevamente, hay algo deseable con respecto a la estabilidad y la Constitución que, como ocurre con el promedio de ellas, va a durar unos 19 años.³ En Chile debiesen, de hecho, enfocarse por lo menos en lograr una Constitución que alcance los 19 años de duración. Sin embargo, rehacerla y reformarla en su completitud es un ejercicio de ciudadanía democrática que se debe celebrar como un ejercicio de autogobierno que nos hace libres. Es lo que el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Stephen Breyer, llamó en un breve, pero bello, libro que escribió una forma de “libertad activa”. Ejercer el autogobierno democrático es una forma muy importante de ser libres.⁴

La tercera razón para pensar en torno a la transformación constitucional, es la clara demanda en la sociedad chilena por reformas económicas y sociales.

3 Nota del editor: la profesora Dixon se refiere a un estudio en el que se sugirió que las constituciones duraban, en promedio, 19 años. Véase, Elkins, Zachary et al., *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge University Press), 2012.

4 Breyer, Stephen, *Active Liberty: Interpreting our democratic constitution*, (Knopf Publishing), 2005.

Existe la idea extendida de que el sistema de pensiones necesita una reforma, que el sistema de salud necesita reformas y que hay muchísimas otras áreas de las políticas sociales y económicas donde las personas han hablado, ya sea a través de sistema de votos, ya sea a través de protestas, diciendo que quieren un cambio. Las constituciones, como les voy a explicar en los comentarios que seguirán, no puede resolver todos los reclamos por cambio ni las aspiraciones asociadas. Sin embargo, pueden entregar un marco para ellos, así como establecer las bases y las reglas para que las reformas sociales y económicas sean posibles.

Les quiero sugerir, sin embargo, que es importante reconocer que van a existir desacuerdos sobre cuál es la naturaleza de esa reforma y cómo será. Y ello es saludable y es apropiado para una democracia. En otras palabras, no debiésemos asumir que porque la gente quiere una reforma, todos van a estar de acuerdo con respecto a cómo debe ser esta reforma. Y por ello creo que tenemos que diseñar el proceso de creación y de reforma de la Constitución que tenga este desacuerdo muy presente.

Mi manera de explicar este desacuerdo tiene sentido para algunas personas, mientras que no para otras. Así es que perdónenme por unos minutos si es que no les hace sentido. Una forma de entender el debate con respecto a las reformas económicas, la encontramos entre aquellos que son socialistas democráticos y los que son lo que yo llamaría liberales democráticos. Los socialistas democráticos creen que el Estado tiene un amplio e importante rol que jugar en la entrega de algo así como un sistema público de salud y de pensiones. Y que existe algo deseable con respecto al Estado como el exclusivo proveedor de estos derechos y servicios claves; porque asegura igualdad en el acceso y un cierto tipo de economía de escala que no apunta al lucro y que se deshace del desperdicio que se asocia a la intervención de múltiples proveedores.

Lo vemos en Estados Unidos en las últimas primarias democráticas, a propósito del debate entre el senador Bernie Sanders y la senadora Elizabeth Warren; la idea de que las empresas de salud estén ganando dinero y siendo rentables es vista como un problema que debe solucionarse. Por lo tanto, proponen que los Estados Unidos debiera girar más bien hacia un sistema como Medicaid o Medicare, donde hay un único pagador y un solo proveedor en el contexto de un sistema público. La proponente más famosa y glamorosa hoy en día es Alexandria Ocasio-Cortez, pero todos tenemos nuestro propio proponente nacional de esta visión, y claro, atrae bastante.

Mi propia filosofía tiende a ser un poco más liberal que socialista democrática. Una parte de mi biografía que Javier tal vez omitió a propósito, es que fui profesora asistente en la Universidad de Chicago. Una de las conexiones entre Chile y Chicago es, por supuesto, la de los “Chicago Boys”. Quiero decir, Javier, que soy una de las “Chicago Girls”, y las chicas Chicago piensan distinto con respecto a la economía. Las chicas Chicago son más democráticas que los neoliberales, pero aun así tienen cierta conexión con los mercados. Esto por los beneficios económicos que aseguran, así como por la capacidad de poder entregar opciones de decisión individual a las personas.

Entonces, mi propia visión preferida con respecto a las reformas económicas es liberal democrática. Esta visión rechaza el neoliberalismo y la idea de que el Estado no tiene un rol que jugar al regular mercados o garantizar dignidad y un mínimo social generoso para todos y todas. En cambio, sostiene que el liberalismo, para que sea realmente legítimo, debe garantizar tres cosas.

