

ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO

2017
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES

FACULTAD
DE DERECHO



EDICIONES **udp**

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2017
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

FACULTAD
DE DERECHO

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2017

© Universidad Diego Portales

Primera edición noviembre de 2017

ISBN: 978-956-314-398-0

Universidad Diego Portales
Dirección de Extensión y Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 475
Teléfono: (56 2) 2676 2136
Santiago de Chile
www.ediciones.udp.cl

Director: Rodolfo Figueroa

Editora: Andrea Aguilera

Corrección de Estilo: Sonia Kuzmanic

Adaptación diseño, portada y diagramación: Marcela Veas

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.

Todos los derechos reservados

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2017**

UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES

FACULTAD
DE DERECHO

Comité Editorial

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

Director

Rodolfo Figueroa

Editora

Andrea Aguilera

Corrección de estilo

Sonia Kuzmanic



EDICIONES **udp**

Índice de contenidos

Palabras del Decano.....	11
Presentación del Director.....	15
SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO	17
La matriz de T.H. Marshall y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores <i>Aída Díaz-Tendero Bollain</i>	19
Jurisprudencia de la Gran Sala y caso piloto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos durante el 2016 <i>Cristián Apiolaza, Marcela Díaz, Gabriela Sanzana, Judith Schönsteiner</i>	37
REDD+ en Chile: Análisis de las políticas públicas de Bosques y Cambio Climático y crítica al mercado de los servicios ecosistémicos <i>Ezio Costa Cordella</i>	83
Arbitraje Filipinas c. China en el Mar del Sur de China <i>María Teresa Infante Caffi</i>	117
La política comercial del Reino Unido post-Brexit: el comienzo de un viaje complejo <i>Holger Hestermeyer y Federico Ortino</i>	157
Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero <i>Flávia Piovesan, Akemi Kamimura</i>	173

El informe de la CIDH sobre estándares interamericanos de derechos de los migrantes, refugiados y otras personas en situación de movilidad <i>Felipe González Morales</i>	191
SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO	207
¿Dónde están los límites de la revisión judicial? El caso de la Norma Secundaria de Calidad Ambiental del Río Valdivia y los Tribunales Ambientales como entidad de control <i>Catalina Medel</i>	209
La aplicación de principios del Derecho penal en el Derecho administrativo sancionador. Comentarios a partir del último fallo Bocamina <i>Francisca Moya Marchi</i>	227
La comisión para el mercado financiero y el perímetro regulatorio del regulador: algunas notas sobre sus implicancias <i>Diego Morales L & George Lambeth V.</i>	241
Las limitaciones a la constitución de servidumbres mineras <i>María Agnes Salah Abusleme</i>	267
Sanciones administrativas, principio de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revisa un acto administrativo. El Tribunal Constitucional como contencioso de multas en el <i>Caso Cascada</i> <i>Pablo Soto Delgado</i>	287
SECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL	333
Reforma a las relaciones sindicales en Chile, o sobre el legislador impasible <i>Daniela Marzi Muñoz</i>	335
Negociación colectiva, huelga y reforma: una nueva cartografía Collective negotiation, strike and reform: a new mapping <i>José Luis Ugarte Cataldo</i>	355
Crisis institucional en Chile: acogimiento residencial como vulneración del derecho del niño, niña y adolescente a la vida familiar <i>Fabiola Lathrop Gómez</i>	365

Nuevas reglas de probidad para la función pública: ¿avanzamos? <i>Gladys Camacho Cépeda</i>	389
El futuro de las leyes secretas <i>Pablo Contreras</i>	409
La Reforma Laboral como crisis de la dinámica hegemónica transicional <i>Fernando Muñoz L.</i>	427
CATÁLOGO DE PUBLICACIONES 2017	445
Primera sección.....	448
1. Libros.....	448
1.1. Derecho Constitucional.....	448
1.2. Derecho Administrativo.....	451
1.3. Derecho Internacional	454
2. Capítulos de Libros	454
2.1. Derecho Constitucional.....	454
2.2. Derecho Administrativo.....	466
2.3. Derecho Internacional	473
Metodología para la confección de esta sección.....	477
Segunda sección	479
Artículos de revistas académicas.....	479
1. Derecho administrativo	479
2. Derecho Internacional Público.....	484
3. Derecho Constitucional.....	489
Metodología para la confección de esta sección.....	502
Tercera Sección.....	505
Reportes de organismos internacionales y organizaciones nacionales e internacionales.....	505
Metodología para la confección de esta sección.....	506

Palabras del Decano

En su libro de 1967, titulado el *Fantasma en la Máquina*, Arthur Koestler introdujo un neologismo: la palabra “holón”. Un holón, dijo este autor, es algo que es una totalidad en sí misma, pero —al mismo tiempo— forma parte de algo mayor (que la incluye y la trasciende). Así, por ejemplo, un átomo es una totalidad, pero también forma parte de una entidad mayor, como la molécula; ésta, a su vez, es una totalidad, pero forma parte de una totalidad más amplia —que la incluye— como es la célula y ésta, en fin, es una totalidad, pero es también parte de una totalidad que la trasciende, a saber, el organismo. Esta idea sencilla, aunque importante —como apuntaría más tarde Ken Wilber— permite entender cualquier fenómeno de la realidad física o cultural. En otros términos, toda la realidad permite una lectura “holística” que explicita sus conexiones.

La sociedad moderna, con toda su complejidad, está experimentando hoy una *tensión aguda entre inclusión y exclusión*. La inclusión holística supone que avanzamos (o evolucionamos), incorporando y trascendiendo, hacia nuevos territorios más amplios y acogedores. En este nuevo paisaje cada cual tiene o debería tener un título de legitimidad para manifestar su identidad. En el siglo XIX los negros eran todavía esclavos, la mujer carecía de derechos políticos, y los homosexuales eran considerados seres perversos. Durante el siglo XX, los negros no sólo habían dejado atrás la esclavitud, sino que también superaron la segregación racial y lograron adquirir, por fin, carta de ciudadanía. A su vez, la mujer adquirió el derecho a voto, se incorporó al mundo laboral, y dejó de ser una incapaz ante el sistema legal. Los homosexuales, por último, han

tenido que esperar hasta el siglo XXI para lograr ser incluidos en la vida social en condiciones de relativa igualdad, aunque aún les resta un buen trecho que recorrer. Miradas así las cosas, en una aproximación muy general y que, por lo mismo, no entra en los detalles, pareciera ser que estamos progresando (es decir, los ideales holísticos de inclusión tenderían a coincidir con la realidad). Como probablemente habría dicho Richard Rorty, la comparación entre el futuro que nos espera y el pasado que dejamos atrás nos permite ser —por el momento— optimistas.

Sin embargo, la evolución moral de la humanidad está experimentando también sus contracciones. La exclusión, el rechazo y el miedo a los inmigrantes, el resurgimiento de ideas nacionalistas extremas, la degradación de la política, la falta de probidad en el comportamiento empresarial, y el aumento de la desigualdad en las condiciones materiales de la existencia, por nombrar los fenómenos más evidentes, están frenando el patrón inclusivo que había caracterizado las últimas décadas. Si la realidad social se despliega y manifiesta en forma holística —incluyendo y trascendiendo— explicitando así una inclinación cada vez más abarcadora y abrazadora, los hechos de los últimos tiempos están frenando ese despliegue. Vivimos una época en que las esferas de la vida en común se fragmentan más allá de lo razonable y, quizás —debido al incremento de la actitud excluyente— nuestra época es una que presenta derechamente rasgos de involución. Nuestros vínculos no son más ya holísticos, sino que meramente procedimentales y con fronteras cada vez más estrechas y asfixiantes. La cohesión social está debilitada.

En un contexto como éste, el derecho público está llamado a actuar con cierta urgencia. La necesidad de retomar el camino de la inclusión así lo impone. La ampliación y profundización de los derechos de las personas, la insistencia en el respeto por la dignidad humana, la lucha contra la discriminación arbitraria, la redistribución (más que la mera movilización) de la riqueza, y la necesidad de cuidar el planeta que habitamos, son asuntos que deben pensarse con seriedad, pero sin dilación. Es por ello que los textos incluidos en el Anuario de Derecho Público de nuestra Facultad —que ya va en su octava versión— resultan especialmente oportunos y pertinentes. Ellos dan cuenta de lo acontecido en los últimos meses en las materias generales aludidas y, por lo mismo, sirven de base para iniciar una conversación fundada sobre cuestiones que deberían interesarnos a todos, y no sólo a aquellos que invierten su tiempo vital en la academia.

En sociedades altamente fragmentadas sólo la deliberación racional acerca de los asuntos que —reitero— nos deben interesar a todos (la esfera de lo público) nos da motivos para esperar tiempos mejores. En las páginas que siguen encontrarán una contribución a esa necesidad de dialogar.

Marcelo Montero Iglesias
Decano
Facultad de Derecho
Universidad Diego Portales

Presentación del Director

Este es el octavo Anuario de Derecho Público, que se viene publicando desde el año 2010, pero es la primera vez que está a mi cargo como director del Programa de Derecho Público de la Facultad de Derecho.

Quiero destacar de manera especial dos cosas de este número. La primera se refiere a la equidad de género en el Anuario. Como todos saben, desde una perspectiva general, la equidad de género es un asunto que ha adquirido especial relevancia en diversos aspectos del ámbito público en los últimos años. Por lo pronto, en noviembre próximo tendrá lugar la primera elección parlamentaria con un sistema electoral que ha incorporado un mecanismo destinado a mejorar las oportunidades de las mujeres para obtener escaños en el Congreso. Hay que recordar que desde el año 1990, la representación femenina en el parlamento no ha superado el 15%. Otro ejemplo es la creación del Ministerio de la Mujer, que entró en funcionamiento el 1º de junio del año pasado y que se denomina *Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género*. Pues bien, las mujeres tienen escasa visibilidad en el mundo del derecho. Un ejemplo es la reciente aparición del ranking *Chambers and Partners 2017* para Chile, que entre 117 abogados destaca sólo a 4 mujeres. En el ámbito de la academia, la situación es parecida: habitualmente hay menos mujeres que hombres en las publicaciones, en los seminarios, en las cátedras, etc.

Por todo lo anterior, para el primer Anuario a mi cargo decidí implementar una política de equidad de género en cuanto a las contribuciones de esta publicación, que se aplicó en las tres secciones de la misma. El resultado es el siguiente: la sección de derecho internacional contiene 7 artículos donde

participan 7 mujeres y 5 hombres; la sección de derecho administrativo incluye 5 artículos, con 3 mujeres y 3 hombres y la sección de derecho constitucional abarca 6 artículos, también con 3 mujeres y 3 hombres. En total, son 13 mujeres y 11 hombres los que escriben en este número. No hubo paridad porque algunas contribuciones no pudieron llegar pero, en mi opinión, el resultado es espléndido. Creo que este es un paso relevante para contribuir a la equidad de género en la academia.

El segundo aspecto que quiero destacar de este nuevo Anuario dice relación con el Catálogo de Publicaciones que aparece al final. Este catálogo se viene publicando desde el año 2011 y contiene un listado de libros, capítulos de libros, artículos y reportes de organizaciones publicados, en las diversas disciplinas que cubre el Anuario. En mi opinión, un catálogo de publicaciones es de especial utilidad para académicos que hacen investigación. Cada día la investigación jurídica es más exigente y requiere tratamiento sistemático y exhaustivo de la doctrina existente. Hallar esa información puede ser dificultoso y requerir mucho tiempo. Por eso este catálogo es útil. Así, por ejemplo, una investigadora o investigador que quiera saber qué se ha publicado en Chile en los últimos 7 años, en temas de derecho administrativo o internacional o constitucional, puede revisar los catálogos de los Anuarios de Derecho Público disponibles en el sitio web: <http://derecho.udp.cl/investigacion-y-publicaciones-2/publicaciones/anuario-de-derecho-publico/> y va a encontrar prácticamente todo lo existente en Chile en esas áreas. No sé de ninguna otra publicación que haga algo parecido y, en tal virtud, el Anuario realiza un notable aporte a la academia, nacional y extranjera. Cabe felicitar a Javier Couso, el director precedente, por esta excelente idea.

Ahora bien, para que los académicos puedan confiar en el catálogo, hemos intentado ser lo más explícitos posible en cuanto a la metodología empleada para construirlo. Al final de cada sección del catálogo se contiene una descripción detallada de la metodología utilizada. Quiero aprovechar de agradecer el extraordinario trabajo que realizaron los alumnos, egresados y abogados que elaboraron el catálogo de este año: Micaela Krögh, Constanza Norambuena, Roxana Núñez, Nicolás Álvarez, Javier Leiva y Maximiliano Ramírez.

Rodolfo Figueroa G.
Director del Programa de Derecho Público.
Director del Anuario de Derecho Público.



**SECCIÓN DE DERECHO
INTERNACIONAL Y
COMPARADO**

La matriz de T.H. Marshall y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

Aída Díaz-Tendero Bollain¹

Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe

Universidad Nacional Autónoma de México

Resumen

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (la Convención) es el primer instrumento con carácter vinculante que recopila y estandariza los derechos humanos de las personas mayores. El objetivo de este texto es analizar los contenidos de la Convención a partir de dos ejes: por una parte, en relación al contenido específico de cada derecho relacionado con las personas mayores; y, por otra parte, conforme a la matriz de Marshall, la cual —desde el año 1949— separa los derechos civiles, políticos y sociales que conforman, respectivamente, las dimensiones civil, política y social de la ciudadanía. Finalmente, se sitúa el análisis de la *Convención* en el contexto jurídico transnacional de la región de América Latina y el Caribe, que acompañará el proceso de instrumentalización de la misma.

¹ Investigadora-Profesora en el Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe (CIALC) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología por la UNED de España y Maestra y Doctora en Estudios Latinoamericanos por la Universidad Complutense de Madrid. Hizo su Posdoctorado en El Colegio de la Frontera Norte de México. Es autora de numerosos capítulos de libros y artículos en revistas indexadas, y del libro “La Teoría de la Economía Política del Envejecimiento. Un nuevo enfoque para la gerontología social en México”, publicado en versión electrónica en el año 2016. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) de México. Ha sido investigadora visitante en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Stanford y en el Instituto de Derecho Internacional Público Comparado Max Planck de Heidelberg. Además, es profesora permanente de la Maestría de Trabajo Social de la Escuela Nacional de Trabajo Social (ENTS) de la UNAM y del Programa de Maestría Erasmus Mundus Euroculture con sede en Groningen (Holanda).

Palabras clave: derechos civiles, derechos políticos, derechos sociales, DESCA, personas mayores, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

1. Introducción

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores² es la primera herramienta, a nivel mundial, que recopila y estandariza los derechos humanos de las personas que pertenecen a este grupo etario.³

La mencionada Convención se cristalizó el 15 de junio de 2015 con la firma por parte de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay, en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA), a la cual Bolivia se sumó durante el mes de junio de 2016. Fue ratificada por Costa Rica el 12 de octubre de 2016 y por Uruguay el 7 de noviembre del mismo año. Entró en vigor el 11 de enero de 2017, el trigésimo día a partir de la fecha en que se depositó el segundo instrumento de ratificación, tal y como se establece en la Convención.

2. La clasificación de Marshall como criterio taxonómico para el análisis de la Convención

De acuerdo con la clasificación de T.H. Marshall,⁴ la ciudadanía plena está compuesta por las dimensiones civil, política y social.

La ciudadanía civil reúne aquellos derechos necesarios para la libertad individual, entre los que figuran la libertad de la persona, de expresión, de pensamiento y de religión, el derecho a la propiedad, a cerrar contratos válidos

² Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, (A-70), Asamblea General, Cuadragésimo quinto periodo ordinario de sesiones, Washington, D.C., 15 de junio de 2015.

³ El consenso internacional generado por las organizaciones internacionales del sistema de Naciones Unidas, particularmente la Organización Panamericana de la Salud (ops), ha establecido los 60 años de edad como límite etario inferior para el grupo de personas mayores. En general, en los países más desarrollados se establece a partir de 65 años, y en los países menos desarrollados a partir de los 60 años (Salmerón, Juan Antonio, Martínez, Silvia y Escarbajal, Andrés, *Vejez, mujer y educación. Un enfoque cualitativo de trabajo socioeducativo*, (Editorial Dykinson), 2014). La mayor parte de los países de la región de América Latina y el Caribe comparten el criterio de los 60 años, salvo Costa Rica y Ecuador. Por su parte, se considera persona muy mayor a la de 75 años y más.

⁴ Marshall, Thomas H., "Citizenship and Social Class", en Marshall, Thomas H., *Class, Citizenship, and Social Development*, (Editorial Anchor Books), 1949, pp. 71-133.

y el derecho a la justicia. Esta etapa de desarrollo tuvo lugar —en el entorno geográfico e histórico del autor— durante el siglo XVIII, y las instituciones asociadas a este tipo de ciudadanía son los tribunales.

La ciudadanía política se enmarca cronológicamente en el siglo XIX y está relacionada, fundamentalmente, con el derecho a voto y a la asociación, mientras que las instituciones correspondientes a ella son el parlamento y los concejos de gobierno local.

La ciudadanía social se refiere a los derechos al bienestar y seguridad económicos y se ubica en el siglo XX, con la extensión del sistema educativo y los servicios sociales del Estado de Bienestar. Entre los derechos sociales figuran: el derecho a un empleo y a un salario, a la protección social (jubilación, seguridad social, desempleo, bajas laborales por enfermedad, maternidad o paternidad, accidentes laborales), a una vivienda, a la educación, a la sanidad, a un medioambiente saludable, al acceso a la cultura y a todos los ámbitos de la vida pública.

El autor británico considera que la ciudadanía social es el corolario de la ciudadanía civil y de la ciudadanía política. Esta progresión es interesante porque presenta una sucesión escalonada según la cual, para la existencia de la dimensión social, es precisa la preexistencia de las dimensiones política y civil, de la misma manera que para la existencia plena de la dimensión política se requiere de una consolidada dimensión civil.

En la actualidad existe un consenso en torno a esta progresión, aun cuando se añade el cuestionamiento en relación a la necesidad del cumplimiento de la dimensión social para el efectivo ejercicio de las dimensiones civil y política. El ejemplo más evidente se da en el ejercicio autónomo e independiente del derecho pasivo al voto, de acuerdo al cual se requiere una mínima dimensión social de la ciudadanía, esto es, una satisfacción de las necesidades básicas del ciudadano, sin la cual el voto podría ser susceptible de intercambios —compra del voto— y, por tanto, no ejercerse libremente, desembocando en una falta de dimensión política de la ciudadanía basada en un déficit de la dimensión social.