Uno, debe entregar acceso realmente universal a un estándar decente de vida que permita llevar adelante una vida digna. Esto quiere decir que el sistema debe entregar una pensión y ofrecer un sistema de salud que asegure el acceso realmente decente para todos y todas. Sin embargo, no a través de un solo sistema de pago, sino que a través de lo que yo denomino una línea de base pública. Esto es, la idea de que existe un sistema al que puedan tener acceso todos aquellos que lo necesiten, mientras que todos aquellos que tengan los medios puedan contratar seguros privados, así como utilizar otras opciones para poder ahorrar para sus propias pensiones y su propia salud, ya sea a través de cuentas privadas o por medio de un sistema privado de salud. Sin embargo, la línea de base pública, si es realmente adecuada, asegura que no existan variaciones entre las partes más ricas de Chile y las menos ricas, sino que es universal y decente para todos.

Yo creo que eso está más cercano al modelo australiano – bueno, ocurre que soy una “Chicago Girl”, así como una “Sydney Girl” – donde hasta cierto punto el modelo de línea de base público es una solución de compromiso entre los modelos socialistas democráticos de Europa del Oeste y el modelo neoliberal de los Estados Unidos. Con todo, mi punto aquí es simplemente anotar que hay desacuerdo. Ustedes no me pidieron hoy día que diera una conferencia relativa a las reformas económicas y sociales. Lo que estoy tratando de subrayar es que existe consenso en Chile con respecto a la necesidad de una reforma económica y social, pero también desacuerdo con respecto a cómo se debe abordar esa reforma. Y que ello es saludable y también productivo, al

punto que se debe reconocer abiertamente en el espíritu del diálogo constructivo. No podemos permitir que el proceso de reemplazo de la Constitución falle o se vea sobrecargado por ese desacuerdo. Debe ser un proceso que guíe, moldee y empodere las reformas económicas y sociales, pero que no debe estropearse por el legítimo desacuerdo entre el socialismo democrático y las aspiraciones liberales democráticas para una transformación económica.

2. ¿Cuándo decidir? Aplazando algunas decisiones

El segundo tema que quiero abordar se refiere al cuándo se deben adoptar las decisiones. El profesor Tom Ginsburg – que es un “Chicago Boy”, aunque en verdad sus visiones políticas y económicas lo acercan más al mundo de Berkeley –, escribió conmigo un artículo llamado “Decidiendo no decidir: postergando en el diseño constitucional”.⁵ En ese trabajo decimos que es importante para los y las constituyentes decidir lo suficiente, pero no tanto.

¿Por qué no tanto? Porque pueden cometer errores si tratan de abordar todo el futuro. Ello haría muy difícil, por la variedad y profundidad de los temas, permitir los acuerdos. Si estamos en desacuerdo con respecto a una reforma económica y social y tratamos de decidir absolutamente todo con respecto al sistema de pensiones en una asamblea constitucional, jamás vamos a terminar. Tiene que haber cosas que dejemos para los días posteriores, tanto para que el proceso no se vea sobrecargado con el desacuerdo como porque debemos aceptar que hay ámbitos donde puede haber cambios; la tecnología puede cambiar, el COVID puede cambiar nuestro mundo, y podemos dejar abiertas algunas decisiones constitucionales para poder acomodarlas a esos cambios.

Ahora bien, cuando decimos aplazar algunas decisiones no puedes simplemente dejar todo para el futuro, la nueva Constitución tiene que proveer un marco, guías y principios. Pero sí tratan de decidir demasiado en este único momento, van a sobrecargar el proceso y van a crear errores. Claro, una de las vías con las que el constitucionalismo lidia con estos problemas es permitiendo las reformas constitucionales en el futuro. Pero, de todas formas, si se sobrecarga demasiado ahora la Constitución va a ser menos resiliente, va a durar menos y será menos exitosa.

Una de las cosas que reclamamos en este trabajo, consiste en la falta de atención respecto de las muchas formas en que las decisiones pueden aplazarse. A veces el aplazamiento será a corto plazo, de hecho, cercano a una

5 Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom, “Deciding not to decide: Deferral in constitutional design”, en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, Nos. 3-4, 2011.

delegación. A veces un aplazamiento será de más largo aliento. Creemos que hay tres mecanismos principales en este sentido.

Primero, el modelo americano, donde se prefiere utilizar en la Constitución un lenguaje abstracto, general, parsimonioso, que si han estudiado derecho constitucional van a asociarlo inmediatamente con la famosa opinión del juez Marshall en el caso *McCulloch v Maryland*.⁶ Allí, Marshall sostuvo que las constituciones no permiten la prolijidad de un código legal, deben durar para el tiempo por venir. ¿A qué se refiere exactamente Marshall con esto? Se refiere a que las constituciones tienen que estar escritas en términos abiertos, en un lenguaje abstracto y sin mucho detalle. Ahora, el efecto de esto es dejar ciertas decisiones para las cortes, para que sean ellas las que deciden qué es lo que este lenguaje abstracto quiere decir. Esta, como decimos, es una manera posible de aplazar las decisiones, y depende en cierta medida en el grado de confianza que se tiene con respecto a las cortes y en una cierta concepción de las constituciones como estos documentos abstractos. Es verdad que, con el tiempo, se ha vuelto un modelo bastante menos común en el mundo, especialmente en la sur global. Pero es, en definitiva, una posibilidad.

El segundo mecanismo o posibilidad, es lo que Tom Ginsburg y yo llamamos una “by law clause” (un tipo de disposición constitucional que explícitamente delega ciertos asuntos a la legislación futura). Es simplemente una disposición de la Constitución que señala que el parlamento puede o debe – puede ser una delegación obligatoria o discrecional – aprobar leyes sobre un determinado asunto. Por ejemplo, los y las constituyentes en la Convención Constitucional chilena podrían establecer una disposición en la que se señale que el Congreso puede o debe (dependiendo del modelo adoptado) aprobar leyes de reforma al sistema de pensiones dentro de un plazo de tres a cinco años desde otorgada la Constitución. De hecho, podrían especificar algunas guías o pautas acerca de cómo debiera ser esa legislación. En cualquier caso, se trata de un modelo muy diferente a uno que trata de incluir los detalles de toda la reforme previsional en el texto mismo de la Constitución.

Creemos que este modelo que denominamos de “by law clause”, ofrece una alternativa atractiva en tanto herramienta moderna de elaboración o creación constitucional, que además es consonante con la emergente tradición constitucional del sur global. En efecto, en esta tradición se vienen adoptando constituciones más específicas y que transfieren más decisiones para los

6 *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

congresos que a las cortes. Por eso, creo que se trata de una alternativa que merece un estudio más acabado por los y las constituyentes de Chile, como un modelo prometedor para diseñar las disposiciones constitucionales de varios ámbitos, incluidos, diría, las disposiciones sobre derechos sociales.

La tercera posibilidad de aplazamiento consiste en adoptar un lenguaje constitucional específico, pero conflictivo al mismo tiempo. Por ejemplo, garantizar constitucionalmente el derecho a la propiedad, pero también el derecho a la vivienda adecuada. Estas dos disposiciones inevitablemente van a entrar en conflicto, por ejemplo, cuando la gente se encuentre en sus lugares de asentamiento informal (como las tomas) situados en propiedad privada y su dueño solicite la evicción de esas personas para así poder disponer de su propiedad (por ejemplo, para desarrollar un proyecto inmobiliario).

Hay por cierto maneras de reconciliar estos derechos. Una de las mejores maneras en el mundo, según mi punto de vista, que ofrece una suerte de modelo para abordar estos debates, se encuentra en la Constitución Sudafricana y el lenguaje a que echa mano la sección 25 de esa Constitución al intentar balancear el derecho a la propiedad privada y los otros intereses sociales relevantes.⁷ Sin embargo, la otra alternativa, como digo, es adoptar el derecho a la propiedad y el derecho a la vivienda y dejar que las cortes, y en alguna medida, hasta donde sea posible, el Congreso, establezcan o busquen la forma de reconciliar estas disposiciones en disputa.

Esto es un modo de aplazamiento de las decisiones paulatinamente al alza. Tiene algunas ventajas, como darle algo a ambos lados. Sin embargo, se trata de un modelo que yo aconsejaría mirar con cierta precaución. Cierto, permite a la élite ir a su base electoral y decir, “ven, ganamos el derecho a la propiedad”, y la izquierda ir a las suyas y decir, “ven, ganamos el derecho a vivienda”, cuando la verdad es que los dos grupos obtuvieron solo la mitad. Esto puede ser algo, de todas maneras, bueno. A fin de cuentas, se trata de un compromiso.

Pero si a la gente se le prometió un todo – les dijeron, “ganamos el derecho de propiedad” – y ocurre que solo obtendrán una versión modificada del mismo, o en cualquier caso una versión limitada del derecho, entonces van a estar decepcionados. Y puede que culpen a la Constitución por esa decepción

7 Nota del editor: se trata de intereses que en Chile hemos denominado como los relativos a la función social de la propiedad. En efecto, la sección 25 de la Constitución de Sudáfrica, dispone que nadie podrá ser privado de la propiedad, salvo en los casos en que la ley así lo disponga (1). En efecto, agrega que se podrá expropiar para satisfacer fines públicos o en virtud del interés público (2.a) Añade que, a los efectos de esta sección, el interés público incluye el compromiso de la nación con la reforma agraria y con las reformas adecuadas para lograr un acceso equitativo a todos los recursos naturales de Sudáfrica (4.a).

al no advertir que las constituciones siempre importan una forma de compromiso, lo que se traduce en un incumplimiento de su promesa. Por lo tanto, este tercer modelo de disposiciones específicas, pero contradictorias, que Tom y yo caracterizamos como intercambio de seguros (“insurance swaps”),⁸ ofrece un modelo atractivo que permite una salida pragmática a través de estos compromisos. Pero acarrea, también, un cierto peligro: que los y las representantes políticos de ambos lados vendan a sus sectores los resultados de esos acuerdos como victorias de su sector, de esta manera abriendo un margen para la decepción y por lo tanto un desencanto con el proyecto constitucional que puede terminar amenazando la legitimidad y la estabilidad de la nueva Constitución. En definitiva, se trata de una herramienta que, aunque está sobre la mesa como una posibilidad, debe ser utilizada con mucha precaución.