La vigencia de esta clasificación, así como de la interdependencia e indivisibilidad de las tres órdenes de derechos necesarios para la ciudadanía plena, se ha reforzado actualmente, aun cuando su largo andar en el Derecho Internacional se originó en la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán (1968), como recuerda Humberto Nogueira, cuando se precisó “que la plena realización de los derechos civiles y políticos es imposible sin el goce de los

derechos económicos, sociales y culturales”⁵ Por su parte, la Asamblea General de Naciones Unidas determinó que “todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisible”⁶ En este mismo tenor, la OEA estableció durante el año 1988, en el preámbulo del Protocolo de San Salvador que:

“Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana [...] exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”⁷

La división en derechos civiles, políticos y sociales permite, además, comprender la distribución de competencias a los diferentes poderes, y a los diferentes órganos y niveles de gobierno, no obstante la interdependencia y el círculo virtuoso del avance en cada una de las dimensiones en la consecución de las demás.

3. Contenido civil, político y social de la *Convención*

La revisión del contenido de los artículos de la Convención se ha llevado a cabo, por una parte, clasificando qué derechos pertenecen al ámbito civil, político y social y, por otra parte, identificando elementos específicos que aluden a las particularidades de las personas mayores.

Debido al carácter novedoso y vanguardista del instrumento, y dado que se hace referencia a conceptos gerontológicos, se ha incluido —cuando se ha considerado necesario— una presentación de las definiciones relacionadas con los derechos.

⁵ Nogueira, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano” en *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, 2009, p. 151.

⁶ Resolución 32/130 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1977.

⁷ OEA, Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988.

Cuadro 1

Derechos civiles, políticos y sociales presentes en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

Ciudadanía civil	Discriminación por razón de edad (art. 5); derecho a la vida y a la dignidad en la vejez (art. 6); derecho a la independencia y autonomía (art. 7); derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (art. 9); derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 10); derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11); derecho a la libertad personal (art. 13); derecho a la libertad de expresión y de opinión, y al acceso a la información (art. 14); derecho a la nacionalidad y a la libertad de circulación (art. 15); derecho a la privacidad y a la intimidad (art. 16); derecho a la propiedad (art. 23); derecho a igual reconocimiento como personas ante la ley (art. 30); y derecho a la justicia (art. 31).
Ciudadanía política	Derechos políticos (votar libremente y ser elegido) (art. 27), de reunión y asociación (art. 28).
Ciudadanía social	Derecho a la participación e integración comunitaria (art. 8); derechos de la persona mayor que recibe cuidados de largo plazo (art. 12); derecho a la seguridad social (art. 17); derecho al trabajo (art. 18); derecho a la salud (art. 19), derecho a la educación (art. 20); derecho a la cultura (art. 21); derecho a la recreación, al esparcimiento y al deporte (art. 22); derecho a la vivienda (art. 24); derecho a un medioambiente sano (art. 25), derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal (art.26); derecho a situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 29).

Cuadro de elaboración propia con base en la *Convención* (OEA, 2015) y en Marshall (1949).

3.1. Derechos civiles

El derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad (artículo 5), es el primer artículo de la Convención relativo a los derechos de las personas mayores. En este artículo se introducen conceptos como el de interseccionalidad,⁸ pero sin aludir a dicha denominación. Pese a su largo uso desde la década de los ochenta, como marco explicativo de los procesos de estratificación social, sigue siendo en la actualidad uno de los conceptos que genera mayor consenso en las teorías actuales de sociología del envejecimiento, tal y como reconoce Vern L. Bengtson.⁹

⁸ La interseccionalidad describe micro procesos respecto de la forma en que cada individuo y grupo ocupa una posición social en las estructuras entrelazadas de opresión. Deben estudiarse, conjuntamente, las dimensiones y relaciones de clase, género, raza/etnia (Dressel, Paula, Minkler, Meredith y Yen, Irene, "Gender, Race, Class, and Aging: Advances and Opportunities", en Minkler, Meredith y Estes, Carroll L., *Critical gerontology: Perspectives from political and moral economy*, (Editorial Baywood), 1999.

⁹ Bengtson, Vern L. *et al*, *Handbook of Theories of Aging*, (Editorial Springer), 2009.

El reconocimiento en este artículo de una ampliación de los criterios de discriminación¹⁰ es muy relevante, dado que en la discriminación por edad en la vejez¹¹ se incluyen tanto género, discapacidad, orientación sexual,¹² identidad de género,¹³ migración, pobreza, marginación, afrodescendencia, indigenismo, como también una discriminación ejercida hacia personas sin techo, en prisión, pertenecientes a pueblos tradicionales o grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, así como el efecto multiplicador de la discriminación cuando se suman varias de estas condiciones o características, tal y como reza el concepto de interseccionalidad.

El derecho a la vida y a la dignidad en la vejez (artículo 6), tiene como principal especificidad que se garantice el acceso a los cuidados integrales —incluidos los cuidados paliativos¹⁴—, así como el manejo apropiado de los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, evitando así

¹⁰ Se entenderá por ello cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada (definición de la *Convención*).

¹¹ Se entenderá por ello cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad, que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada (definición de la *Convención*).

¹² La distinción entre orientación sexual e identidad de género requiere, primeramente, de la diferenciación entre género y sexo. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento de la *Convención* sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ha establecido que el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre, y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas: “La orientación sexual es independiente del sexo biológico o de la identidad de género; se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, de su mismo género o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con personas. Es un concepto complejo cuyas formas cambian con el tiempo y difieren entre las diferentes culturas” (Organización de las Naciones Unidas, *Orientación sexual e identidad de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, América del Sur, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas Derechos Humanos, 2012, p. 3).

¹³ La identidad de género es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (. En este grupo se incluyen el transgenerismo, el transexualismo y la intersexualidad.

¹⁴ Se trata de aquella atención y cuidado activo, integral e interdisciplinario de pacientes, cuya enfermedad no responde a un tratamiento curativo o sufren dolores evitables, a fin de mejorar su calidad de vida hasta el fin de sus días. Implica una atención primordial al control del dolor, de otros síntomas y de los problemas sociales, psicológicos y espirituales de la persona mayor. Abarcan al paciente, su entorno y su familia. Afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal; no la aceleran ni retrasan (definición de la *Convención*).

el sufrimiento innecesario y las intervenciones inútiles. Asimismo, se indica el derecho de la persona mayor a expresar su consentimiento libre e informado, para lo cual existe —en el mismo instrumento— un artículo específico que enuncia este derecho de manera explícita circunscrito al ámbito de la salud (artículo 11). Este artículo tiene cabida en la dimensión civil de la ciudadanía, pero también en la dimensión social y se presenta a continuación.

Según el derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud, la información que se brinde debe ser adecuada, clara y oportuna, presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor. En este mismo sentido, las instituciones y los profesionales de la salud, a la letra de la Convención “no podrán administrar tratamiento, intervención o investigación alguna sin el consentimiento informado de la persona mayor” —salvo en los casos de emergencia médica que pongan en riesgo la vida y cuando no resulte posible obtener el consentimiento informado—. Este derecho incluye aceptar, negarse a recibir o interrumpir, voluntariamente, tratamientos médicos o quirúrgicos —incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria—, y recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión. Asimismo, los Estados deben establecer un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar su voluntad anticipada y las instrucciones respecto de las intervenciones, en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos.

El derecho a la independencia y a la autonomía (artículo 7), abunda en el derecho a tomar decisiones, a definir el plan de vida —conforme a la cultura y tradiciones de la persona mayor, si así lo desea— y a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias. Merece especial atención la inclusión del componente cultural/tradicional en este derecho. Asimismo, está incluida la libertad de residencia, en cuanto a “que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir (...) y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico” tal y como señala el mencionado artículo. Este inciso, en concreto, representa una de las tensiones más claras entre el individuo y la familia, inclinándose el texto por el individuo (la persona mayor) en el sentido de que debe privilegiarse la voluntad de éste sobre la de aquélla.

El artículo 9 se refiere a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia, y el artículo 10 a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En su contenido nuevamente refuerza

la no discriminación derivada de las dimensiones como la raza, la etnia, la identidad indígena y la cultura, el género, el sexo, y todas las descritas en el artículo mencionado, acotando la vida sin violencia a especificidades como el abuso financiero o patrimonial, la expulsión de su comunidad, el maltrato,¹⁵ el abandono¹⁶ o negligencia¹⁷ dentro y fuera del ámbito familiar.

En el artículo 13, dedicado a la libertad personal, se exige que, en ningún caso, la edad justifique la privación o restricción arbitraria de su libertad en un sentido semejante al contenido subyacente en el artículo 14 —que expresa la libertad de expresión y de opinión y el acceso a la información—; en el artículo 15 —derecho a la nacionalidad y a la libertad de circulación—; y en el artículo 16 —derecho a la privacidad y a la intimidad—. Estos cuatro artículos se fundamentan en el principio de “igualdad de condiciones y no discriminación”.

El artículo 13 reza acerca de la edad, la cual en ningún caso puede justificar la privación o restricción arbitrarias de su libertad. Para la persona mayor privada de la libertad, el Estado garantizará el acceso a programas especiales, incluidos los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad (art. 13).

El derecho a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información (art. 14), consiste en la igualdad de condiciones en el ejercicio de este derecho, por parte de la persona mayor, pudiéndose relacionar el acceso a la información con el inciso d) del derecho (social) a la educación (artículo 20), en el que se fomenta la formación de la persona mayor en el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs).

El artículo 15 protege el derecho a la nacionalidad y a la libertad de circulación, que incluye la libertad para elegir su residencia.

El derecho a la privacidad y a la intimidad (art. 16) en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, en su correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, contiene una alusión especial a los actos de higiene, en el sentido de que además, subraya la tutela de este derecho especialmente en el caso de las personas mayores que reciben cuidados de largo plazo.

¹⁵ Acciones u omisiones realizadas intencionada o negligentemente, que no tienen carácter de accidentalidad, y hacen referencia a daños físicos, psíquicos y/o económicos, independientemente de que ocurra en una relación de confianza (definición de la *Convención*).

¹⁶ La falta de acción —deliberada o no— para atender de manera integral las necesidades de una persona mayor, que ponga en peligro su vida o su integridad física, psíquica o moral (definición de la *Convención*).

¹⁷ Se trata de un error involuntario o falta no deliberada, el que incluye, entre otros, el descuido, omisión, desamparo e indefensión que le causa un daño o sufrimiento a una persona mayor, tanto en el ámbito público como privado, cuando no se hayan tomado las precauciones normales necesarias de conformidad con las circunstancias (definición de la *Convención*).

Se consagra en el derecho a la propiedad (artículo 23) la libre disposición por parte de la persona mayor, de sus bienes, con el fin de prevenir el abuso y la enajenación ilegal de su propiedad, protegiéndose especialmente a la mujer mayor para que pueda ejercer libremente este derecho. También es relevante la inclusión del siguiente punto: “la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”, lo cual puede entenderse como la posibilidad de que el derecho de propiedad pueda estar sujeto a la dependencia de otro derecho o principio, en este caso, el interés social y/o de la comunidad.

Llama la atención que, a pesar de la permanente alusión al ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones, existe un artículo específico —el artículo 30— denominado “igual reconocimiento como persona ante la ley”, que enfatiza el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica en igualdad de condiciones, y las medidas relativas al ejercicio de su capacidad jurídica para que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor. Se busca que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, así como que se apliquen en el plazo más corto posible.

Por último, en el artículo 31 está consagrado el derecho “al acceso a la justicia” en igualdad de condiciones, tanto mediante la adopción de ajustes de procedimiento, de debida diligencia y de tratamiento preferencial, como de la capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, con el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica en igualdad, para que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, así como que se apliquen en el plazo más corto posible.

3.2. Derechos políticos

El artículo 27 está conformado por los derechos políticos consistentes en el derecho a votar y ser elegido, para lo cual se especifica no ser discriminado por motivos de edad, tener accesibilidad a las instalaciones y que los materiales sean fáciles de entender.

El derecho de reunión y asociación (artículo 28) se dirige al fortalecimiento de las agrupaciones de personas mayores, así como de los liderazgos, e incluye el apoyo y el reconocimiento legal por parte del Estado de dichas asociaciones.

3.3. Derechos sociales en sentido amplio

Este tipo de derechos se han ampliado más allá de lo social. Se trata de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), y se relacionan

con los derechos humanos relacionados con el lugar de trabajo, la seguridad social, la vida en familia, la participación en la vida cultural y el acceso a la vivienda, la alimentación, el agua, la atención de la salud y la educación (ACNUDH¹⁸), y el medioambiente saludable que se ha añadido con posterioridad. Pese a que la Convención no cataloga los derechos agrupándolos de esta manera, se presentarán siguiendo esta matriz y llenándola de contenido, según los artículos de la Convención.

3.3.1. Derechos económicos

Los derechos económicos presentes en este instrumento son el derecho a la vivienda y el derecho al trabajo.

En el derecho a la vivienda (artículo 24) se esboza que deben adaptarse soluciones habitacionales que permitan a la persona mayor residir en su propio domicilio —conforme a su voluntad—, así como cubrir las necesidades específicas de quienes viven solos. Junto con ello, se desarrolla la protección contra desalojos forzosos ilegales, así como el derecho a la vivienda y a la tierra. Es de relevancia fundamental el derecho al crédito que se incluye en este artículo, dado que es muy frecuente que la edad avanzada sea un motivo de discriminación negativa a la hora de la concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

El derecho al trabajo (artículo 18) tiene que ver con derechos laborales derivados de la igualdad de oportunidades y la no discriminación en tres vertientes:

- a) En primer lugar, en el acceso al trabajo. En este caso, se promueve el empleo formal de la persona mayor mediante medidas legislativas, administrativas o de otra índole, y se alienta el diseño de programas de capacitación y certificación de conocimiento y saberes.
- b) En segundo lugar, en el desempeño del trabajo, esto es, que los derechos de la persona mayor contratada cuente con las mismas garantías, beneficios, derechos laborales y sindicales, así como que sea aplicable la máxima “mismo trabajo, mismo salario”. Además, y en el sentido opuesto, que se puedan propiciar las condiciones, el ambiente de trabajo, los horarios y la organización de las tareas acorde a las necesidades y características de la persona mayor.

¹⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, N° 33, (Editorial ACNUDH), 2009.

- c) En tercer lugar, regular las distintas formas de autoempleo y empleo doméstico, con miras a prevenir abusos y a garantizar una adecuada cobertura social, junto con el reconocimiento del trabajo no remunerado. Puede identificarse en este tercer enunciado una alusión a la informalidad y a la precarización del mercado laboral, dado que no se aprecia una contundencia acorde a la falta de trabajo decente registrado en la región de América Latina y el Caribe. En este sentido, se hubiera agradecido un abordaje más a fondo de cómo están imbricadas las dimensiones de la estratificación (género, clase, raza/etnia, tipo de localidad) con el mercado laboral, la precarización del trabajo, la informalidad y las dificultades para ejercer plenamente el derecho al trabajo.

3.3.2. Derechos sociales *stricto sensu*

Son derechos de este tipo el derecho a la salud, y el derecho a la seguridad social.

El derecho a la salud (artículo 19) está muy desarrollado en la Convención y pueden destacarse varios aspectos, a saber:

- La atención que se presta a la medicina tradicional, alternativa y complementaria, que ocupa dos incisos diferentes dentro del artículo (a y k).
- Seguido de esto, la mención del envejecimiento activo,¹⁹ paradigma que ha tenido diversas denominaciones a lo largo de la historia de la Gerontología, pero que sigue siendo uno de los más vigentes paradigmas sobre envejecimiento.
- Además, la alusión a la salud sexual y reproductiva de la persona mayor, y la inclusión de los servicios de salud asequibles y de calidad para el tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual en esta población.
- Luego, el objetivo de mejoramiento del estado nutricional de la persona mayor.
- Por otro lado, la contemplación de servicios socio-sanitarios para el tratamiento de enfermedades que generan dependencia como las crónico-degenerativas, las demencias y la enfermedad de Alzheimer.

¹⁹ Proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a individuos como a grupos de población (artículo 2 de la *Convención*).

- Junto con ello, el objetivo de hacer posible la accesibilidad a los servicios de cuidados paliativos.
- Finalmente, se propone la disponibilidad y acceso a los medicamentos reconocidos como esenciales por la Organización Mundial de la Salud, “incluyendo los fiscalizados necesarios para los cuidados paliativos” (inciso m). En el inciso n) se garantiza el acceso a la información contenida en sus expedientes personales, abundando en el artículo 14, descrito en la dimensión civil.

Es oportuno presentar, junto al derecho a la salud, los derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado de largo plazo²⁰ (artículo 12). Incluye varios aspectos, tales como el sistema integral de cuidados, la cobertura de servicios sociales, la seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda. Por otra parte, introduce la posibilidad de que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar,²¹ y mantener su independencia y autonomía. Incluye, también, medidas de apoyo para los cuidadores, necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados, respeto a la dignidad e integridad física y mental, así como garantizar el acceso de la persona mayor a la información, privacidad e intimidad en los actos de higiene. El citado artículo advierte respecto de la mayor vulnerabilidad de la mujer mayor.

Junto con lo anterior, y también ligado al derecho a la salud, resulta apropiado presentar el artículo dedicado a las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (artículo 29), el cual se refiere a las medidas específicas por parte del Estado para garantizar la integridad y los derechos de las personas mayores, en situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres, de conformidad con el derecho internacional humanitario. Los Estados Parte propiciarán que la persona mayor interesada participe en los protocolos de protección civil.

A pesar de los amplios contenidos y específicas alusiones a temas cruciales en el ámbito de la salud de las personas mayores, es preciso señalar —con ánimo crítico— que no se denuncia de manera suficiente la falta de cobertura de los sistemas de salud en la región. América Latina y el Caribe se caracterizan

²⁰ Aquella que reside temporal o permanentemente en un establecimiento regulado, sea público, privado o mixto, en el cual recibe servicios socio-sanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estadía, que brindan estos servicios de atención por tiempo prolongado a la persona mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio (definición de la *Convención*).