3. ¿A qué nivel decidir? Una Constitución multinivel

El tercer tema que quisiera tocar se refiere a los diferentes niveles en los que las constituciones pueden consagrar o decidir asuntos. Nuevamente Estados Unidos domina nuestra imaginación sobre estos asuntos en el mundo, en especial en países que han tenido una relación histórica con Estados Unidos, como Chile o Australia. Y en ese sentido, vemos a la Constitución como un documento muy similar al modelo recogido en el proceso de enmienda del Artículo 5 de la Constitución de los Estados Unidos que establece fuertemente un sistema de constitución rígida.

Pero la realidad es que, si leen con atención el Artículo 5, van a ver que tiene un sistema de enmienda o reforma muy difícil de implementar para la mayoría de las disposiciones de la Constitución, y un sistema casi imposible de implementar con respecto a algunas disposiciones como la relativa al derecho de cada Estado a llevar dos senadores al Congreso de la Unión. Así es que, en efecto, la Constitución estadounidense por sí sola entrega luces sobre el modelo que el profesor David Landau de la Universidad del Estado de Florida y yo llamamos un enfoque escalonado o en niveles (“a tired design”) con respecto al diseño constitucional.⁹ Se trata de un enfoque que crea múltiples niveles o escalas para una constitución y que distingue entre lo que ustedes podrían llamar los aspectos constitucionales fundamentales o mínimos

8 El término está tomado de Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom, “The South African Constitutional Court and Socioeconomic Rights as ‘Insurance Swaps’,” en *Constitutional Court Review*, N° 4, 2011.

9 Dixon, Rosalind y Landau, David, “Tiered Constitutional Design”, en *The George Washington Law Review*, Vol. 86, N° 2, 2018.

democráticos contenidos en una constitución, por una parte, y otras disposiciones constitucionales más susceptibles al cambio y a ser objeto de una revisión constante, por otra.

David y yo sugerimos, entonces, que una vez que se diseña una constitución, ésta debe operar al menos en dos niveles: a un nivel ordinario y a un nivel altamente blindado. Y debiéramos preocuparnos de reforzar esa división no solo a través del procedimiento de reforma, sino que también por el lenguaje que utilizamos. La ciudadanía debiera conocer el nivel de disposiciones constitucionales fundamentales desde el corazón. Debieran saber y comprender que los valores de la democracia, la unidad, la igualdad, la libertad, así como las garantías básicas del estado de derecho que se encuentran en ese núcleo central o fundamental de la Constitución, son los valores del país. Estos valores deben enseñarse a los niños en las escuelas y se deben celebrar en las festividades nacionales. Y es que la ciudadanía es el garante final de la estabilidad y el respeto de la Constitución. Por lo tanto, para que una estrategia que trata de establecer límites con respecto a ciertas áreas tenga éxito, es decir, para que establezca áreas que no sean de fácil alteración, se requiere que el reconocimiento constitucional no solamente se encuentre establecido a nivel formal. Sino que, además, tenga raigambre política y social.

Giremos nuestra atención a Venezuela durante los años 2007 y 2009 y los intentos de cambios constitucional de entonces. La resistencia más efectiva frente al cambio fue la popular, no la legal. Y esa resistencia se construyó en rededor de ciertos valores fundamentales como la libertad de expresión y otras libertades que, tanto estudiantes como otros sectores, se movilizaron para defender. O pensemos en el caso de Ecuador y los intentos del presidente Correa para extender sus períodos en el mando. Cuando quiso mantenerse por un tercer período, fue la agitación social y no las cortes lo que impidió que tuviera éxito. Necesitamos fomentar y empoderar la participación ciudadana para la protección de ese mínimo democrático. Esto quiere decir que, cuando se bosqueje la nueva Constitución, estos valores fundamentales o mínimos democráticos que incluso podrían ser inmodificables – por ahora diré solamente que debiera ser muy difícil reformarlos – estén escritos en un lenguaje lo suficientemente breve, accesible y comprensible para que la ciudadanía pueda llevarlos hacia, y en, sus corazones.

El segundo nivel, esto es el nivel constitucional ordinario, es el que se refiere a los asuntos del gobierno del día a día. Hay muchos asuntos complejos del mundo moderno que una Constitución debe abordar, por lo que este

nivel puede ser muy largo y no tiene que ser especialmente comprensible para los niños en las escuelas. De hecho, probablemente va a ser algo con lo que solamente los políticos y los abogados se van a vincular en el día a día. Pero eso está bien si este nivel opera en paralelo con, y en complemento, con ese otro nivel de valores y mínimos fundamentales. Este segundo nivel típicamente se debe diseñar con una visión de dinamismo y flexibilidad. Esto, debido al hecho que necesitamos o quizá tengamos que adaptar el sistema para que funcione. Y por ello, debe ser un aspecto de la constitución que debe ser relativamente sencillo de reformar y escrito en un lenguaje que permita el funcionamiento del sistema, sin importar si es extremadamente complejo de entender.