²¹ El grupo de personas que viven en una misma vivienda, comparten las comidas principales y atienden en común las necesidades básicas, sin que sea necesario que existan lazos de parentesco entre ellos.

por la desprotección en el ámbito de la salud de este grupo etario y de todos los que suman una o más de las dimensiones de la estratificación generadoras de vulnerabilidad exponencial (raza/etnia, tipo de localidad, género, clase, entre otras).

El derecho a la seguridad social (artículo 17) contiene una limitación de la obligación del Estado, que se deriva de la condición “dentro de los recursos disponibles”, lo cual contrasta con la constante alusión al papel del Estado en los derechos comentados en los artículos anteriores. El mandato para los estados es promover, progresivamente, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna. No menciona las pensiones contributivas, aunque agrega a los mecanismos de seguridad social como “otros mecanismos flexibles de protección social”. En esta flexibilidad no parece tener cabida el derecho a la pensión no contributiva, sino mecanismos de tipo asistencial y, por lo tanto, no exigibles al Estado. En general, contrasta enormemente la dimensión que el instrumento otorga a la salud con el breve espacio destinado a la seguridad social.

Por otra parte, es preciso reconocer el acierto que supone la especial alusión a las personas mayores migrantes, que —debido a su condición— quedan fuera del sistema de seguridad social, tanto del país emisor, como del país receptor.

En consecuencia, se echa de menos en este punto un mayor contenido de este derecho, ya que resulta alarmantemente escueto frente a la situación que presenta la región. La cobertura de los sistemas de seguridad social en América Latina y el Caribe tiene un fuerte sesgo urbano, de clases medias y altas, y de género. Junto con ello, la condición rural, indígena, o bien pertenecer a minorías o a un estrato de ingreso bajo, contribuye a una desprotección total del sistema de pensiones contributivo e incluso del sistema no contributivo. Si alguna de las condiciones anteriores se suma a una mujer mayor, la precariedad aumenta aún más.²² Asimismo, la “seguridad económica”, la “salud” y los “medioambientes favorables” son las tres áreas prioritarias de acción señaladas por Naciones Unidas en la reciente Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento, celebrada en Madrid durante el año 2002 y, por tanto, se esperaría una mayor profundización y proyección de este derecho en un instrumento como la *Convención*.

3.3.3. Derechos culturales

En cuanto al derecho a la educación (artículo 20), y a diferencia de lo apreciado en los derechos a la salud y a la seguridad social, se aprecia un adecuado

²² Díaz-Tendero, Aída, *La Teoría de la Economía Política del Envejecimiento. Un nuevo enfoque para la gerontología social en México*, (Editorial El Colegio de la Frontera Norte), 2016.

énfasis en las desigualdades, derivadas de las dimensiones de la estratificación como la raza/etnia, clase, género, lo cual es un acierto habida cuenta de que se trata de la región más inequitativa del mundo. Por otra parte, destaca la importancia de la realización a través de la formación, la cual es adecuada para todas las edades, así como compartir sus conocimientos y experiencias con todas las generaciones.

Resulta interesante, también, la mención que se hace de las necesidades de alfabetización y postalfabetización —dirigida especialmente a la mujer—, medida que es, sin duda, adaptada a las desigualdades de la región y a los altos índices relativos de analfabetos hombres y mujeres, el cual aumenta en la población de sesenta años y más. Además de esto último, se genera la inclusión de programas cuyos materiales y formatos educativos toman en cuenta la identidad cultural de dichas personas, así como su tipo de localidad, rural o urbana, aludiendo claramente a los pueblos indígenas, los cuales se concentran mayoritariamente en el área rural.

De la misma manera, se incluye la formación de las personas mayores en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación para minimizar la brecha digital, generacional y geográfica, razón por la cual se considera pertinente traer a colación el artículo 26, dedicado al derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal, específicamente para asegurar el acceso —en igualdad de condiciones— de la persona mayor al transporte, comunicaciones, tecnologías de la información y la comunicación, servicios en zonas rurales y urbanas, eliminación de barreras en edificios, vías públicas, transportes, instalaciones médicas, centros educativos y lugares de trabajo. Resulta muy interesante señalar que se espera del Estado que, dentro de las normas mínimas que debe aplicar, incluya formar a las personas respecto a los problemas de accesibilidad que enfrentan los mayores.

El derecho a la cultura (artículo 21) inicia su encabezado señalando que “la persona mayor tiene derecho a su identidad cultural”, lo cual resulta ser una afirmación muy clara de la sensibilidad hacia los pueblos originarios, pueblos indígenas, y minorías, y el reconocimiento y respeto de la identidad de ellos.

El derecho a la cultura consta de varios elementos, entre los que destacan, por una parte los relacionados con la persona mayor como receptor, de manera tal que se asegure el acceso preferencial de aquélla a los bienes y servicios culturales en formatos y condiciones asequibles; y por otra parte, los relacionados con la persona mayor como emisor y/o creador, en el sentido de que pueda desarrollar y utilizar su potencial creativo, artístico e intelectual,

como agente transmisor de valores, conocimientos y cultura; de que pueda participar en las organizaciones de personas mayores, realizando proyectos educativos y culturales; y de que se reconozca el estímulo de sus aportes en expresiones artísticas y culturales. En esta misma línea, la propiedad intelectual en condiciones de igualdad es uno de los derechos asentados con más claridad dentro del derecho a la cultura.

El derecho a la recreación, al esparcimiento y al deporte (artículo 22) —que también incluye el turismo— tiene en cuenta las necesidades de la persona mayor, pero también de aquella que recibe cuidados de largo plazo, con el objeto de mejorar su salud y calidad de vida, así como de promover su independencia, autorrealización e inclusión en la comunidad.

El derecho a la participación e integración comunitaria (artículo 8) propone la implementación de mecanismos de participación e inclusión social de la persona mayor en un ambiente de igualdad, con énfasis en actividades intergeneracionales, con un doble principio: igualdad de condiciones, pero adaptada a sus necesidades.

3.3.4. Derechos ambientales

En el artículo 25, dedicado al derecho a un medio ambiente sano, se subraya que las personas mayores deben acceder en igualdad de condiciones a este derecho. La Convención toma prestado del artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana “Protocolo de San Salvador” para especificar el contenido de dicho derecho para las personas mayores, a saber: acceder en igualdad de condiciones a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros.

4. Mecanismos de seguimiento y medios de protección

La Convención establece un mecanismo de seguimiento que consiste en la Conferencia de Estados Parte y el Comité de Expertos (artículo 33).

La Conferencia de Estados Parte tiene como funciones principales, por un lado, dar seguimiento al avance de los Estados Parte, en el cumplimiento de los compromisos emanados de la Convención y, por otro lado, recibir las recomendaciones del Comité de Expertos (artículo 34). Por su parte, este órgano colabora en el seguimiento al avance de los Estados Parte en la implementación de la Convención, siendo responsable del análisis técnico de los informes

presentados por estos Estados. A tal efecto, los Estados Parte se comprometen a presentar un informe al Comité con relación al cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención, dentro del año siguiente de haberse realizado la primera reunión, y de ahí en adelante, cada cuatro años (artículo 35).

El artículo 36, denominado Sistema de peticiones individuales, establece que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), puede presentar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas por la violación por parte de un Estado Parte de alguno de los artículos de la presente Convención.

El mecanismo de seguimiento quedará constituido cuando se haya recibido el décimo instrumento de ratificación o adhesión (artículo 33).

5. Palabras finales

Como se expuso en los párrafos anteriores, la clasificación en dimensión civil, política y social contiene entre sus bondades la identificación de competencias y de las instituciones responsables del cumplimiento o justiciabilidad de los derechos que posibiliten el ejercicio de los mismos, por parte de los ciudadanos.

Así, el ejercicio de los derechos pertenecientes a la dimensión civil de la ciudadanía está condicionado por el nivel de acceso a la justicia, que se compone de varios elementos o factores, entre los que el Observatorio de Acceso a la Justicia en América Latina y el Caribe²³ menciona: el acceso a asistencia legal gratuita y de calidad, la especialización del personal, la duración de los procesos judiciales, la difusión y acceso a medios alternativos de resolución de conflictos, el acceso a la información sobre procesos judiciales, las medidas para mejor comprensión de actuaciones judiciales, y la accesibilidad de dependencias judiciales por distancias geográficas y barreras arquitectónicas.

El ejercicio de los derechos políticos o la dimensión política, en su modalidad activa, tiene que ver con el derecho de asociación, la igualdad de oportunidades y la promoción de liderazgos —en este caso de personas mayores—. En su modalidad pasiva requiere, además de las cuestiones relativas a la accesibilidad a las instalaciones electorales, aspectos más profundos que integran el Índice de

²³ Observatorio de Acceso a la Justicia América Latina y el Caribe, *Informe 2012*, (Editorial Centro de Estudios Judiciales/Avina), 2013, p. 12.

Democracia Electoral (IDE²⁴): el reconocimiento del derecho al voto, la transparencia de las elecciones, la libertad de elección y la correlación elecciones-acceso a cargos públicos, o dicho de otro modo, hasta qué punto son las elecciones el medio para acceder a cargos públicos.

El ejercicio de los derechos sociales, o la dimensión social de la ciudadanía, tiene que ver con el grado de desarrollo del Estado social. Sin un Estado que garantice el acceso a servicios públicos de calidad en el área de educación, sanidad y seguridad social, no hay dimensión social de la ciudadanía o derechos sociales. Dicho de otro modo, la proporción de la población que recibe cobertura de los servicios públicos, y la calidad de dichos servicios, da cuenta de la existencia y el grado de los derechos sociales de su población o de la dimensión social de la ciudadanía.

La clasificación de los derechos presentes en la Convención, según la matriz marshalliana (en derechos civiles, políticos y sociales) evidencia, en primer lugar, el amplio espectro contenido en este instrumento y, en segundo lugar, la fortaleza con la que se asienta la dimensión civil de la ciudadanía de las personas mayores, o dicho de otro modo, los derechos civiles de este grupo.

En cuanto a sus innumerables aciertos es preciso mencionar la claridad y oportunidad con la que se introducen conceptos de orden gerontológico y/o sociológico en las definiciones de la Convención. Es, asimismo, notable la precisión y detalle con los que se particularizan derechos que son comunes a otros instrumentos de derechos del hombre o del ciudadano, para el caso de las personas mayores.

Sin embargo, así como los derechos se han particularizado con respecto al contenido relevante para la persona mayor, hubiera sido deseable una contextualización de los derechos sociales en el marco de los Estados latinoamericanos y sus políticas de seguridad y asistencia social, así como una guía de ruta para incrementar la cobertura y la calidad de los servicios en materia de salud pública, seguridad económica en la vejez y medioambientes favorables.

Finalmente, este instrumento latinoamericano coincide con ciertos movimientos transnacionales de orden jurídico, como la justiciabilidad de los derechos humanos en general, y de los derechos sociales en particular. Parecería que la dimensión social de la ciudadanía, o derechos sociales, son el primer foco que los Estados latinoamericanos debieran garantizar. Sin embargo, si

²⁴ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, (Editorial Alfaguara), 2004, p. 79.

bien es cierto que el déficit en materia de derechos sociales de las personas mayores (salud, pensiones, medio ambiente favorable) requiere de acciones progresivas y contundentes por parte del Estado, el círculo virtuoso derivado de la interdependencia de los derechos civiles, políticos y sociales muestra la importancia de avanzar en las tres dimensiones simultáneamente, sin obviar ni subestimar ninguna de ellas, para una tutela efectiva.

Jurisprudencia de la Gran Sala y caso piloto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos durante el 2016

*Cristián Apiolaza, Marcela Díaz, Gabriela Sanzana, Judith Schönsteiner*¹

Introducción

La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) decide casos que le hayan sido sometidos por las salas inferiores —si hay alguna materia que aún no ha sido objeto de una interpretación establecida—, o por los solicitantes o Estados en forma de apelación. En el año 2016, la Gran Sala ha tenido que resolver, nuevamente, toda una serie de casos sobre expulsión colectiva de migrantes y la prohibición de no-devolución (ver sección 1). Por primera vez, decidimos incluir dos decisiones de la Gran Sala que fueron criticadas por eliminar casos pendientes ante la Gran Sala sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Además, la Gran Sala se ocupó —en varios casos— de personas privadas de libertad con problemas de salud mental (ver sección 2). A este grupo de casos, agregamos el análisis del único caso de procedimiento piloto que el TEDH pronunció en 2016 (en sala): el caso W.D. contra Bélgica, sobre la reforma integral de la privación de libertad en el sistema de salud mental. Este caso es

¹ Cristián Apiolaza Acevedo es abogado y Magister en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Diego Portales; Marcela Díaz es abogada y candidata a Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional por la Universidad Diego Portales; Gabriela Sanzana es abogada y cursa un LLM en Derecho Internacional Público y Derechos Humanos en la Universidad de Oslo; Judith Schönsteiner es doctora en Derecho Internacional por la Universidad de Essex, y profesora asociada de la Facultad de Derecho de la UDP. La revisión de jurisprudencia del TEDH ha sido un proyecto de acercar a estudiantes y abogados y abogadas jóvenes al trabajo académico.

especialmente interesante porque el TEDH insta a Bélgica a buscar soluciones que aseguren que las personas privadas de libertad, cuando tengan problemas de salud mental, no estén recluidas en cárceles comunes en condiciones deplorables, ya que deben gozar de condiciones que permitan su rehabilitación, aspectos que la Ley de Salud Mental belga (del 1930, reformada en 1964, vigente hasta octubre de 2016) no contemplaba. La Gran Sala revisó, también, un caso de libertad personal de un niño ruso de 12 años y otro sobre condiciones carcelarias en Croacia, en el que determinó el espacio —por persona— que debería estar disponible en una cárcel en celda común.

En otros casos sobre derechos sociales —que siempre fueron llevados como casos de derechos civiles protegidos bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH o Convenio)— se analizaron las obligaciones estatales, tanto en materia de pensiones por discapacidad y la posibilidad de reducir estas pensiones por los costos que implican (véase sección 5), como en materia de permitir y garantizar el apoyo de una matrona en casos de partos en domicilio. Este último caso, *Dubská y Krejzova contra República Checa*, que fue presentado como un caso de privacidad, no es posible analizarlo en este artículo, por razones de espacio. Lo interesante es que el TEDH estuvo dividido sobre la pregunta de si el Estado, solamente, tenía la obligación de no intervenir cuando los padres decidieran no acudir a un hospital para el parto, o si también tenía la obligación de garantizar apoyo profesional por matronas. Finalmente, el TEDH decidió que la prohibición a las matronas de acudir a los partos en domicilio estaba justificada, a pesar de hacer estos partos más riesgosos, ya que constituía un incentivo para los partos en hospitales que eran los más seguros.

El voto de los cinco jueces disidentes que nos parece englobar la argumentación jurídicamente superior, indicó, sin embargo, que “no nos es posible compartir la visión de la mayoría de la Gran Sala con respecto a que no ha habido una violación al artículo 8 en el presente caso. En nuestra opinión la legislación relevante checa deja imposibilitados de facto los partos en domicilio, ya que establece requerimientos extremadamente rígidos con respecto al equipamiento necesario para dicho parto que sólo pueden ser alcanzados en hospitales. Esto constituye una interferencia en la libertad de elegir de las madres que no es proporcional en una sociedad democrática. El sistema también es deficiente en resguardar la salud de las madres y sus recién nacidos, ya que los priva de la posibilidad de recibir la ayuda indispensable de una matrona durante los partos en domicilio”. El juez Lemmens hizo ver, además, en su voto disidente en el caso ante la sala en 2015, que el fondo del caso parecía ser, más que un

asunto de garantías de derechos sociales (aquí, la salud) una rivalidad entre médicos y matronas, que habrían logrado decidir a su favor, los médicos.²

En materia de libertad de expresión, la Gran Sala por primera vez tuvo que ocuparse de las tendencias iliberales en la democracia húngara. Un caso versa sobre la independencia del poder judicial y la libertad de expresión de un presidente de la antigua Corte Suprema húngara (caso Baka), y otro, sobre un derecho mal protegido por la CEDH: el derecho de acceso a la información pública (véase sección 3). La tendencia populista y transgresora de derechos fundamentales en varios países de Europa del Este ha preocupado, desde hace varios años, a la Unión Europea y a estudios de la democracia y de los tribunales constitucionales, y merece un análisis contextualizado de los asuntos.

Sobre distintas formas de discriminación —directa e indirecta— en materia de libertad de religión de minorías y en relación a discriminación por nacionalidad y étnica, la Gran Sala tuvo que decidir tres casos que analizaremos en la sección 4.

Finalmente, se dedica la última sección a violaciones al derecho al debido proceso. Temas tan distintos como las investigaciones de casos de terrorismo y la evaluación integral del principio *ne bis in ídem* en procedimientos administrativos y penales preocuparon a la Gran Sala. Los discutiremos en la sección 6.

1. Non-refoulement y expulsión colectiva de migrantes

Según el derecho internacional, corresponde a una prerrogativa de los Estados Partes del CEDH decidir respecto de la entrada, residencia y expulsión de extranjeros de su territorio. Bajo ese tipo de circunstancias, el artículo 3 del Convenio implica una obligación para los estados de no regresar a dichos individuos a sus países de origen. La Gran Sala ha pronunciado algunos fallos relevantes en la materia que han sido tratados ya en otras versiones de este anuario.³

² Véase Lavrysen, Laurens, Dubska and Krejzova v Czech Republic: a negative or positive right to give birth at home, en: Strasbourg Observers, 2 de febrero de 2015, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2015/02/02/dubska-and-krejzova-v-czech-republic-a-negative-or-positive-right-to-give-birth-at-home/>. El caso fue finalmente decidido por la Gran Sala el 15 de noviembre de 2016.

³ TEDH, Caso Tarakhel contra Suiza [cc] sentencia de fecha 4 de noviembre del 2014 y Jeunesse contra Países Bajos [cc], sentencia del 3 de octubre de 2015. También discutidos en Apiolaza, Cristián, Díaz, Marcela, Martínez, Vicente, Schonsteiner, Judith, "Revisión de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2014", Couso, Javier (dir.), Anuario de Derecho Público 2015 (Ediciones UDP), páginas 471 y sgtes.

1.1. Casos de no-devolución

Dentro del set de casos sobre esta temática, se encuentra Paposhvili contra Bélgica,⁴ cuyo solicitante es el Sr. Paposhvili, de nacionalidad georgiana, quien recurrió ante el TEDH alegando una violación de los artículos 2,3 y 8 CEDH, en consideración a que su expulsión a Georgia afectaría su salud e interrumpiría su tratamiento médico contra el cáncer, poniendo en riesgo su vida. También lo obligaría a separarse de su familia, a quienes se les concedió la residencia y viven en Bélgica, habiendo ingresado a Europa a través de Italia en 1998. En el blog *Strasbourg Observers*, leído por juristas de derechos humanos y abogados litigantes, la decisión fue votada como la mejor decisión del TEDH en el año 2016, junto con el caso Biao contra Dinamarca (véase sección 3).

Estando en prisión el año 2006, al Sr. Paposhvili se le diagnosticó leucemia y comenzó su tratamiento en Bélgica, mientras tenía una orden de expulsión del territorio junto con una sanción de 10 años de prohibición para entrar al país. Ahora bien, el artículo 3 CEDH no abarca a cualquier clase de malos tratos y la Gran Sala ha determinado ciertos criterios para determinar su alcance, los cuales dependerán de las circunstancias del caso en concreto, la duración de los malos tratos, los efectos físicos y psíquicos que este provocaba así como la edad, sexo y estado de salud del afectado.⁵

En el caso N. contra Reino Unido, el TEDH había determinado que la aplicación del artículo 3 CEDH sólo procedía en aquellos casos en que la persona que se pretendía expulsar se encontraba en riesgo de muerte inminente.⁶ No obstante, se ha ampliado este criterio con la finalidad de que pueda aplicarse, también, a ciertos casos excepcionales, en los cuales la devolución al país de origen implicaría un deterioro notable e irreversible en las condiciones de salud del solicitante.

El hecho que genera la responsabilidad bajo este artículo, no es la falta de infraestructura médica o la obligación de equiparar las deficiencias de los sistemas de salud del país receptor, sino que es la expulsión —propriadamente tal— que somete a una persona a un riesgo de recibir un trato que se encuentra prohibido de acuerdo al CEDH⁷. La Gran Sala estimó que existía una violación al artículo 3 CEDH, debido a que las autoridades nacionales, al momento de

⁴ TEDH, Caso Paposhvili contra Bélgica [GC], sentencia del 12 de diciembre de 2016.

⁵ *Ibíd.*, párr. 174.

⁶ TEDH, Caso N. contra Reino Unido [CC], sentencia del 27 de mayo de 2008.

⁷ *Ibíd.*, párr. 192.

decidir su expulsión,⁸ no tomaron en cuenta la situación que el Sr. Paposhvili enfrentaría en Georgia en relación al tratamiento de su enfermedad.⁹ En el mismo sentido, encontró una vulneración al artículo 8 CEDH, en cuanto el Estado belga no consideró las consecuencias que la expulsión tendría por 10 años en su vida familiar.¹⁰ Así, Paposhvili confirma una línea jurisprudencial que garantiza la protección del derecho a la salud, en relación a deficientes prestaciones en terceros países.

El principio de no-devolución preocupó a la Gran Sala también en el caso J.K. contra Suecia. El señor J.K., su esposa e hijo —todos de nacionalidad iraquí— solicitaron refugio al gobierno sueco a raíz de las constantes persecuciones que habían vivido en Irak de parte del grupo Al Qaeda, sosteniendo que el retorno a Irak significaría una violación al artículo 3 CEDH. El señor J.K. había trabajado en Irak en su propio negocio de construcción y transportes. Sus principales clientes eran estadounidenses y sus oficinas se encontraban dentro de la base militar estadounidense Victoria Camp. Fue blanco de un intento de asesinato por parte de Al Qaeda el año 2004 y, al año siguiente, su hermano fue secuestrado. A lo anterior, se sumó el hecho que se encontraron bombas cerca de su domicilio y que, mientras huía a Siria, su casa fue totalmente destruida, así como las mercaderías de su negocio. Una vez que la familia regresó a Bagdad, la hija del matrimonio fue asesinada cuando el auto en el que iba junto al Sr. J.K., fue objeto de un ataque. Los solicitantes señalaron que existía una incapacidad de las autoridades iraquíes para protegerlos ya que podrían revelar ante Al Qaeda su domicilio. Por lo mismo, no podían regresar a Bagdad y solicitaron asilo en Suecia, el que fue rechazado.

La Gran Sala, más allá de reiterar los principios que aplican en este tipo de casos y el alcance del artículo 3 CEDH al respecto, especificó que el eventual riesgo al que se vería sometido el Sr. J.K. en su país, podía ser provocado tanto por autoridades públicas como por otros grupos o personas. Se debía probar que este riesgo era “real” y que las autoridades no serían capaces de brindar la debida protección. Frente a la posibilidad de reubicación dentro del mismo país, el Estado debía asegurar que no habría riesgo de vida o malos tratos, ya que dicha reubicación no era, en sí misma, garantía suficiente.

⁸ *Ibíd.*, párr. 205.

⁹ TEDH, Caso Paposhvili contra Bélgica [cc], sentencia del 12 de diciembre de 2016, párr. 188.

¹⁰ *Ibíd.*, párr. 225.

Analizando el riesgo real¹¹ de una violación del artículo 3 CEDH en perjuicio del Sr J.K. y su familia en Irak, la Gran Sala estimó que la situación general seguía siendo compleja y volátil y que, asimismo, la capacidad de las autoridades iraquíes para proteger, adecuadamente, a la población se encontraba disminuida. Por otro lado, el Sr. J.K. pertenecía a un grupo de personas particularmente vulnerable, al estar vinculado a las fuerzas militares norteamericanas producto del trabajo que desempeñaba. Por lo tanto, su situación debía evaluarse de manera diferenciada al resto de la población, para quienes el nivel de protección que el país ofrece pudiera ser adecuado. En el mismo sentido, una reubicación de la familia en otra región del país no sería suficiente, ya que la incapacidad de las autoridades para proteger a su población se extendía en todo el país.¹²

En definitiva, en los casos de no-devolución, el TEDH no ha cambiado su criterio jurídico; confirmó una línea de jurisprudencia sostenida desde hace años, que —además— es consistente —y debe serlo— con el derecho consuetudinario internacional y el Convenio de Ginebra del 1951.

1.2. Casos de expulsión eliminados de la lista de casos del TEDH

Ha generado comentario crítico de parte de observadores del TEDH, el hecho de que dos casos sobre expulsión no fueran admitidos a la jurisdicción de la Gran Sala y eliminados de la lista de casos pendientes del TEDH. Uno de ellos abarcaba temas de no-devolución,¹³ el otro trataba de expulsión a países terceros en la Unión Europea, y se ha comentado al respecto sobre las complicaciones que genera realizar una aproximación solamente formalista en casos en los que está en juego la expulsión de personas migrantes.¹⁴ En primer lugar, el caso Khan contra Alemania llegó a conocimiento de la Gran Sala por iniciativa de la parte solicitante. La solicitante es la señora Farida Kathoon Khan, nacional de Pakistán y miembro de un grupo religioso severamente discriminado en Pakistán. Recurrió al TEDH alegando que su expulsión desde Alemania conllevaba una violación al artículo 8 CEDH, por la ausencia de tratamiento de salud mental en Pakistán.

¹¹ TEDH, Caso J.K. contra Suecia, [GC], sentencia del 23 de agosto de 2016, párrafo 117.

¹² *Ibid.*, párr. 121.

¹³ Dhondt, Benoit, Khan v Germany Episode II: The Empire Strikes Out, en Strasbourg Observers, 31 de octubre de 2016, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2016/10/31/khan-v-germany-episode-ii-the-empire-strikes-out/#more-3411>.

¹⁴ En este sentido, ver Baumgärtel, Moritz, V.M. and others v Belgium: the tragic story of yet another disappeared case, 18 de enero de 2017, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2017/01/18/v-m-and-others-v-belgium-the-tragic-story-of-yet-another-disappeared-case>.

En 1991, la solicitante llegó a Alemania junto con su esposo, provenientes de Pakistán. Una vez en Alemania, sólo a su esposo le fue otorgado el status de refugiado y a ella, en el año 1994, se le entregó un permiso de residencia temporal —en su calidad de esposa de un refugiado—, el cual se convirtió en un permiso de carácter permanente en el año 2001.

En mayo de 2004, la solicitante fue puesta en detención preventiva luego de ser acusada del asesinato de su vecino y la Corte Doméstica decidió que la señora Khan debía ser internada, de forma permanente, en un hospital psiquiátrico. Como consecuencia de lo anterior, la autoridad administrativa ordenó la expulsión del país de la solicitante en el año 2009. El gobierno alemán solicitó que el presente caso fuera eliminado de la lista de casos pendientes de revisión ante la Gran Sala, en virtud de lo dispuesto en el artículo 37.1(b) CEDH, y en consideración a que la solicitante ya no correría riesgo de ser expulsada a Pakistán, por cuanto la orden de expulsión ya no sería ejecutable.

El Tribunal sostuvo que, de acuerdo a su jurisprudencia, una vez que un solicitante bajo riesgo de expulsión recibía un permiso de residencia y dejaba de correr el riesgo al que se veía expuesto, ese caso podía ser eliminado de la lista de causas, aun sin escuchar los argumentos de la solicitante.¹⁵ Asimismo, ha determinado en otras oportunidades que incluso cuando no se haya otorgado un permiso de residencia, el caso puede ser eliminado de la lista si es que de los antecedentes presentados consta que ya no existía un riesgo de expulsión para la solicitante.¹⁶

En este caso concreto, las autoridades alemanas aseguraron al Tribunal que la orden de expulsión no era ejecutable y, por tanto, la señora Khan no sería expulsada del país con base en esa decisión. El TEDH observó que, ante una nueva orden de expulsión, la solicitante tendría disponibles nuevos recursos bajo la legislación doméstica e incluso podría recurrir nuevamente al TEDH.¹⁷ Bajo estas circunstancias, para la Gran Sala no se justificaba continuar con el examen de esta solicitud y se eliminó de la lista de casos. Sin embargo, como Dhondt observa, el TEDH había tomado una visión completamente distinta en *B.A.C. contra Grecia*, donde la continua inseguridad sobre el estatus de migración fue encontrada contraria al CEDH.¹⁸ Adicionalmente, el caso ha sido

¹⁵ TEDH, *Caso Khan contra Alemania* [GC], sentencia del 21 de septiembre de 2016, párr. 33.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 34.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 38.

¹⁸ Véase Dhondt, Benoit, *Khan v. Germany, Episode II: The Empire strikes out*, en: *Strasbourg Observers*, 31 de octubre de 2016, disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2016/10/31/khan-v-germany-episode-ii-the-empire-strikes-out/>

criticado por estimarse que los hechos del caso son similares a los presentados en el caso Paposhvili. Se observa, en este sentido, que quedan dudas respecto a la protección que se le entrega a los migrantes bajo el artículo 8.¹⁹

El segundo caso seleccionado, en el cual la Gran Sala decidió eliminar un caso de su lista de casos pendientes de revisión, es el V.M y otros contra Bélgica²⁰, que fue sometido al conocimiento del Tribunal por los representantes de siete miembros de una familia serbia. Alegaron que las condiciones de vida en Bélgica, en las que ocurrió la muerte de su hija mayor con discapacidad mental, constituirían una violación del artículo 3 del Convenio. Esta eliminación merece ser discutida, principalmente, por el efecto que, al eliminarse el caso de la lista de la Gran Sala, automáticamente quedaba sin fuerza vinculante la decisión de la Sala. Por consecuencia, la familia ya no contaba con ninguna protección de parte del TEDH.

Los solicitantes vivieron la mayor parte de su vida en Serbia, para luego mudarse a Kosovo y, finalmente, a Francia en el año 2010, donde solicitaron asilo sin éxito. En marzo del año 2011, la familia decidió —nuevamente— solicitar asilo, esta vez en Bélgica. Las autoridades belgas, en virtud de lo dispuesto en la Regulación *Dublin II*, enviaron un requerimiento a las autoridades francesas con la finalidad de que asumieran la responsabilidad por las solicitudes de asilo presentadas, ya que así lo indican los criterios y mecanismos establecidos en la *Council Regulation (EC) No. 343/2003* de 18 febrero de 2003. Con base en esta misma regulación, Bélgica decidió en mayo de 2011 emitir una orden de expulsión para que la familia regresara a Francia.

La familia solicitó una prórroga, en atención al delicado estado de salud de su hija mayor, quién poseía una discapacidad mental y debía ser trasladada en silla de ruedas. La prórroga fue denegada y la familia expulsada del refugio donde se encontraba. La hija mayor de la familia falleció de una infección pulmonar mientras vivían en una estación de trenes en Bélgica, dos semanas antes de que la familia aceptase un traslado de regreso a Serbia.

Frente a la Gran Sala, los representantes de los solicitantes reconocieron que, desde el fallo anterior de una de las Salas del TEDH, no han tenido contacto con sus representados. En este contexto, la Gran Sala estimó que debía analizar si es que procede continuar con el conocimiento de la causa, de acuerdo a la norma de admisibilidad que indica que los solicitantes deben no sólo presentar un poder de un abogado o autoridad, sino que también deben mantener el contacto

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ TEDH, Caso V.M y otros contra. Bélgica [gc], sentencia del 17 de noviembre de 2016.

con sus representados a lo largo del procedimiento.²¹ En este caso concreto, la familia solicitante desconocía tanto el fallo emitido por la Cámara como la remisión de éste a la Gran Sala. El TEDH decidió que, bajo estas circunstancias, los representantes no estaban legitimados de continuar los procedimientos.²²

Esta evaluación no cambió a pesar de que la falta de contacto se debía a las precarias condiciones en que estos se encuentran, ya que el Tribunal consideró que nada sugería que las condiciones en las que ellos vivían fueran tales como para impedir la comunicación con sus abogados, aunque sea a través de terceros.²³ A su vez, eliminar este caso de la lista, dejaría sin efecto el fallo anterior de la Cámara, perdiendo los solicitantes los beneficios que de éste emanan, ya que una vez que un caso es remitido a la Gran Sala, la decisión de la Cámara deja de tener el carácter de final y pierde todos sus efectos jurídicos.²⁴ La pregunta que surge a partir de este caso es si la familia debería sufrir el perjuicio que le generó la decisión de sus abogados de referir el caso a la Gran Sala, ya que perdieron la protección de la decisión de la Sala que estuvo a su favor. Por otro lado, habría que preguntarse si este razonamiento también aplicaría en caso de personas con estatus migratorio irregular que necesitan la protección de la CEDH —a la que tienen derecho—, pero no pueden aparecer en el procedimiento mientras no obtengan un fallo a su favor.

1.3. Expulsión colectiva de migrantes

Jurídicamente más complejos que los casos de no-devolución o expulsión individual, son casos sospechosos de expulsión colectiva, especialmente, si corresponde determinar si se han observado las garantías procesales respectivas. En este contexto se enmarca el caso *Khlaifia contra Italia*.

Después del caso *Hirsi Jamaa* presentado en el Anuario 2013, la Gran Sala tuvo, nuevamente, oportunidad de pronunciarse sobre migrantes provenientes de países de la Primavera Árabe que, entre diciembre de 2010 y febrero de 2011, llegaron en gran número (alrededor de 50.000 personas) a las costas italianas, más específicamente a la isla de Lampedusa. Las facilidades de recepción de migrantes colapsaron, completamente, ante este flujo imprevisto. En todo el año anterior, habían llegado apenas 500 personas a la isla.

²¹ TEDH, Caso V.M y otros contra Bélgica [GC], sentencia del 17 de noviembre de 2016, párr. 35.

²² *Ibid.*, párr. 37.

²³ *Ibid.*, párr. 38.

²⁴ *Ibid.*, párr. 39.

La Gran Sala, requerida por Italia, tuvo que decidir si las condiciones de detención de los migrantes violaron el artículo 5 CEDH, por la detención en barcos; el artículo 3 CEDH, por las condiciones de detención; y el artículo 4 del Protocolo 4, que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros. Fue este punto el más debatido, divergiendo no sólo Sala y Gran Sala al respecto, sino también un juez quien emitió una opinión disidente, y los comentaristas especialistas en la jurisprudencia del tribunal y asuntos de migración.²⁵

Los hechos relevantes pueden resumirse como sigue: tres nacionales de Túnez fueron devueltos a su país de origen, después de haber constatado dos veces su identidad durante el tiempo que permanecían detenidos en Lampedusa y Palermo. Estuvieron por alrededor de dos semanas en centros de migrantes en situación ilegal. Según los denunciantes, no habrían tenido ninguna entrevista individual para examinar si querían interponer solicitudes de asilo o si calificarían para estatus de refugio. Las autoridades italianas argumentaron que la duración de la estadía y la presencia de intérpretes y facilitadores culturales les hubieran permitido hacer estas solicitudes. La Gran Sala, a diferencia de la Sala, consideró significativo que 72 migrantes que estaban en las mismas condiciones que los denunciantes, efectivamente, habían interpuesto solicitudes de asilo y, así, lograron suspender su expulsión.

La Gran Sala concluyó que “los denunciantes tenían la oportunidad, ya sea en el momento de su primera identificación, o en cualquier momento de su período de detención, de notificar a las autoridades de cualquier razón que justificaría por qué deberían quedarse en Italia o no podían ser expulsados. (...) no hay razón alguna de asumir que las autoridades italianas (...) no hubieran sido receptivas ante la entrega de impedimentos legítimos o defendibles legalmente”.²⁶ No se hizo cargo de la pregunta de si era esperable que los denunciantes hicieran estas solicitudes *motu proprio*, o si sabían de sus derechos.

El juez disidente, Serghides, hizo ver, correctamente a nuestro juicio, que el Tribunal no debió basarse en meras presunciones como descargo del gobierno italiano, ya que éste debería haber presentado evidencia de que los denunciantes fueron informados de su derecho de solicitar asilo (un asunto que la Gran Sala no analizó) y, además, fueron entrevistados —individualmente— con

²⁵ Véase, por ejemplo, Venturi, Denise, The Grand Chamber’s ruling in *Klaifia and others v Italy: One step forward and one step back*, en *Strasbourg Observers*, 10 de enero de 2017, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2017/01/10/the-grand-chambers-ruling-in-khlaifia-and-others-v-italy-one-step-forward-one-step-back/>.