La Constitución ideal en mi cabeza, entonces, en un mundo moderno, en especial considerando las tradiciones y fortalezas del sur global más que las del modelo americano – aunque, por supuesto, lo podemos encontrar en el Artículo 5 si es que los miramos detenidamente –, es un modelo de Constitución de dos o tres niveles, si quieren, que cuenta con un grupo de valores o mínimos fundamentales altamente blindados al cambio y la reforma y que se expresan en un lenguaje atractivo para la gente, junto con otro nivel ordinario que es más flexible al cambio, fraseado en un lenguaje mucho más difícil de comprender, pero que le permita lidiar con las complejidades de un gobierno moderno.

4. Lo global y lo local en el proceso constituyente

El cuarto asunto que deseo abordar se refiere a la relación entre lo global y lo local. Una de las preguntas que recibí de parte de muchos colegas de los medios en Chile, y que me parece especialmente relevante, fue la pregunta de sobre si Chile debiese comenzar desde cero (desde una “hoja en blanco”) a redactar una nueva Constitución. De cierta forma ya contesté esta pregunta en la primera parte de la conferencia, al señalar que debiera comenzarse mirando a la estabilidad, valorando la tradición y la historia, no obstante el movimiento sea hacia la transformación. Pero también existe la pregunta relativa a si debe comenzarse mirando a modelos globales o a los modelos locales. ¿Cómo es que realmente se empieza a redactar una nueva Constitución democrática?

Mi sugerencia es mirar a lo global porque ofrece importantes modelos e inspiraciones, pero sin perder de vista que se debe comenzar desde lo local. Se debe comenzar con un conjunto de prioridades y objetivos nacionales, identificando cuáles son las tradiciones sobre las que se debe construir en Chile, así

como cuáles son las aspiraciones de transformación. Una vez que entiendan estas aspiraciones, pueden echar mano a las experiencias de Túnez y otras partes de Latinoamérica, Kenia o Sudáfrica, probablemente algunos de las mejores constituciones para encontrar modelos para alcanzar las aspiraciones chilenas.

Finalmente, se crea una suerte de diálogo “glocalizado”¹⁰ en el acercamiento a la redacción de una nueva Constitución. Se comienza con las aspiraciones nacionales, y se dibuja desde las experiencias globales para poder asegurarse de que el texto y la estructura de la Constitución esté a la altura de esas aspiraciones. Mi sugerencia es que hay tantos expertos maravillosos en diseños constitucionales comparados en Chile, que se puede ser ambicioso y mirar ampliamente: pueden mirar a Latinoamérica, pueden mirar hacia Estados Unidos y España, pero pueden también mirar y analizar el resto del mundo. Y ese mundo ofrece interesantes modelos y ejemplos.

Por supuesto, cuando tomamos algo de la experiencia de Kenia, tenemos que entender muy bien que Chile es diferente. No puede solamente tomarse algo prestado, envolverlo e insertarlo. Günter Frankenberg ha criticado muchísimo a la gente como yo, aunque no a mí en particular, pero sí a académicas como yo, que viene, da consejos y dice, “¿qué tal si ustedes simplemente toman el modelo de Kenia”, sin siquiera pensar en las diferencias de contexto, historia, tradición y las particularidades que nos hacen un pueblo¹¹. Por ello es muy importante que las personas que vayan a ayudar en el proceso chileno de redacción de una nueva Constitución y que sugieren modelos globales, lo hagan prestando mucha atención a las similitudes y diferencias entre esos modelos y Chile. Y en este sentido, hay cuatro niveles que yo siempre les digo a mis estudiantes que deben considerar cuando piensen en similitudes y diferencias comparativas.

Lo primero es el texto. Pero esto da lo mismo si es que están redactando una nueva Constitución, porque tienen que redactar uno y no interpretarlo.

Lo segundo es sobre estructura. No tiene sentido en un sistema presidencial tomar prestadas regulaciones diseñadas para operar en un sistema parlamentario o viceversa. A veces las instituciones están conectadas a la forma de estado federal, de forma que tiene sentido tomar prestadas algunas regulaciones entre modelos federales, pero no si no es el caso. Hay que estar

10 Nota del editor: como quedará claro enseguida, el término hacer referencia a un diálogo que es tanto global como local.

11 Véase, en especial, el capítulo 4 de su *Comparative Constitutional Studies: between magic and deceit*, (Elgar), 2018.

muy atentos, por lo tanto, a los efectos estructurales de los sistemas, pues las disposiciones constitucionales no funcionan en un vacío. Sino que operan como paquetes y las estructuras tienen que centrarse en determinar cómo van a insertarse comparativamente.