²⁶ TEDH, *Caso Khlaifia y otros contra Italia* [GC], sentencia del 15 de diciembre de 2016, párr. 247.

relación a su situación.²⁷ En este sentido, para Serghides, el Tribunal invirtió sin razón la carga de la prueba, desconociendo así un incumplimiento con el artículo 4 del Protocolo 4 al CEDH. Además, consideró que la sentencia del TEDH se apartaba de la jurisprudencia constante anterior.²⁸ Incluso tomando en cuenta las circunstancias excepcionales en relación a la llegada masiva de los migrantes, y un evento de fuerza mayor en uno de los centros de detención donde hubo un incendio, no justificarían la omisión de garantías sustantivas contra la expulsión colectiva.

Finalmente, parece sorprendente que el TEDH no haya analizado la legalidad de procedimientos de expulsión que están basadas, por lo menos en parte, en acuerdos con terceros países (en este caso con Tunicina) que no han sido publicados.

2. Detención, libertad y seguridad de la persona

En este apartado, analizaremos siete casos relativos al artículo 7 CEDH que ingresaron a la Gran Sala en el año 2016, todos los cuales fueron fallados a favor de los solicitantes —algunos de ellos contra la decisión de la Sala que vio el caso en primera instancia—. Lo particular de este año fue que tres casos se relacionaron con la detención de personas con problemas de salud mental (Murray contra Países Bajos, Blokhin contra Rusia y W.D. contra Bélgica —este último un caso piloto fallado en Sala que incluimos por su relevancia estructural—), uno de los cuales consistió en la detención de un adolescente (Blokhin). Esto le entregó la oportunidad al Tribunal de referirse, una vez más, a los derechos de las personas privadas de libertad con problemas de salud mental. También se analizará el caso Jeronovics contra Letonia, de acuerdo al cual se ingresó y se acogió una solicitud de un asunto que ya se había terminado en el TEDH, anteriormente, pero con insuficientes garantías de cumplimiento con el acuerdo.

2.1. Detención de personas con problemas de salud mental

En el caso Murray contra Países Bajos, el Sr. Murray, persona con discapacidad cognitiva, se encontraba cumpliendo una condena de por vida en el año 2013 en la cárcel de Aruba, país autónomo del Reino de los Países Bajos. El Sr. Murray fue diagnosticado con cáncer terminal y en septiembre de 2013 fue transferido de la cárcel a una casa de cuidados en Curaçao. Recién en marzo

²⁷ Ibid., Serghides disidente, párrs. 11 y 38.

²⁸ Ibid., párr. 12.

de 2014 se le concedió un indulto para que fuera liberado, inmediatamente, debido a su enfermedad terminal. Falleció en noviembre de 2014. El Sr. Murray alegó, principalmente, una violación al artículo 3 CEDH por el hecho de que su condena de por vida fue calificada —por todas las instancias internas— como no reducible, junto a la negativa de entrega de los tratamientos mentales adecuados para poder rehabilitarse y reducir su condena.

En este caso, el TEDH se basó en el procedimiento piloto Vinter y otros²⁹ para recordar que la pena de por vida irreducible puede ser contraria al artículo 3 CEDH, y estableció que proveer a los prisioneros de por vida con una real oportunidad de rehabilitación podría requerir que, dependiendo de su situación individual, a éstos se les permita pasar por tratamientos y terapias psicológicas o psiquiátricas adaptadas a su situación, con miras a facilitar su rehabilitación. Consecuentemente, estableció que “un Estado habrá cumplido con el artículo 3 cuando haya proveído las condiciones de detención e instalaciones, medidas o tratamientos capaces de permitir que un recluso de por vida se rehabilite”.³⁰ El TEDH llegó a la conclusión que, en este caso, el tratamiento psicológico o psiquiátrico constituía, en la práctica, una precondition para que el solicitante tuviera la posibilidad de progresar hacia la rehabilitación, reduciendo el riesgo de reincidir. Dado que dicho tratamiento no fue proveído, el solicitante —al momento de ingresar el requerimiento al TEDH— no contaba con ninguna posibilidad de perdón o liberación y, por tanto, su condena no respondía a ningún propósito penal. Por estos motivos, el TEDH resolvió la existencia de una violación al artículo 3 CEDH.³¹ Cabe destacar que no se refirió al tema de potenciales beneficios carcelarios debido a las condiciones de salud del solicitante —recordemos que ello tampoco fue pedido en la demanda—, sino que sólo consideró la negación de tratamientos psiquiátricos o psicológicos al solicitante.

Desde hace varios años, el TEDH ha tenido que decidir una serie de casos individuales sobre el sistema de salud mental belga. Finalmente, el caso W.D. contra Bélgica se estableció como caso piloto debido a la situación estructural de violaciones a los derechos humanos por la permanencia de personas con enfermedades mentales en las alas psiquiátricas de algunas prisiones belgas, lo que estaba regido hasta 2016 por una ley del año 1930, reformada solamente en el año 1964. El que este caso haya sido calificado como piloto implica que el TEDH suspendía por un tiempo —en este caso por dos años— la tramitación de

²⁹ Véase Anuario de Derecho Público año 2014, pp. 601 y ss.

³⁰ TEDH, Caso Murray contra Holanda [cc], sentencia del 26 de abril de 2016, párr. 111.

³¹ *Ibíd.*, párr. 175.

todos los casos similares presentados, que en este particular asunto ascendieron a más de 50, individualmente³², para dar una oportunidad al Estado de resolver el asunto de manera estructural.³³

El TEDH resuelve adoptar una decisión piloto después de una serie de, por lo menos, diez fallos condenatorios del Tribunal en la misma materia contra el mismo país,³⁴ relacionados con el sistema de internamiento belga para las personas con enfermedades mentales. Recordemos que los procedimientos pilotos pueden iniciarse por iniciativa de la propia Corte cuando existe la preocupación de que haya un problema estructural o sistemático de violaciones a los DDHH³⁵. El TEDH consideró, en efecto, que el sistema de Bélgica producía una situación “constitutiva de una práctica incompatible con el Convenio”³⁶. Así también, ordenó revisar estructuralmente los criterios que permitían adoptar una medida de internación³⁷. Si bien es cierto que, al momento de fallar, era inminente en Bélgica la adopción de una nueva ley al respecto, no es menos cierto que el Comité contra la Tortura de la ONU (el Comité) había recomendado varias veces reestructurar el sistema, sin que ello efectivamente se realizara. Al Comité le preocupaba, especialmente, que los internos con enfermedades mentales estuvieran encarcelados bajo el mismo régimen que las personas condenadas que no padecían estas enfermedades (Informe del Comité reproducido en el párr. 74). Es interesante remarcar cómo el Tribunal evaluó negativamente los intentos del gobierno desde 2011 por resolver los problemas en el sistema, ya que consideró que la falta de progreso traía como consecuencia la imposibilidad de conseguir para W.D., una plaza de internamiento adecuada. Es decir, la falta de un resultado positivo significó constatar una falta a la debida diligencia, ya que las plazas no existían.

El TEDH encontró, por ende, una situación estructural contraria a los artículos 3 y 5.1, 5.4, y 13 CEDH³⁸, y violaciones a los derechos de W.D. a los

³² TEDH, Caso W.D. contra Bélgica [GC], sentencia del 6 de septiembre de 2016, párr. 165.

³³ Véase por ejemplo, Buyse, Antoine, The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges, en: Law Ukr.: Legal J. 303 (2013), y Glas, Lize R., The functioning of the pilot-judgment procedure of the European Court of Human Rights in Practice, en: Netherlands Quarterly of Human Rights, 34(2016) N° 1, pp. 41-70. Crítico, Haider, Dominik, The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers 2013.

³⁴ TEDH, Caso W.D. contra Bélgica, ob. cit., párr. 162.

³⁵ Regla 61, Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 14 de noviembre de 2016.

³⁶ TEDH, Caso W.D. contra Bélgica, ob. Cit., párr. 164.

³⁷ Ibid., párr. 170.

³⁸ TEDH, Caso W.D. contra Bélgica, ob. Cit., párr. 179.

mismos artículos. El TEDH no se pronunció en detalle sobre la nueva ley de internación que iba a entrar en vigencia unas semanas posteriores al fallo y que había sido tramitada en dos versiones —a partir del 2007 y del 2014, respectivamente—, ya que, según la jurisdicción que le otorga el CEDH, no puede revisar la legislación en abstracto. Sólo indicó que el objetivo de la ley apuntaba en la dirección correcta³⁹. En este sentido, bajo supervisión del Comité de Ministros, Bélgica debía implementar un sistema de internación para las personas con enfermedades mentales que sea acorde al CEDH.

En el caso *Blokhin contra Rusia*,⁴⁰ un niño de 12 años, que había sido diagnosticado con déficit atencional e hiperactividad, fue detenido por supuesta comisión de un delito. Dado que éste tenía una edad inferior a la que se requería para ser responsable penalmente, no se abrieron procedimientos en su contra, pero lo llevaron frente a una corte que ordenó que se le pusiera en un centro de detención temporal para ofensores adolescentes por 30 días para corregir su comportamiento y prevenir que siguiera delinquirando en el futuro. Su culpabilidad fue establecida por un inspector juvenil en base a las declaraciones de los testigos y a la suya propia. El solicitante alegó de la ilegalidad de la detención, dado que su declaración había sido tomada sin presencia de un tutor, abogado o profesor, y había sido hecha bajo presión.

Por otra parte, se refirió a las deficientes condiciones del recinto de detención temporal, las que perjudicaron aún más sus dolores y la enuresis de la que padecía, ya que no se le proveyeron los tratamientos para sus problemas de salud mental. El TEDH consideró que había evidencia suficiente de que las autoridades, estando al tanto de la condición médica del solicitante y de que requería tratamiento, no le proveyeron asistencia. El hecho de que luego de ser liberado tuviera que hospitalizarse al día siguiente por 3 semanas, prueba que no se le dieron los cuidados necesarios durante su detención. La falta de tratamientos médicos adecuados constituyó un trato inhumano y degradante; por tanto, el TEDH encontró una violación al artículo 3 CEDH.

Cabe destacar que se utilizó un parámetro más estricto que el general, ya que el TEDH sostuvo que “cuando se trata de niños (...) de conformidad con el derecho internacional establecido, la salud de los adolescentes privados de libertad se debe resguardar de acuerdo con estándares médicos reconocidas

³⁹ Ibid., párr. 113.

⁴⁰ TEDH, *Caso Blokhin contra Rusia* [GC], sentencia del 23 de marzo de 2016.

aplicables a los menores en la comunidad *en general*".⁴¹ Así, el TEDH sostuvo que "tanto la juventud del solicitante como su estado de salud constituyen circunstancias de importancia para apreciar si se ha alcanzado el nivel mínimo de gravedad".⁴² El TEDH consideró relevante que los tribunales se refirieran a que la detención era necesaria para "impedir que el adolescente siguiera delinquiriendo" y para realizar una "corrección de comportamiento";⁴³ motivos que no están cubiertos bajo el artículo 5.1 CEDH. La ubicación del solicitante en dicho centro de detención temporaria, por tanto, no estaba autorizada por la CEDH. Finalmente, en cuanto al artículo 6.1 CEDH, el TEDH sostuvo que, aunque el proveer asistencia legal a un niño en edad inimputable no es obligatorio en la ley doméstica, sí es exigible bajo el CEDH y la sola falta de asistencia legal es suficiente para violar el Convenio.

En este caso, el TEDH sostuvo que, a pesar de no haber un juicio propiamente tal, igualmente hubo una especie de condena o castigo al cual se llegó sin que hubiera parámetros de debido proceso. Cabe observar, entonces, que el tribunal aplicó un criterio más estricto, ya que tomó las condiciones del régimen jurídico especial que se debía aplicar a su situación considerando el hecho de que el adolescente no había alcanzado la edad legal de responsabilidad penal. Recordemos que el tema procedimental es relevante, en este caso, porque es la primera vez que el TEDH tiene la oportunidad de pronunciarse sobre los procedimientos especiales aplicables a niños, niñas y adolescentes en Rusia que han cometido delito antes de alcanzar la edad de responsabilidad penal.

2.2. Detención, condiciones carcelarias y derecho a la libertad personal

En *Jeronovics contra Letonia*,⁴⁴ el solicitante había iniciado una solicitud en el TEDH alegando violaciones al artículo 3 y a los artículos 5.3, 5.5, 6.1 y 6.1, en conjunto con los artículos 13 y 14 CEDH, debido a la falta de investigación de malos tratos hacia él de parte de la policía. En dicha solicitud, el gobierno presentó una declaración unilateral en la que admitió que el tratamiento físico que recibió el solicitante, a manos de la policía, así como también la efectividad de la investigación, no cumplían los estándares del artículo 3 CEDH, y ofreció, en consecuencia, el pago de una cierta cantidad de dinero a modo de

⁴¹ Ibid., párr. 138. El destacado es nuestro. Los estándares referidos son, por ejemplo, las Reglas de Beijing sobre la administración de justicia juvenil.

⁴² Ibid., párr. 141.

⁴³ Ibid., párr. 27, resumiendo la sentencia del tribunal ruso respectivo.

⁴⁴ TEDH, *Caso Jeronovics contra Letonia* [GC] sentencia del 5 de julio de 2016.

indemnización. Añadió que dicho pago constituiría la resolución final del caso. Esta declaración unilateral fue aceptada por el TEDH, el que, consecuentemente y sin más garantías, terminó el caso. En 2012 el solicitante pidió a la fiscalía que reabrieran los procedimientos penales en contra de los oficiales de policía, basándose en la declaración unilateral del gobierno emitida en el caso 547/02. Esta solicitud fue rechazada.

El solicitante recurrió, nuevamente, al TEDH, alegando que el Estado se habría negado a reabrir la investigación y que esto lo privaba de una reparación efectiva respecto a sus alegaciones sobre los artículos 3 y 13 CEDH. El caso fue enviado a la Gran Sala por una de las salas de la cuarta sección del tribunal, al parecer dada su complejidad formal y técnica. El TEDH consideró particularmente relevante que en la terminación de la solicitud se estableciera que el solicitante podría ejercer cualquier otro recurso posible para obtener una reparación, y sostuvo que el pago de una indemnización, como resultado de una declaración unilateral o seguida de procedimientos legales internos, no podía satisfacer la necesidad de reparación bajo el artículo 3, estando el Estado obligado a conducir una investigación efectiva por los malos tratos de sus agentes. Por estos motivos, terminó condenando a Letonia por el artículo 3 en su aspecto procedimental.

En este fallo, llama la atención lo divididas que están las opiniones de los integrantes de la Gran Sala del TEDH. Algunas de ellas hacen alusión a que el TEDH se habría equivocado al aceptar una declaración unilateral, cuyos términos no se encontraban redactados claramente. Se podría temer que la posibilidad de reabrir casos sin hechos nuevos, pone en riesgo la certeza jurídica de los fallos del TEDH. En este caso, convencen más los votos disidentes, ya que es de suma relevancia para la seguridad legal que el TEDH revise en detalle cada declaración unilateral y que el Comité de Ministros pueda, efectivamente, garantizar su cumplimiento, para que no se vea en la necesidad de corregirse con posterioridad.

Por su parte, en *Buzadji contra Moldavia*⁴⁵ —caso que llegó a la Gran Sala a solicitud del gobierno— el solicitante, que estaba siendo investigado por varios delitos, fue detenido el 2 de mayo de 2007 y puesto bajo prisión preventiva, la que fue prorrogada hasta sumar un total de 10 meses. Después de salir en libertad bajo fianza, fue liberado de todos los cargos. El solicitante alegó que la extensa privación de libertad que sufrió fue injustificada. El TEDH había sostenido en casos anteriores que la persistencia de sospechas razonables es una condición

⁴⁵ TEDH, *Caso Buzadji contra Moldavia* [GC], sentencia del 5 de julio de 2016.

sine qua non para la validez de la detención continua en prisión preventiva, pero que ella no bastaba para justificar la prolongación de ésta después de un cierto lapso de tiempo.⁴⁶ Este principio fue enunciado por primera vez en Stögmüller, que más tarde se conoció como el principio Letellier.⁴⁷ El tribunal debía, entonces, establecer en el caso concreto si había motivos citados por las autoridades judiciales que continuaran justificando la privación de libertad, y si tales motivos eran pertinentes y suficientes.

El TEDH consideró que “las razones invocadas por los tribunales nacionales para ordenar y prolongar la detención del solicitante en este caso eran estereotipadas y abstractas”.⁴⁸ En sus decisiones se citaban los motivos de la detención sin intentar demostrar de qué manera se aplicaban, concretamente, a las circunstancias específicas del caso del solicitante. El TEDH señaló que cuando se trata de una cuestión tan importante como el derecho a la libertad, incumbe a las autoridades nacionales demostrar de manera convincente que la detención es necesaria, lo que no pudo probarse en este caso. En cuanto al arresto domiciliario, el TEDH recordó que, de acuerdo a su jurisprudencia, éste se considera, en razón de su grado e intensidad, como privación de libertad en el sentido del artículo 5 del Convenio, por lo que también cabe dentro de este análisis. En este caso los jueces estuvieron de acuerdo en la gran mayoría de los puntos y la condena a Moldavia por violación del artículo 5 fue unánime. Lo que nos parece más relevante de este caso es que el TEDH ahondó en que los requisitos de la prisión preventiva debían estar muy bien fundamentados, no en abstracto, sino que para el caso en concreto. También resulta importante que el TEDH haya confirmado que la reclusión domiciliaria puede constituir una privación de libertad.

El caso de Buzadji es similar al de Mozer contra Moldavia y Rusia, en que el solicitante también fue detenido por sospechas de delito. En este caso, el Tribunal competente también extendió la prisión en reiteradas ocasiones. La particularidad en este caso, es que la alegación del solicitante se extiende a Moldavia y Rusia, lo que generó una discusión sobre la competencia. El solicitante se quejó, entre otras cosas, de que había sido detenido ilegalmente por autoridades de la República Moldovesa de Transnistria (MRT por sus siglas en inglés). Además, alegó que no se le había proporcionado la asistencia médica necesaria para su estado (padecía de asma bronquial); que había sido detenido

⁴⁶ Ibid., párr. 87.

⁴⁷ Ibid., párr. 92.