También es aconsejable pensar en países con los que compartan algún tipo de tradición e historia legal. Por eso es muy importante no confundir lo que denomino similitudes coloniales lingüísticas con relevantes similitudes históricas legales. Por ejemplo, podría ser que la repudiación de la dictadura militar y el abuso de derechos humanos haga que Chile sea más parecido a algunos países de África o Asia, al igual que Latinoamérica, más que a los países de Europa occidental. Uno debe pensar en similitudes históricas no solamente en una larga línea de tradición, sino que también en términos de las aspiraciones transformativas que la Constitución refleja.

Lo último que deben considerar son las condiciones políticas y sociales. Si toman algo que funciona muy bien en una democracia multipartidista, pero ustedes tienen un solo partido, no va a funcionar. Similarmente, si están escogiendo experiencias que funcionan muy bien en países que tienen flujos migratorios a gran escala y lo insertan en una economía cerrada, podría funcionar como podría no hacerlo. Hay que preocuparse especialmente por el contexto. Y es por eso que tienen tanta suerte de tener tantos expertos en derecho comparado, como también personas alrededor del mundo que, como yo y otras, podemos ayudar a pensar si es que esto va a funcionar en Chile.

En cualquier caso, la iniciativa es siempre algo que debe venir de las personas en Chile: esto es lo que queremos alcanzar, cómo podemos lograrlo, por favor, ayúdenos a pensar al respecto por medio de un diálogo “glocal” para poder hacer que la presidencia (por ejemplo) funcione en Chile. Cualquier sugerencia de importar un set completo de disposiciones y normas desde otras partes, sin ese diálogo contextual que es clave para el éxito de esas experiencias, es, en mi opinión, un error.

Ahora bien, soy una abogada. Y las abogadas nunca hacemos grandes declaraciones sin ofrecer algunas excepciones. La excepción que quiero sugerir a lo que acabo de decir, es que existe un área en la que no siempre debemos adaptarnos, sino más bien estar comprometidos con lo universal. Hay ciertas formas en las que el mínimo democrático se debe anclar en prácticas globales reales. No podemos responder a la pregunta sobre qué necesita la democracia solo leyendo las grandes teorías políticas de John Rawls, Frank Michelman o Ronald Dworkin. En una democracia donde estamos en desacuerdo, la mejor

manera de saber cuáles son los mínimos que requiere la democracia para funcionar, es mirar alrededor del mundo y pensar: ¿qué es lo que las democracias que funcionan comparten en términos institucionales? Separación de poderes, estado de derecho, algún grado de reconocimiento y protección de derechos individuales, en especial los de carácter civil y político, elecciones libres y multipartidistas.

Esto lo que podemos apreciar de una suerte de prácticas globales inminentes. Y a su respecto no hay negociación. No existen versiones de estos mínimos, no hay algo así como la versión de Singapur o la de Chile de esos principios. Se trata más bien de un compromiso mínimo común entre todas las democracias que cualquier grupo de declaraciones fundamentales que llevan por nombre Constitución debiera proteger. Ese compromiso incluye un nivel básico de protección de derechos humanos, así como procedimientos políticos estructurales que forman parte de ese núcleo no negociable que cualquier Constitución verdaderamente en forma debiera reconocer y resguardar.

5. El proceso y sus principios: ¿cómo alcanzar una transformación real?

Ahora corresponde el quinto tema anunciado y que se refiere a los procesos, la pregunta por el cómo. ¿Cómo pasamos de este abrumador porcentaje de 80% de votación en favor de un cambio constitucional, y yo agregaría, en favor de una transformación constitucional, a un cambio real? ¿Cómo pasamos del reclamo por una transformación a una transformación realista? Aunque el proceso es importante – y quiero ofrecer varias sugerencias con respecto al tipo de proceso que va a ser capaz de lograr esas transformaciones reales –, lo primero que debemos lograr es que ese proceso sea lo más participativo como se pueda.

Chile comenzó bien al ofrecer un plebiscito de entrada en el que se le preguntó a la ciudadanía qué es lo que querían. Además, habrá un involucramiento ciudadano decisivo en la elección de la asamblea.¹² Sin embargo, estos no debiesen ser los únicos momentos en que se involucre a la gente y se le pregunte sobre sus visiones. Debe haber muchas micros estructuras disponibles para la participación ciudadana que permitan listar los diferentes puntos de vista de las diferentes personas y agrupaciones de la sociedad civil, para que se sientan parte de la conversación.

Esto trae importantes beneficios desde el punto de la estabilidad. Sabemos, por los estudios que se han desarrollado en todo el mundo, que ya sea que se

¹² Nota del editor: la conferencia tuvo lugar, como se indica al comienzo, en noviembre de 2020.

trate de políticas de agua o de constituciones, si las personas son incluidas y participan en el diseño de esas políticas, probablemente van a respetarlas y estar dispuestas a defenderlas. Por lo tanto la participación no es solamente un bien normativo. Es también un bien pragmático, en la medida que permitirá lograr una Constitución duradera. En definitiva, la participación debiese ser una preocupación fundamental y debiese ser algo que realmente apunte a empoderar a una parte importante de la sociedad chilena en una conversación con respecto a sus aspiraciones constitucionales.