⁴⁸ Ibid., párr. 122.

en condiciones inhumanas y que se le había impedido ver a sus padres y a su pastor. Sostuvo que, tanto Moldavia como Rusia, eran responsables. Cabe destacar que Transnistria es un territorio ubicado en una zona limítrofe entre Rusia y Moldavia antiguamente perteneciente a la URSS y que, actualmente, es considerado como un Estado no reconocido. El TEDH confirmó el raciocinio de Ilascu y otros, y Catan y otros, decidiendo absolver a Moldavia de toda responsabilidad y responsabilizar a Rusia. El TEDH sostuvo que “el MRT sólo puede seguir existiendo y resistir los esfuerzos de Moldavia e internacionales para resolver el conflicto y llevar la democracia y el Estado de Derecho a la región, debido al apoyo económico y político del ejército Ruso”.⁴⁹

Respecto a la validez del actuar de autoridades MRT, el TEDH sostuvo que la falta de fuentes oficiales de información relativas al sistema tribunales de MRT hacía imposible verificar si sus prácticas cumplían los estándares requeridos por el CEDH y que, por este motivo, los procesos judiciales de MRT y sus autoridades no podían ordenar —bajo ningún caso— “detenciones legales”. Así, el TEDH sostuvo que hubo ilegalidad en la detención y, por ende, una violación al artículo 5.1 por parte de Rusia.

Además, el Tribunal terminó condenando a Rusia por una violación del artículo 3, debido a que no se le proveyeron los tratamientos médicos adecuados al Sr. Mozer, lo que empeoró su enfermedad. El TEDH también condenó a Rusia por violaciones a los artículos 8 y 9 CEDH, ya que corroboró que el solicitante —sin motivo aparente— fue impedido de que lo visitaran sus padres y a su pastor, sin que el gobierno hubiera justificado esta medida. Finalmente, el TEDH condenó por una violación al artículo 13, ya que sostuvo que el gobierno ruso no fue capaz de presentar ningún recurso efectivo para obtener compensación. Cabe destacar que, respecto al artículo 5.1, el tribunal y el solicitante se enfocaron no en las formas de la detención en sí misma para referirse a su ilegalidad, sino que en el mero hecho de haber sido ejecutada por autoridades o sistemas judiciales que, en su base, han sido constituidos de forma ilegal. Esta decisión nos podría llevar, fácilmente, a concluir que cualquier proceso llevado a cabo por tribunales de MRT o cualquier detención en dicho territorio realizada por autoridades MRT sería ilegal, a ojos del TEDH. También parece relevante el hecho de que el tribunal mantuvo su postura sobre el nivel de responsabilidad de Moldavia respecto de casos anteriores.

⁴⁹ TEDH, Caso Buzadji contra Moldavia [GC], sentencia del 5 de julio de 2016, párr. 110. Discutimos casos anteriores contra Moldavia en los Anuarios 2013 y 2016.

En el caso Mursic contra Croacia,⁵⁰ el TEDH tuvo que evaluar las condiciones carcelarias en las cuales el solicitante cumplía condena. El solicitante alegó que, durante su estadía en Bjelovar, fue ubicado en celdas comunes sobrepobladas y sostuvo que, específicamente, durante un periodo de 50 días en total dispuso de un espacio inferior a 3 metros cuadrados de espacio personal, incluidos 27 días continuos. También alegó que hubo varios periodos no consecutivos en que fue colocado en espacios entre 3 y 4 metros cuadrados. El solicitante sostuvo, además, que las celdas en que se le mantenía estaban en malas condiciones y que las condiciones de higiene del lugar eran deplorables. Por todo ello, acudió al TEDH alegando una violación al artículo 3.

En este caso, las preguntas que debía contestar el Tribunal se relacionaban con el mínimo de espacio personal en una celda común necesario para preservar la dignidad de los internos, y con las condiciones favorables de reclusión que pueden compensar la falta de espacio para no incurrir en una violación al artículo 3 CEDH. La Gran Sala sostuvo que no había motivo, en este caso, para distanciarse de sus posturas y jurisprudencias anteriores en cuanto al mínimo de espacio personal en celdas compartidas. Así, discrepó de las posturas del Comité Internacional de la Cruz Roja y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, y corroboró que hay un estándar mínimo de espacio personal en celdas compartidas de 3 metros cuadrados por persona; que cuando dicho estándar se incumple, surge una presunción fuerte de violación del artículo 3 CEDH; y que dicho estándar no es estricto, ya que el TEDH no puede fijar estándares inamovibles.

Esto quiere decir que, aún cuando se incumple dicho estándar, hay otros factores que deben evaluarse y que pueden hacer contrapeso al incumplimiento: los periodos de tiempo en que este se dio (si fueron periodos continuos o discontinuos, breves o extensos) y si el recluso contaba con actividades diarias fuera de su celda, entre otros. El TEDH concluyó que no cabía duda que el periodo de 27 días levantaba una fuerte presunción de violación del artículo 3. También destacó que, en este período, las condiciones de detención no pudieron ser compensadas por factores favorables anexos, constituyéndose un trato degradante y una violación del artículo 3. En cuanto a los periodos restantes que fueron de corta duración, el TEDH consideró que el reducido espacio personal pudo ser refutado por los breves espacios de tiempo en que éste se dio.

⁵⁰ TEDH, Caso Mursic contra Croacia [GC], sentencia del 20 de octubre de 2016.

En nuestra opinión, similar a la del juez Pinto de Alburquenque, el TEDH adoptó una postura más bien conservadora frente al mínimo de espacio personal, optando por desechar los argumentos del Comité Internacional de la Cruz Roja y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, respecto a un espacio mayor. Pensamos, en concordancia con el análisis que hace el mencionado juez en el párrafo 51 de su voto disidente, que el permitir a los estados compensar el incumplimiento del artículo 3 mediante factores que son básicos en sí, como el derecho a salir al patio, actividades fuera de la celda y otros, es una lectura demasiado amplia, que da pie para un incumplimiento del estándar mínimo.⁵¹ Tal vez una lectura más adecuada por parte del TEDH, hubiera sido una que ampliara el espacio mínimo a lo recomendado por el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, estableciendo un mínimo de 3.4 o 4 metros y que restringiera —y no abriera— la posibilidad de los estados de justificarse frente un trato degradante.

3. Libertad de expresión, acceso a la información pública y democracia

Otro de los temas recurrentes que aborda año a año el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dice relación con el derecho a la libertad de expresión. Entre los casos sometidos a conocimiento del Tribunal se encuentran Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría,⁵² y Baka contra Hungría.

3.1. Democracia "iliberal", libertad de expresión, e independencia del poder judicial

Dos de los casos sobre libertad de expresión tratan de demandas realizadas en contra del Estado húngaro y en las cuales este último fue encontrado responsable de violaciones al artículo 10 CEDH. En la actualidad, Hungría se encuentra gobernada por un miembro del partido conservador *Fidesz*, cuyo gobierno populista tiene rasgos euro-escépticos y autoritarios, con una clara tendencia anti-inmigración y de espaldas a la protección de derechos fundamentales consagrados en tratados internacionales, como lo es el CEDH. A partir de un cambio constitucional en 2012, se han eliminado varias garantías

⁵¹ TEDH, Caso Mursic contra Croacia [GC], sentencia del 20 de agosto de 2016, voto disidente Juez Pinto de Alburquenque, párr. 51.

⁵² TEDH, Caso Magyar Helsinki Bzottság contra Hungría [GC], sentencia del 8 de noviembre de 2016.

de protección contra-mayoritaria de la democracia; se reestructuraron los medios de comunicación; se limitaron, considerablemente, las competencias del tribunal constitucional;⁵³ se reformó el sistema electoral;⁵⁴ y se restringió la participación de la sociedad civil.⁵⁵ El mismo primer ministro Órban indicó, en 2014, que su visión para Hungría era construir una democracia iliberal,⁵⁶ un término usado por Fareed Zakaria en 1997 para describir democracias formales sin protección de derechos fundamentales y una tendencia de acumulación de poder en el ejecutivo, sin los usuales *checks and balances*.⁵⁷ El analista húngaro Biro-Nagy indica que “basados en las actuales políticas de *Fidesz*, también es justo deducir que la democracia iliberal también incluye medidas destinadas a eliminar los controles de los poderes ejecutivos y a limitar, a través de una variedad de medios raramente empleados en las democracias occidentales, oportunidades genuinas de escuchar las voces de la oposición.”⁵⁸

Es en esta situación que el TEDH encontró una indebida interferencia con la independencia del Poder Judicial, en relación a la libertad de expresión del presidente de la Corte Suprema de Hungría. *Baka contra Hungría* fue un caso que llegó a la Gran Sala, por solicitud del gobierno húngaro, y fue decidido por una mayoría de 15 jueces de la Gran Sala contra 2. Sus aspectos sobre debido proceso se revisarán en relación al debido proceso (véase sección 4).

András Baka fue juez del TEDH por más de diecisiete años y elegido por el Parlamento húngaro como presidente de la Corte Suprema de ese país por un período de seis años. Su mandato iba terminar el 22 de junio del año 2015. El solicitante recurrió ante el tribunal alegando, entre otros, la existencia de una violación al artículo 10 del Convenio Europeo, sobre libertad de expresión. Sostiene, para tales efectos, que su mandato como presidente de la Corte Suprema

⁵³ Para un análisis de la democracia húngara desde 2010, véase Biro-Nagy, András, *Illiberal Democracy in Hungary: The Social Background and Practical Steps of Building an Illiberal State*, in: *СІДОВ*, Enero 2017. Para un análisis de las restricciones de facultades de tribunales constitucionales y superiores, véase también Bogdandy, Armin von, *Constitutional crisis in the European constitutional area*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015.

⁵⁴ Véase para un análisis del sistema electoral, Fumarola, Andrea, *Fidez and electoral reform: How to safeguard Hungarian democracy*, 1 de abril de 2016, <http://www.democraticaudit.com/2016/04/01/fidez-and-electoral-reform-how-to-safeguard-hungarian-democracy/>.

⁵⁵ Véase específicamente, Forst, Michel, Relator Especial de las Naciones Unidas para Defensores y Defensoras de Derechos Humanos, Comunicado 2016, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17048&LangID=E>.

⁵⁶ Biro Nagy, *ibid*.

⁵⁷ Zakaria, Fareed, *The Rise of Illiberal Democracy*, *Foreign Affairs*, Nov/Dec 1997, versión electrónica disponible en <https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-11-01/rise-illiberal-democracy>.

⁵⁸ Biro-Nagy, *supra*.

fue terminado como resultado de opiniones que expresó públicamente en 2011, en su rol de presidente de la Corte Suprema (Kúria), respecto a reformas legislativas concernientes al Poder Judicial. Sus comentarios fueron dirigidos a apoyar la autonomía e independencia del Poder Judicial y criticó la nueva edad obligatoria para el retiro de los jueces, lo que expresó a través de un comunicado oficial.⁵⁹ El TEDH en su razonamiento, reiteró las líneas generales que aplican en este tipo de casos, es decir, observar la existencia de una interferencia con el derecho y analizar si ésta se encuentra prescrita en la ley y justificada, es decir, si persigue un fin legítimo y es necesaria en una sociedad democrática, y proporcional a los fines buscados. El margen de apreciación de los estados es estrecho en temas de libertad de expresión.

En lo que respecta a funcionarios públicos que trabajan en la administración de justicia, el Tribunal observa que tienen ciertos límites en su libertad de expresión que una persona privada no tendría, principalmente, cuando ello pusiera en riesgo la imparcialidad del Tribunal o cuando se desclasificaran asuntos privados de una investigación.⁶⁰

Atendiendo a la posición del solicitante como presidente de la Corte Suprema, resulta importante, en este caso concreto, considerar el contexto: la necesidad en un Estado democrático —con el que está comprometido el TEDH— de preservar la separación entre los poderes del Estado y salvaguardar la independencia del Poder Judicial. Por ello, las opiniones de Baka en relación al funcionamiento del sistema caen dentro de la esfera del interés público, el cual goza de amplia protección ante la autoridad y envuelve materias vitales en una sociedad democrática, formando parte del debate político.⁶¹ Además, los temas sobre los que el solicitante se pronunció, le competían por su mandato como presidente de la Corte Suprema, siendo un asunto de gran interés público con amplia protección de parte del artículo 10 CEDH. Por último, el TEDH consideró que la desprotección de la libertad de expresión respecto de miembros del Poder Judicial, podría tener un efecto indeseado en el sentido de inhibir a otros funcionarios a expresar sus opiniones por miedo a las consecuencias para su cargo.⁶²

Los 2 votos disidentes provenían de los jueces Pejchal (checo) y Wojtyczek (polaco). Pejchal argumentó que el TEDH no podía juzgar los hechos del caso sin analizar si las elecciones parlamentarias en Hungría habían sido libres y

⁵⁹ TEDH, Caso Baka contra Hungría [GC], sentencia del 26 de junio de 2016, párr. 21.

⁶⁰ Ibid., párr. 164.

⁶¹ Ibid., párr. 165.

⁶² Ibid., párr. 166.

que la evaluación de un candidato recaía dentro del margen de apreciación del Estado. Ciertamente, esto no es así *per se*, sino que depende si el núcleo del derecho en cuestión ha sido afectado. Otro argumento fue expuesto por el juez Wojtyczek, proveniente de un país que también da preocupación a quienes velan por la calidad democrática: “La mayoría se refiere varias veces a las normas internacionales relativas al estatuto de los jueces (véanse, en particular, los apartados 114, 121, 168 y 172 de la sentencia). Su razonamiento da la impresión de que esas normas son importantes para el propósito de determinar el alcance de la protección de los derechos humanos que se concede a las personas que desempeñan cargos judiciales. En esta lógica, el discurso de los jueces gozaría de mayor protección en el marco de la Convención que el discurso de otros ciudadanos, ya que las garantías universales del artículo 10 se yuxtaponen con las garantías de independencia judicial.”⁶³

El juez tiene razón en insistir en la calidad de funcionario público del ex presidente de la Corte Suprema y, por tanto, la mayor posibilidad de imponer restricciones a su libertad de expresión; sin embargo, por el enraizamiento de las garantías de derechos fundamentales en un orden democrático, y las funciones específicas que tiene el presidente del Poder Judicial en relación las políticas públicas de la administración de la justicia, estamos ante una situación que no puede ser analizada fuera de contexto, incluso si se aceptare la hipótesis que, en el caso particular, aplicaba una mayor facultad del Estado para restringir el derecho. No es necesario postular que el TEDH habría querido proteger la protección de los derechos fundamentales a través del derecho a la libertad de expresión del juez en particular. Más bien, ha sido un factor de análisis en toda la historia de los tribunales internacionales de derechos humanos ponderar el contexto de cómo ocurren las supuestas violaciones, para considerarlas por sus efectos estructurales.⁶⁴ En este sentido, se entiende que el TEDH haya considerado que la esencia del derecho a la libertad de expresión del ex juez estuvo en juego y fue vulnerada.

Karácsony y otros contra Hungría⁶⁵ es otro caso contra este país revisado por el Tribunal el año 2016, el cual involucra el derecho a la libertad de expresión.

⁶³ Ibid., voto disidente juez Wojtyczek, párr. 5.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) contra Ecuador, sentencia del 28 de agosto de 2013; Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) contra Ecuador, sentencia del 23 de agosto de 2013; Caso Apitz Barbera y otros contra Venezuela, sentencia del 5 de agosto de 2008. No comentaremos acá las consecuencias políticas de estos casos.

⁶⁵ TEDH, Caso Karácsony y otros contra Hungría [GC], sentencia del 17 de mayo de 2016.

Los requirentes son un grupo de parlamentarios de oposición al gobierno actual de Hungría que, durante la tramitación de una ley, interrumpieron la discusión con pancartas y críticas al gobierno. Alegaron ante el TEDH que la multa que el parlamento le impuso, tras esta manifestación, vulneraba el artículo 10 CEDH. Así, este caso se inscribe, desde la perspectiva de otro de los tres poderes del Estado, en los problemas que surgen a partir de cómo el Ejecutivo húngaro manejaba sus relaciones con los demás poderes del Estado.

En lo que respecta a la libertad de expresión en el caso específico de miembros del parlamento, se observa con especial atención por qué constituye “el discurso político por excelencia”,⁶⁶ ya que estamos frente a personas que son representantes de un electorado y tienen el mandato de defender sus intereses. Existe, en este contexto, un interés público superior respecto a asegurar que el Parlamento cumpla su función de manera efectiva y persiga su misión en una sociedad democrática, cuidando que exista un debate libre. Por ello es que, en lo que dice relación con las medidas disciplinarias, los estados gozan de un amplio margen de apreciación.⁶⁷

En el caso concreto, la Gran Sala estimó —en primer lugar— que era efectiva la existencia de una interferencia, que ésta se encontraba prescrita en la ley y que la sanción disciplinaria impuesta a los parlamentarios buscaba un fin legítimo, cuál era la prevención del desorden dentro de la discusión parlamentaria. No obstante, esta sanción no era necesaria en una sociedad democrática y, por tanto, el foco debía situarse en si existían medidas que operaban como garantías contra la invocación abusiva de este fin.⁶⁸ Concluyó, en este punto, que la interferencia en el derecho a la libertad de expresión contra los requirentes no era proporcional, ya que no ofrecía las medidas necesarias en el aspecto procesal para evitar abusos.⁶⁹ Más precisamente, al ser la sanción impuesta a los parlamentarios, una medida *ex post facto*, lo adecuado hubiera sido un procedimiento establecido en virtud del cual los individuos puedan ser escuchados previo a la imposición de la sanción, así como que la decisión que se adopte fuera fundada, de manera tal que permita un escrutinio público. En este sentido, la medida adoptada no era necesaria en una sociedad democrática y no cumplía con el estándar de proporcionalidad exigido por el Tribunal. Hubo una violación del artículo 10 CEDH.

⁶⁶ Ibid., párr. 137.

⁶⁷ Ibid., párr. 146.

⁶⁸ Ibid., párr. 151.

⁶⁹ Ibid., párr. 161.

3.2. Acceso a la información pública —un derecho mal protegido por el TEDH

Magyar Helsinki Bizottság es una organización no gubernamental que monitorea la implementación de estándares internacionales de derechos humanos en Hungría, entrega representación legal a víctimas de abusos contra derechos humanos, y promueve el entrenamiento y educación en materias legales en Hungría y el extranjero. Recurrió ante el TEDH alegando una violación al artículo 10 CEDH sobre libertad de expresión por parte del Poder Judicial húngaro, ante su negativa de ordenar la entrega de información sobre defensorías públicas respecto de la cual han solicitado acceso en virtud de que era de interés público. Para la Gran Sala el asunto principal a resolver era si el artículo 10 invocado por los solicitantes, podía ser interpretado de forma tal que garantizare un derecho al acceso a la información que se encuentre en manos de autoridades públicas. En el mismo sentido, el Tribunal debía determinar en qué casos el rechazo a la información solicitada resultaba en una violación al artículo 10.⁷⁰

Para dilucidar este asunto, la Gran Sala en primer lugar señaló que el CEDH, en cuanto tratado internacional, debía ser interpretado de acuerdo con las reglas que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. De acuerdo a este criterio, se debe, en primer lugar, observar el uso ordinario de la palabra en su contexto de acuerdo al objeto y fin del tratado, que en este caso es la efectiva protección de los derechos humanos individuales.⁷¹

Por un lado, la Gran Sala aceptó —como criterio interpretativo— los consensos a los que se pueda haber llegado mediante instrumentos internacionales o entre Estados, y constató, en ese sentido, que desde que fue adoptado el CEDH, la legislación doméstica de la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa han reconocido un derecho individual al acceso a la información pública. Por otro lado, en términos jurisprudenciales, el estándar se fijó en el caso *Leander*, en el cual sostuvo el Tribunal que “El derecho a la libertad de recibir información, básicamente prohíbe a un gobierno a restringir la recepción de información a un individuo, que otras personas desean o hubieran deseado que recibiera.”⁷² Se suma a esto el argumento de la Gran Sala en el caso *Guerra*, de 1998, según el cual el derecho a recibir información “no puede ser construido

⁷⁰ TEDH, Caso Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría [cc], sentencia del 8 de noviembre de 2016, párr. 71.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 120.

⁷² *Ibid.*, párr. 74.

sobre la base de imponerle a un estado, en condiciones como las de este caso, obligaciones positivas de recolectar y diseminar su propia información.”⁷³

Un punto relevante en el razonamiento de la Gran Sala, en este caso, es la referencia que realiza a los trabajos preparatorios (*travaux préparatoires*) como medio interpretativo del artículo 10, y en los cuales se observa que no existe en el lenguaje previsto para el artículo 10 un derecho a obtener información, el que fue deliberadamente excluido. Sin embargo, al no existir actas al respecto en que conste esta discusión, la Gran Sala estimó que dicha fuente no era concluyente para efectos de descartar el derecho a recibir información como parte del derecho a la libertad de expresión contenida en el artículo 10.⁷⁴

En consecuencia, para el Estado surge una obligación de desclasificar información, cuando proviene de una orden judicial o cuando el acceso a dicha información es un instrumento para que el individuo pueda hacer ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, lo que se evaluará para el caso concreto.⁷⁵ En este caso concreto, para el Tribunal tuvo relevancia el hecho de que la información requerida por la ONG era necesaria para la realización de su investigación, la que a su vez, por su naturaleza, contribuía al debate público y era información que se encontraba disponible para ser entregada. Un segundo aspecto para evaluar en el caso concreto era si los solicitantes gozaban, efectivamente, del derecho a recibir la información que requerían. El TEDH analizó si la interferencia se encontraba prescrita en la ley, así como si perseguía fines legítimos, como lo es la protección de los derechos de terceros, y si ésta es necesaria en una sociedad democrática, para lo cual se cita —entre otros casos similares— el Caso Delfi AS contra Estonia que revisamos en la edición anterior de este anuario.⁷⁶

En este contexto, si bien la negativa de las autoridades locales tenía su justificación en la protección de la privacidad de aquellos defensores públicos, cuya información fue requerida, la Gran Sala sostuvo que los medios utilizados para llevar a cabo dicha protección no fueron proporcionales, ya que aun cuando la información que se solicitaba involucraba, ciertamente, datos de carácter privado, no era información ajena a la esfera pública, sino que era

⁷³ Ibid, párr. 128.

⁷⁴ Ibid., párr. 135.

⁷⁵ Ibid., párr. 156.

⁷⁶ TEDH, Caso Delfi AS contra. Estonia [GC], sentencia del 16 de junio de 2015. Revisado en Díaz, Marcela/Schönsteiner, Judith, “Revisión de la Jurisprudencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2015”, Couso, Javier (dir.), Anuario de Derecho Público 2016 (Ediciones UDP), páginas 495ss.

más bien de carácter estadístico. Por tanto, aun cuando el Estado gozase de un cierto margen de apreciación en la materia, no existía una relación razonable y proporcionada entre las medidas tomadas y la finalidad que buscaba el Estado al no entregar la información solicitada.

En este tema nos parece relevante comentar, brevemente, la opinión disidente de los jueces Spano y Kjølbrot, jueces de Dinamarca e Islandia. En su voto señalaron que el sentido ordinario del artículo 10, correctamente interpretado, incluía el derecho a recibir información sólo en situaciones en las que una persona deseaba impartir cierta información a otra y el gobierno interfiriera en esa transferencia. Estimaron que el voto de mayoría, en su decisión respecto a este punto, había sacado totalmente de contexto el derecho a recibir información como parte del artículo 10 CEDH, ya que la estaría entendiendo como un derecho a entregar información, aun no estando dicho Estado bajo un deber estatutario de entregarla, e incluso contra su voluntad de entregarla. Por tanto, concluyeron que el artículo 10, bajo una interpretación de buena fe, en el marco de su contexto y siguiendo a los trabajos preparatorios que fueron desestimados en el razonamiento mayoritario, no implicaba un deber para las autoridades de entregar información que no deseaban entregar y a lo que no estaban obligadas.

Esta postura contrasta, claramente, con la interpretación que ha dado la Corte IDH en su jurisprudencia constante sobre el artículo 13 CADH que está redactado en términos similares. Es emblemático, en este sentido, el caso *Claude Reyes contra Chile* que fue considerado cumplido con la adopción de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.⁷⁷ En las Américas, y según nuestro conocimiento, no se ha generado nunca mayor crítica sobre la lógica interpretativa de la Corte IDH en relación a esta segunda faceta del derecho a la libertad de expresión. Sería interesante estudiar a futuro si las distintas interpretaciones del derecho en el ámbito europeo están vinculadas con una visión particular de la función del Estado y su administración.

3.3. Libertad de expresión y confidencialidad de los procesos judiciales

El caso *Bédat contra Suiza*⁷⁸ fue fallado por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 29 de marzo de 2016. El requirente es el Sr. Arnaud Bédat, de profesión periodista, y que recurrió ante el Tribunal Europeo

⁷⁷ Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros contra Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006 y Resolución de cumplimiento de fecha 24 de noviembre de 2008.

⁷⁸ TEDH, *Caso Bédat contra Suiza* [GC], sentencia del 29 de marzo de 2016.

alegando que existía una infracción a su derecho a la libertad de expresión. Había sido juzgado y condenado a una multa por un tribunal doméstico suizo, por la publicación en un medio de prensa de detalles confidenciales respecto a una causa judicial que suscitó gran conmoción en Suiza. El procedimiento criminal iniciado contra el solicitante había sido iniciado por un fiscal, quien sostuvo que documentos de carácter secreto habían sido publicados respecto de un accidente de tránsito en que un conductor había atropellado un grupo de peatones, causando la muerte de tres de ellos.

La Gran Sala comenzó su razonamiento reiterando los argumentos sostenidos por la Cámara que anteriormente revisó este caso, en el sentido de señalar que existía una interferencia contra el derecho a la libertad de expresión, la cual se encontraba establecida en la ley y que perseguía un fin legítimo, como era evitar la desclasificación de información recibida en un contexto de confidencialidad, la protección de la reputación de terceros y la imparcialidad del sistema judicial.⁷⁹

Respecto a los principios generales relativos al derecho a la libertad de expresión, la Gran Sala reiteró su jurisprudencia basada en el caso *Pentikainen* contra Finlandia,⁸⁰ el cual ya revisamos en el anuario del año 2016. Puso énfasis en que no obstante la importancia que tiene el ejercicio del periodismo, existen ciertos límites que no deben sobrepasarse, tales como el respeto a la reputación de otros y la no divulgación de información entregada bajo una esfera de confidencialidad. Asimismo, debe ejercerse un periodismo responsable, es decir, que el periodista debe actuar dentro del marco legal y de buena fe.⁸¹ Reiteró también su jurisprudencia indicando que la libertad de expresión debe ser particularmente protegida en ámbitos tales como el discurso político y asuntos de interés público, donde las autoridades gozarían de un menor margen de apreciación.

Respecto a la aplicación de estos principios al caso concreto, para la Gran Sala los puntos a considerar fueron la forma en que la información publicada fue obtenida; el contenido del artículo impugnado; la contribución de este artículo al debate público; la influencia del artículo en los procedimientos criminales; la infracción a la vida privada del acusado y la proporcionalidad de la pena.

La Gran Sala concluyó que no existía violación al artículo 10 CEDH en este caso. Para llegar a esta decisión, la Gran Sala adujo que el requirente, siendo

⁷⁹ Ibid., párr. 47.

⁸⁰ TEDH, Caso *Pentikäinen* contra Finlandia [GC], sentencia del 4 de febrero de 2014.

⁸¹ TEDH, Caso *Bédat* contra Suiza [GC], sentencia del 29 de marzo de 2016, párr. 50.

periodista, debió haber sabido que la información que estaba publicando era de carácter confidencial ya que formaba parte de una investigación en curso. Por otro lado, estimó que la pena impuesta no tenía como finalidad impedir el ejercicio de la libertad de expresión de que gozan los individuos⁸² y que la información difundida merecía, por sus características, de la máxima protección ya que trataba asuntos de la vida privada de una persona que no era una figura pública.⁸³ Señaló también que lo publicado por el requirente de manera indirecta podía influenciar a los actores intervinientes en el proceso judicial,⁸⁴ así como que el tipo de información que fue desclasificada, era de carácter sensacionalista, sin ser relevante para el debate público.

4. Discriminación

El año 2016 la Gran Sala del TEDH tuvo la oportunidad de revisar sólo tres casos de discriminación. Dos de ellos nuevamente referente a discriminación por religión esta vez enfocado en la temática de religiones minoritarias (Izzetin Dogan y otros contra Turquía e Iglesia Católica Griega de Lupeni contra Rumania) y uno referente a discriminación por nacionalidad con base al derecho de reunificación familiar (Biao contra Dinamarca).

4.1. Discriminación por razones de religión

En Izzettin Dogan y otros contra Turquía, los solicitantes alegaron el hecho que Turquía no reconociera a la fe alevita como una religión oficial, negando el estatus de lugar sagrado de sus lugares de adoración (cemevis), lo que repercutió en que muchas municipalidades negaron sus permisos para la construcción de cemevis, y en que se negó entrenamiento para formación de líderes religiosos alevitas en escuelas y universidades. Cabe destacar que la fe alevita es una versión del islam de la corriente sufí, distinta a la versión mayoritaria sunita que se practica en Turquía.

Los solicitantes sostuvieron que estas denegaciones implicaban una valoración de su fe contraria al deber de neutralidad e imparcialidad del Estado con respecto a las creencias religiosas y que impedían el libre ejercicio de su religión. Por ello, alegaron una violación al artículo 9 CEDH —por sí sólo, pero

⁸² Ibid., párr. 81.

⁸³ Ibid., párr. 76.

⁸⁴ Ibid., párr. 69.

también relacionado en conjunto con el artículo 14 CEDH—. El TEDH sostuvo que la situación descrita por la comunidad alevita de la negación a ser reconocida como una religión, negaba sus derechos de disfrutar plenamente su libertad religiosa. En particular, esta negación había tenido como consecuencia que la comunidad alevita se había visto impedida de profesar su religión de manera libre. El TEDH argumentó además que, en el presente caso, las medidas tomadas por el Estado no se podían considerar proporcionales, sobre todo cuando al hacer esto, excluyó a sus creyentes de los beneficios que implicaba constituirse como religión en dicho país (párrafo 113). En ausencia de motivos relevantes y suficientes para justificar tal diferencia de trato, el TEDH consideró que Turquía sobrepasó el margen de apreciación amplio que existía en materia religiosa y consideró que tal interferencia no podía ser admisible en una sociedad democrática (párrafo 135).

Para llevar a efecto este análisis, el TEDH se refirió al caso anterior S.A.S. contra Francia sobre una mujer que alegó contra la legislación que le impedía usar un velo en su rostro acorde a su religión y sostuvo que se trataba de cosas diferentes, ya que en el presente caso el Estado no pudo probar que la interferencia con la libertad religiosa fuera necesaria en una sociedad democrática, lo que sí se probó en S.A.S contra Francia.⁸⁵

En cuanto al artículo 14, el TEDH entendió que, si bien el artículo 9 no requiere que la legislación interna de los estados contratantes concedan a las comunidades religiosas estatus especiales que contengan ciertos privilegios, un Estado que de hecho ha creado esos privilegios para alguna religión particular, debe cumplir con su deber de neutralidad e imparcialidad y asegurarse que otros grupos religiosos tengan las mismas oportunidades de solicitar dichos estatus y que los criterios para concederlos sean aplicados de manera no discriminatoria.⁸⁶ Esto no ocurrió en este caso, concretándose una violación al artículo 14 en relación la libertad religiosa. Tal como analiza Mine Yildirim en el blog de observadores de Estrasburgo el fallo identificó la esencia del asunto —el no reconocimiento a una existencia autónoma de la comunidad Alevi— y, tal como en Sinan Isik contra Turquía, fue *más allá de la discriminación por religión*.⁸⁷ Los jueces Villinger, Keller y Kjølbrotuvieron una opinión distinta. Si bien

⁸⁵ Para una discusión del caso, ver Anuario 2015.

⁸⁶ TEDH, Caso Izzettin Doğan y otros contra Turquía, sentencia del 26 de abril de 2016, párr. 164.

⁸⁷ Grand Chamber Judgment in Izzettin Doğan and Others v. Turkey: More Than a Typical Religious Discrimination Case, en Strasbourg Observers, 18 de julio de 2016, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2016/07/18/grand-chamber-judgment-in-izzettin-dogan-and-others-v-turkey-more-than-a-typical-religious-discrimination-case/>.

estuvieron de acuerdo en encontrar una violación al artículo 14, se opusieron a encontrar una violación al artículo 9, ya que sostuvieron que los solicitantes no estaban impedidos de realizar sus actividades religiosas, opinión que se asemeja a la del Juez Silvis. También llamó la atención la opinión disidente del Juez Vehabović, que, preocupado por el “amplio margen de aplicación” en esta materia, sostuvo que “la posibilidad de que todas las ideologías deban ser reconocidas, es riesgoso”.⁸⁸

Sobre la misma materia versa el caso Iglesia Católica Griega de Lupeni contra Rumania. Después de la caída del régimen comunista en 1989, se promulgó en Rumania una ley especial que especifica que el estatuto jurídico de la propiedad perteneciente a la Iglesia Católica Griega estaría determinado por Comisiones Mixtas, compuestas de representantes de ambas denominaciones religiosas que tendrían en cuenta la opinión de los adherentes de las comunidades en posesión de esas propiedades, y que, en caso de desacuerdo, la parte con un interés que le autorice a ejercitar la acción podría hacerlo en el marco del derecho común.

Este caso tiene que ver con una propiedad traspasada a la Iglesia Ortodoxa rumana el año 1967, y que anteriormente pertenecía a la Iglesia Católica Helénica, que en el año 1996 fue restablecida legalmente, quedando nuevamente bajo custodia de la Iglesia Católica Griega de Lupeni. Sin embargo, el año 2001, la Iglesia Ortodoxa Rumana inició procedimientos para que se le restituyera la propiedad en comento. En 2009, el Tribunal de primera instancia falló en favor de los solicitantes, pero su acción fue, posteriormente, desestimada por el Tribunal de Apelación en 2010. En sentencia del año 2011 el Tribunal Supremo confirmó la sentencia del Tribunal de Apelación, señalando la aplicación correcta de la ley especial en cuanto al criterio de respetar los deseos de sus integrantes (en su mayoría ortodoxos) en posesión de la propiedad. En este contexto, los solicitantes son la Iglesia Católica Griega.

La primera aproximación de la Gran Sala tiene que ver con la idea de que el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto, por lo que puede estar sujeto a ciertas limitaciones. Esta limitación se condice con cierto margen de apreciación que tienen los Estados y, además, debe ser compatible con lo establecido en el artículo 6.1 CEDH, por lo que debe perseguir un objetivo legítimo, y debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se quiere alcanzar. También en la línea de las limitaciones,

⁸⁸ TEDH, Caso Izzettin Dogan, ob.cit., voto disidente Juez Vehabović.

se establece que el Tribunal sólo puede intervenir cuando se han vulnerado derechos y libertades protegidas por la CEDH.

Respecto del caso en cuestión, se entiende que los solicitantes alegan que la aplicación del criterio de los deseos de los fieles (como lo indica el Decreto Legislativo de 1990), equivaldría a una restricción tal que hace ilusorio el derecho de acceso a un tribunal en el contexto de las gestiones por recuperar la propiedad en disputa.⁸⁹ Sin embargo, la Gran Sala señaló que los solicitantes habían podido alegar la restitución de la propiedad ante los tres niveles de jurisdicción, incluso declarándose admisible su alegato en la primera instancia en el año 2004.⁹⁰ Además, agregó que los solicitantes también pudieron incorporar pruebas y beneficiarse de los procedimientos adversariales.

Por otra parte, el Tribunal señaló que el criterio de los deseos de los fieles tomaba en cuenta aspectos históricos y sociales, y no sólo estadísticos, por lo que se entiende que no se había utilizado de forma arbitraria en contra de los solicitantes del presente asunto. Y es aquí que surge la base del alegato de la parte solicitante: la dificultad de satisfacer las condiciones que impone el derecho sustantivo para lograr la restitución de la propiedad en cuestión. En este sentido, se establece que “el criterio de *los deseos de los fieles* en cuestión en el presente caso no puede ser considerado como limitando en modo alguno para la jurisdicción de los tribunales con respecto a decidir las acciones de recuperación de la posesión de lugares de culto, sino como un derecho sustantivo.”⁹¹ Esto significa que los tribunales nacionales tenían plena competencia para aplicar e interpretar la ley nacional, sin verse obligados a llegar a una solución amistosa ante la negativa respuesta de la Iglesia Ortodoxa Rumana.