Ahora bien, la participación es diferente de la consulta. El proceso de consulta, que es común en muchos contextos en el mundo moderno, se ha vuelto una palabra que ha sido privada de su contenido real. A la gente regularmente se le consulta sin ser escuchada. El decano Hernández, por ejemplo, me pregunta si quiero dar la conferencia el viernes o el lunes y yo le digo el viernes. Pero luego me dice, mire, la conferencia es el lunes. No hay una explicación o un diálogo real con respecto a esto. Eso no es participación o un proceso de consulta real. Un proceso de participación real debe ser uno bidireccional: si somos las personas privilegiadas que van a redactar la Nueva Constitución, tenemos que escuchar a las personas que estamos consultando y que van a participar. Debe haber un dialogo y debemos explicar las decisiones que tomamos y las que no tomamos. Porque va a haber gente en Chile que querrá que la Constitución haga y aborde todos los temas: que baje los precios del gas, que provea pensiones decentes mañana, que arregle el coronavirus mañana, etc. Y no puede. ¿Por qué? Debemos explicarlo y hacerlo con paciencia y con consistencia, como parte de un dialogo. No basta simplemente con decir los escuchamos, pero ahora decidimos nosotros. Tiene que ser un diálogo continuo y debe desarrollarse de ida y de vuelta.

Lo segundo que quiero sugerir con respecto a cómo avanzamos en Chile, dice relación con la relación entre principios y pragmatismo. Cualquier buena Constitución debe tener principios; no puede dar tratos especiales a algunos y no reflejar principios o ideas generales porque, de otro modo, no va a durar. Los tratos especiales van a durar mientras dure la política y estén los políticos que los apoyen, pero apenas los políticos que apoyaban esos tratos se vayan, esos tratos se van a acabar. Si yo soy lobista y el decano Hernández es otro, podemos llegar a un acuerdo; pero apenas los precios del mercado cambien vamos a necesitar un trato nuevo. Sin embargo, y como he dicho antes, las constituciones no son bienes que se transan en el mercado. Se supone que tienen que perdurar en el tiempo. Y por eso deben reflejar los principios

generales como el estado de derecho, la separación de poderes, la dignidad, el principio de igualdad y la libertad. Una serie de principios donde todos y todas realmente podamos concurrir porque son principios lo suficientemente inclusivos y atractivos para todas y todos.

Pero las constituciones también tienen que ser pragmáticas. Y hacer compromisos de este tipo en el año 2020 es complejo. Los acuerdos son vistos como una palabra sucia porque, en la visión de algunos, si uno logra acuerdos una ha transado sus principios o se ha transado a sí misma. Pero ocurre que los acuerdos y compromisos pertenecen al corazón de la democracia y de la política democrática. Los buenos acuerdos y compromisos deben ser defendidos por todo el espectro político como un bien de principio. No podemos avanzar ni lograr progresos en una sociedad compleja y plural, atravesada por desacuerdos, sin lograr estos acuerdos y compromisos. Necesitamos lograr esos acuerdos y compromisos como algo deseable, mientras se trate de acuerdos que pueden vincularse con algún nivel de principios. No se trata de comprometer los principios, sino que lograr acuerdos y compromisos sobre – y en cierta forma estar dispuesto a ceder – aspectos de lo que cada uno cree que es la más ambiciosa y perfeccionista visión de esos principios. No dejemos que lo perfecto se transforme en un enemigo de lo bueno. Busquemos y logremos el punto común que todos y todas podamos tolerar y apreciar por el bien que acarrea, quizá es la única vía de poder avanzar como sociedad.

Diría que todo esto es manifestación del espíritu general de la política constitucional que es capaz de erigir una buena democracia. Pero también me gustaría agregar algunas anotaciones para quienes no han estudiado el proceso chileno detenidamente, sobre cuán importante este espíritu general es para el contexto nacional. Hasta donde sé, la Constitución como un todo se debe de aprobar por una mayoría, pero cada una de las cláusulas o disposiciones de debe aprobar con el voto conforme de los dos tercios de los y las integrantes de la Asamblea. En un mundo de desacuerdos no habrá Constitución sin compromisos. Se quedarán con la hoja en blanco. Para poder progresar, necesitamos personas que, no obstante en desacuerdo, puedan encontrar el terreno en común para poder acordar las diferentes disposiciones que se van a adoptar en la Asamblea.

El tercer principio que debiese guiar este tipo de acuerdo y compromiso con enfoque participativo, es la regla de auto restricción y reciprocidad. Solo porque puedas ganar no significa que debieses tomar toda la victoria ahora. Una de las cosas que parece especialmente importante para las democracias,

y que en general no consideramos lo suficiente, es justamente esta regla de restricción y reciprocidad. Hay un libro fantástico de unos académicos de ciencias políticas de la Universidad de Harvard, Levitsky and Ziblatt,¹³ que habla sobre el hecho de que los partidos políticos usualmente dan un paso atrás en vez de avanzar a consolidar en términos absolutos su triunfo o jugar sucio (“hardball”)¹⁴, cuando se trata de asuntos que son claves para la estabilidad democrática. Una de las cosas que se roto en la actual política de Norteamérica, por ejemplo, es que cada lado está jugando sucio; si se puede lograr una nominación para la Corte Suprema dos semanas antes de la elección presidencial, con la significancia que esto tiene en la política de los Estados Unidos, pues lo haremos. Si podemos reclamar algunos votos que tal vez no eran realmente nuestros, pero aun así podemos salirnos con la nuestra, pues lo haremos.

Sin embargo, esto de tomar todo lo que se pueda y no dar nunca un paso atrás, no es otra cosa que una actitud cortoplacista que socava las normas de reciprocidad y cooperación, al tiempo que compromete la estabilidad a largo plazo de los gobiernos. En mi visión, evitar el juego sucio implicará que no podremos encarcelar a los y las integrantes de la oposición tan fácilmente. Tal vez hicieron mal las cosas, pero podemos dejarlos marcharse, no se trata de encarcelarlos inmediatamente apenas terminan sus funciones. Pero también impide que se presionen los puntos de vista de un sector en la asamblea constituyente de modo de obtener un 100% de los asuntos que quieren acordar. Solo porque tengan los números de su lado en un cierto asunto, no significa que debiesen presionar su ventaja completamente en ese mismo asunto para imponer la totalidad de su punto de vista. La democracia permite un toma y deja (un gana y cede) durante un período de tiempo prolongado. Javier gana un día yo gano mañana, entendemos eso. Pero no castigemos o impidamos cualquier tipo de acuerdo potencial para tomar todo el premio hoy.

Con esta visión en mente, me parece que los partidos que lleguen a la Convención Constitucional deben verse a sí mismos como jugadores de largo plazo o aliento en la democracia chilena. Ese es el comienzo de una nueva era. Debiesen actuar como partidos o sectores que van a estar casados

¹³ Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel, *Cómo Mueren las Democracias*, (Ariel), 2015.

¹⁴ Nota del editor: la profesora Dixon utilizó la expresión “hardball” en su conferencia. De acuerdo al profesor Mark Tushnet, se juega sucio en términos constitucionales cuando los ganadores son capaces, porque pueden, de avanzar y disponer (quebrando) incluso de las normas y tradiciones que han venido dando forma a la política constitucional. Tushnet, Mark, *Taking back the Constitution. Activist judges and the next age of American Law* (Yale University Press), pp. 224-5.

políticamente por los próximos 50 años. Comenzar la relación en el espíritu de tomar algunas cosas y ceder otras, “sí, les damos esto porque sé que luego nos van a apoyar con esto otro”, permite el desarrollo de un compacto político a largo plazo y no simplemente un pacto transitorio para la asamblea.

Lo cuarto que quiero decir me remonta a donde comencé con respecto a las metas, el qué y el cuándo. Las constituciones deben ser capaces de lograr un cambio real. Si 80% de Chile dice queremos un cambio y la gente encargada de lograr ese objetivo es incapaz de ofrecer algún cambio significativo, va a haber una decepción masiva y tremendamente comprensible. El cambio real debe estar sobre la mesa. La transformación, de hecho, debe estar sobre la mesa. Pero tenemos que reconocer que hay desacuerdo respecto de esas transformaciones. No podemos, como dije antes, sobrecargar este momento con las aspiraciones de todos los posibles cambios que los chilenos y chilenas quieren alcanzar en la próxima década. Tenemos que guiarnos con esta idea de que las constituciones, finalmente, son marcos para gobernar. Fijan estructuras y principios para guiar esos cambios a través del proceso político. Las constituciones no terminan con la necesidad de la política.

Por ello, creo que los y las constituyentes deben exhibir un cierto grado de humildad con respecto a cuál es su trabajo. Deben ser capaces de mostrar ambición, pero al mismo tiempo un sentido de responsabilidad en este momento histórico. La transformación está ahí y ha sido solicitada; debe haber un cambio real. No debemos tener miedo al cambio. El cambio puede ser tremendamente saludable y positivo. Chile siempre ha demostrado ser un país dinámico y esa es una de las cosas que más admiro de sobre ustedes. He estado de visita dos veces, tuve la suerte de estar ahí el año pasado y ver cómo la sociedad y los rascacielos han cambiado. Hay allí un testimonio del dinamismo del pueblo chileno y su economía.

Chile es capaz de cambiar y deben tener la ambición de hacerlo. Pero los y las constituyentes también deben tener un sentido de humildad con respecto a cuál es su trabajo, por una parte, y cuál es el trabajo de la política legislativa y las cortes en el futuro, por otra. Con un balance adecuado de participación; pragmatismo y compromiso; reciprocidad y restricción; ambición y humildad; estoy muy segura que quienes están a cargo de la redacción de la nueva Constitución, podrán lograr una forma realista de transformación para Chile. Una transformación que será buena para su país y admirada por el resto del mundo.