En definitiva, “el Tribunal considera que no se privó a los solicitantes del derecho a una determinación de los méritos de sus pretensiones relativas a su derecho de propiedad sobre un lugar de culto. Las dificultades encontradas por los solicitantes en sus intentos de asegurar el retorno del edificio de la iglesia impugnada resultaron del derecho sustantivo aplicable, y no estaban relacionadas con ninguna limitación del derecho de acceso a un tribunal.”⁹² Por ello, la Gran Sala, por 12 votos a 5, concluyó que el derecho de acceso a un

⁸⁹ TEDH, Caso Iglesia Católica Griega de Lupeni contra Rumania [cc], sentencia del 29 de noviembre de 2016, párr. 92.

⁹⁰ Ibid., párr. 94.

⁹¹ Ibid., párr. 101.

⁹² TEDH, Caso Iglesia Católica Griega de Lupeni contra Rumania [cc], sentencia del 29 de noviembre de 2016, párr. 106.

tribunal fue respetado y que, por lo tanto, no ha habido violación del artículo 14 en relación al artículo 6.1 CEDH.

4.2. Discriminación indirecta a razón del origen étnico

En *Biao contra Dinamarca*, el caso fue llevado a la Gran Sala por solicitud de los solicitantes. El solicitante es un ciudadano danés de origen togolés y ganés que vivió en Dinamarca desde 1993 y adquirió la ciudadanía al casarse con una danesa. En 2003 quiso establecerse en Dinamarca con su segunda esposa, de origen y ciudadanía ganesa, sin embargo, esta solicitud de reunificación fue rechazada, así como también las apelaciones presentadas ante esta decisión.

Ambos vivían en Suecia al momento de la solicitud y tenían un hijo de nacionalidad danesa debido a la ciudadanía del padre. La Ley de Extranjería danesa sostenía que la reunificación familiar sólo podía ser concedida si sus lazos agregados con Dinamarca eran más fuertes que el vínculo de ambos para con cualquier otro país (el llamado requisito del vínculo). La Autoridad de Extranjería denegó el permiso de residencia, sosteniendo que no había sido posible comprobar que los lazos de los cónyuges con Dinamarca fueran más fuertes que el vínculo con Ghana. Posteriormente, y con objeto de contrarrestar algunas consecuencias indeseadas que tenía el requisito del vínculo en ciudadanos daneses expatriados y que habían vivido gran parte de su vida fuera de Dinamarca, se modificó la ley y se introdujo la “regla de los 28 años” que no requiere que se cumpla el requisito del vínculo si se comprueba que el o la cónyuge ha sido ciudadano danés por al menos 28 años o, en caso de no nacionales, ha nacido o ha crecido en Dinamarca y vivido allí, legalmente, por al menos 28 años. Posterior a ello, hubo una nueva solicitud a la cual el Ministerio de Refugiados, Inmigración e Integración, nuevamente, se negó. Todas las apelaciones fueron rechazadas.

Los solicitantes alegaron que la negativa de las autoridades danesas a concederles la reunión familiar en Dinamarca iba contra el artículo 8 por sí solo y también leído en conjunto con el artículo 14 CEDH. Sostuvieron, además, que la modificación a la Ley de Extranjería con la introducción de la regla de los 28 años resultaba ser una diferencia de trato injustificada entre los daneses de origen étnico danés y los de otro origen.

El TEDH señaló que no era posible aceptar los reclamos del gobierno de que la diferencia de trato se encontraba ligada, únicamente, al tiempo de nacionalidad. Aún más, recalcó que había sostenido en casos anteriores que la diferencia de trato podía tomar la forma de efectos perjudiciales desproporcionados

cuando una medida o política concebida en términos neutros, discrimina a determinados grupos.⁹³ El TEDH sostuvo, entonces, que la ley danesa tal como estaba redactada suponía una desventaja y tenía efectos perjudiciales para quienes adquirieran la nacionalidad danesa con posterioridad y que fueran de origen étnico diverso.⁹⁴

El TEDH indicó que una situación como esta podía llegar a constituir una discriminación indirecta que no necesariamente requería de una intención discriminatoria.⁹⁵ Esta definición es muy similar a la contenida en la Observación General N° 20 del Comité DESC, la cual sostiene que “La discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación”. El TEDH recalcó —además— que, si bien en los Estados miembros del Consejo Europeo existe una cierta variación respecto a las condiciones de concesión del reagrupamiento familiar, hay una cierta tendencia hacia un estándar único⁹⁶ que establece un trato igualitario a todos los nacionales, con independencia de si éstos lo son desde el nacimiento o la adquirieron con posterioridad. Además, resaltó que varios organismos independientes (CERD, ECRI y el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo Europeo) habían expresado su preocupación por el hecho de que la norma de 28 años entrañara una discriminación indirecta.⁹⁷

En conclusión, considerando el estrecho margen de apreciación del presente caso, el TEDH consideró que el gobierno falló en demostrar que hubiera razones fuertes no relativas al origen étnico para justificar discriminación indirecta con la regla de los 28 años. Dicha regla favorece a los nacionales daneses de origen étnico danés y tiene efectos perjudiciales para personas que han adquirido la nacionalidad danesa, con orígenes étnicos diversos al danés. Se trata de un fallo medianamente dividido, en que ninguno de las decisiones sobre violación a derechos del Convenio fue unánime. Es interesante ver cómo la Gran Sala argumentó y falló de manera distinta a la Sala inferior en varios de los puntos principales. La Gran Sala se desligó del caso Abdulaziz —en que se establecía que la ley de inmigración británica no era discriminatoria por carecer de intención discriminatoria— y con base en los casos Hugh Jordan contra Reino Unido y

⁹³ TEDH, Caso Hugh Jordan contra Reino Unido, sentencia del 4 de mayo de 2001.

⁹⁴ TEDH, Caso Biao contra Dinamarca [GC], sentencia del 24 de mayo de 2016, párr. 138

⁹⁵ Véase TEDH, Caso D.H. y otros contra República Checa, sentencia del 13 de noviembre de 2013.

⁹⁶ TEDH, Caso Biao contra Dinamarca [GC], sentencia del 24 de mayo de 2016, párr. 132

⁹⁷ *Ibíd.*, párr. 138.

D.H. y otros contra República Checa, recordó que hay distinciones legales que, aunque no tengan la intención de discriminar, tienen efectos discriminatorios o de discriminación indirecta, frente a lo cual los Estados deben responder.

5. Propiedad, beneficios sociales y derecho a la seguridad social

En el caso *Belané Nagy contra Hungría*,⁹⁸ se analizaron derechos sociales y su relación con el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 1 del Protocolo N° 1 del CEDH. La requirente es la señora Nagy, quien desde el año 2001 recibía una pensión por discapacidad en atención a que perdió un 67% de su capacidad de trabajo. Tras modificaciones en la legislación que regula la metodología para el acceso a estas pensiones en Hungría, hubo cambios en el modo de calcular el grado de discapacidad que habilitan a un individuo para acceder a una pensión por discapacidad, así como los requisitos para postular. Como consecuencia de lo anterior, la Sra. Nagy fue calificada con un 50% de discapacidad, a lo que se sumaron los nuevos criterios de selección, quedando fuera del acceso a los beneficios que percibía, aun cuando su situación de salud no había mejorado en el tiempo.

Dentro del razonamiento de la Gran Sala, se sostuvo que la Sra. Nagy tenía una expectativa legítima respecto al pago de su pensión de discapacidad, en la medida que su salud se mantuviera en las mismas condiciones y continuara cumpliendo con los demás requisitos. Esta expectativa legítima era asimilable a un derecho de propiedad sobre esta pensión desde el momento en que el individuo satisfacía sus requisitos y ésta le era otorgada⁹⁹ y, por tanto, a juicio de la Gran Sala existió una vulneración del mentado derecho. No obstante, especifica que este artículo no engloba un derecho a recibir una pensión, sino a que una vez otorgada ésta, si es rebajada o suspendida, la restricción al goce del derecho debe ser justificado.¹⁰⁰

En el caso concreto, la solicitante reunió los requisitos que la ley le exigía por casi diez años, hasta que la legislación fue modificada. Así, resultó innegable que durante de todo este periodo, tenía una expectativa legítima de seguir recibiendo sus beneficios.¹⁰¹ Ahora bien, para la Gran Sala fue relevante

⁹⁸ TEDH, *Caso de Belané Nagy contra Hungría* [GC], sentencia del 13 de diciembre de 2016.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 82.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 84.

¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 94.

determinar si esa legítima expectativa aún existía luego de la modificación a la ley, ya que sólo en ese caso se podría establecer que la enmienda legislativa constituía una interferencia con el artículo 1 del Protocolo N°1 del Convenio.¹⁰²

La interferencia en la expectativa legítima que tiene la Sra. Nagy, tutelada en este caso por el artículo 1 del Protocolo N° 1, se produjo por la nueva legislación introducida el año 2012 y, en este sentido, cumplió con el requisito de ser una interferencia contenida en la ley. Asimismo, persiguió una finalidad basada en el bien común, cual es, disminuir el gasto público. No obstante, falló al balancear adecuadamente los intereses en pugna que no justificaban una aplicación retroactiva sin atender a casos particulares.¹⁰³ No existió, por tanto, una relación razonable de proporcionalidad entre el objetivo buscado y los medios utilizados para ello y aun cuando el Estado goza de un amplio margen de apreciación para ello, la carga impuesta a un particular, resultó excesiva.¹⁰⁴

6. Debido proceso y acceso a la justicia

El hecho principal en el caso Lhermitte contra Bélgica sucede el 28 de febrero de 2007, cuando la Sra. Geneviève Lhermitte mató a sus cinco hijos degollándolos, para luego intentar suicidarse. Durante la etapa de investigación, tres peritos psiquiátricos habían concluido que la Sra. Lhermitte no había estado tan afectada, mentalmente, como para ser incapaz de controlar sus acciones durante la comisión de los delitos. Sin embargo, posteriormente, durante la realización del juicio se ordenó al mismo grupo de expertos la realización de una evaluación psiquiátrica adicional frente a nuevas pruebas. Esta vez concluyeron que, al momento de los hechos, la acusada había sufrido una grave perturbación mental que la hacía incapaz de controlar sus acciones y que, en el momento del juicio, ella sufría de un trastorno mental grave que justificaba un tratamiento a largo plazo.

La Sala del TEDH declaró que no había violación al artículo 6.1 de la CEDH, dado que era necesario examinar el procedimiento en su conjunto, incluidas las decisiones judiciales posteriores que habían aclarado las razones del veredicto de culpabilidad del jurado. Luego, la Gran Sala del TEDH, a solicitud de la solicitante, reexaminó el caso y determinó, por 10 votos contra 7, que

¹⁰² Ibid., párr. 95.

¹⁰³ Ibid., párr. 124.

¹⁰⁴ Ibid., párr. 126.

no existió violación al mencionado artículo, debido a que a la solicitante se le proporcionaron suficientes garantías que le permitieron entender el veredicto de culpabilidad en su contra.

La cuestión fundamental en este caso es tratada en el razonamiento presentado por el voto disidente, y tiene relación con qué entendemos como fallo razonado: aquél que tiene un fundamento desarrollado jurídicamente, o aquél cuyo fundamento es claro para la persona condenada.¹⁰⁵ Así, el voto disidente concluyó que “una evidencia crucial fue simplemente ignorada antes de haberle prestado atención, aparentemente sin ninguna razón en particular. En tales circunstancias, es difícil ver cómo podemos hablar de garantías procesales que permitan al acusado entender las razones de su condena.”¹⁰⁶ En definitiva, ni el jurado de primera instancia ni los tribunales superiores consideraron los segundos informes concluyentes, y la solicitante fue sentenciada a cadena perpetua. Creemos que el TEDH debió calificar los hechos como violación del artículo 6.1 CEDH, por falta de motivación del veredicto del jurado en cuanto a la culpabilidad de la solicitante.

En el caso A y B contra Noruega, los solicitantes eran ciudadanos noruegos que vivían, respectivamente, en Langhus (Noruega) y Florida (EE.UU.) y tenían inversiones en varias empresas. En este contexto, varias transacciones no fueron declaradas a las autoridades fiscales noruegas, lo que trajo como resultado el no pago de impuestos por un total de, aproximadamente, 3,6 millones de euros. En 2005, las autoridades tributarias iniciaron una auditoría fiscal y, más tarde, acusaron a los solicitantes A y B por fraude fiscal agravado, siendo, posteriormente, procesados, condenados y sentenciados a penas de prisión. Los solicitantes alegaron ante la Gran Sala del TEDH que habían sido juzgados dos veces por el mismo delito por la justicia tributaria administrativa y por la justicia penal.

La Gran Sala del TEDH sostuvo en este caso, por una mayoría abrumante de 16 votos contra 1, que no se había violado el artículo 4 del Protocolo N° 7 de la CEDH, sobre el derecho a no ser juzgado ni castigado dos veces o *ne bis in idem*, a causa de procedimientos administrativos y penales que resultaron en una combinación de sanciones, según la gravedad de los distintos aspectos del delito. En este sentido, la Gran Sala reconoció como objetivo del artículo 4 del Protocolo N° 7 de la CEDH, evitar que una persona sea procesada o castigada

¹⁰⁵ TEDH, Caso Lhermitte contra Bélgica [GC], sentencia del 29 de noviembre de 2016, voto disidente, párr. 5.

¹⁰⁶ Ibid., párr. 19.

dos veces por la misma conducta tipificada como delito. Sin embargo, esto no quiere decir que se “prohíbe los sistemas jurídicos que adopten un enfoque ‘integrado’ de la infracción social en cuestión y, en particular, un enfoque que implique etapas paralelas de respuesta jurídica a las irregularidades cometidas por distintas autoridades y con diferentes fines.”¹⁰⁷

La Gran Sala observó que los procedimientos administrativos y penales se habían llevado a cabo en paralelo y estaban interconectados: los hechos establecidos en uno de los procedimientos se habían invocado en el otro y, en cuanto a la proporcionalidad del castigo general, la pena impuesta en el juicio penal había tenido en cuenta la sanción fiscal. Se consideró entonces que, si bien en el marco de procedimientos diferentes se habían impuesto distintas sanciones por parte de dos autoridades diferentes, existía, sin embargo, “una conexión suficientemente estrecha”¹⁰⁸ entre ellas, tanto en el fondo como en el tiempo, para ser consideradas parte de un régimen general de sanciones.

Por el interés que el argumento reviste para la relación entre sanciones penales y administrativas, resumimos acá los criterios más importantes que deben cumplirse para que los procedimientos penales y administrativos duales se consideren suficientemente vinculados en cuanto al fondo y al tiempo:

- “Si los diferentes procedimientos persiguen fines complementarios y abordan no sólo de forma abstracta, sino también in concreto, los diferentes aspectos de la mala conducta social;
- Si la dualidad de los procedimientos de que se trata es una consecuencia previsible, tanto en el Derecho como en la práctica, del mismo comportamiento impugnado;
- Si los procedimientos pertinentes se llevan a cabo de manera que se evite en la medida de lo posible toda duplicación tanto en la recopilación como en la evaluación de las pruebas, en particular mediante una adecuada interacción entre las distintas autoridades competentes para que el establecimiento de hechos en un escenario también se utilice en el otro escenario.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ TEDH, Caso A. and B. contra Noruega [GC], sentencia del 15 de noviembre de 2016, párr. 123.

¹⁰⁸ Ibid, párr. 130.

¹⁰⁹ Ibid., párr. 132.

Siempre en el contexto del debido proceso, dos casos que decidió el TEDH en 2016 tienen que ver con investigaciones, en relación a operativos anti-terroristas de la policía de Londres. En el primero de ellos, Armani da Silva contra Gran Bretaña, la solicitante es Patricia Armani Da Silva, brasileña, residente en Londres, y prima de Jean Charles de Menezes, quien fue asesinado a tiros en una estación de metro por dos oficiales de fuerzas especiales después de que fuera erróneamente identificado como un atacante suicida.

Aunque, efectivamente, surgieron informes que sostenían que el Sr. Menezes fue asesinado a causa de errores evitables, no se impusieron cargos penales ni medidas disciplinarias contra ninguna persona, porque se consideró que estos errores no eran constitutivos de una conducta criminal. En 2007, la autoridad fue condenada a una multa, pero todos los funcionarios fueron absueltos en lo que respecta a responsabilidad personal por los hechos. Por ello, la Sra. Armani Da Silva se quejó de que la decisión de no procesar a nadie con respecto a la muerte de su primo violaba el aspecto procesal el artículo 2 de la CEDH, esto es, llevar a cabo con debida diligencia una investigación efectiva.

La Gran Sala comenzó su análisis del caso estableciendo que hay una obligación inherente al artículo 2 de la CEDH, en cuanto a la existencia de una investigación oficial efectiva en casos que sea necesario revisar la legalidad del uso de la fuerza por parte de los agentes del Estado. Para que esta investigación fuera efectiva, debía cumplir con una serie de requisitos, tales como que “los responsables de llevar a cabo la investigación deben ser independientes de los implicados en los hechos; la investigación debe ser ‘adecuada’;¹¹⁰ sus conclusiones deben basarse en un análisis exhaustivo, objetivo e imparcial de todos los elementos pertinentes; debe ser suficientemente accesible para la familia de la víctima y abierto al escrutinio público; y debe llevarse a cabo con prontitud y con la expedición razonable.”¹¹¹

En este caso, la pregunta para el TEDH era si el proceso de la investigación había sido adecuado en términos tales “a) que las autoridades investigadoras no pudieron evaluar si el uso de la fuerza estaba justificado porque se les había impedido considerar (que las fuerzas especiales de la policía) aparentemente creían, honestamente, que el uso de la fuerza era necesario, también era razonable.”¹¹² Este test, exclusivamente subjetivo en relación a la legítima

¹¹⁰ TEDH, Caso Armani da Silva contra Gran Bretaña [cc], sentencia del 30 de marzo de 2016, párr. 233.

¹¹¹ Ibid., párr. 240.

¹¹² Ibid., párr. 243.

defensa, es atípico en el derecho común y uno de los propósitos del caso ante el TEDH era cuestionar su aplicación.¹¹³

La Gran Sala consideró, de acuerdo a su jurisprudencia constante, que la obligación de investigar señalada en el artículo 2 CEDH es una obligación de medios, no de resultados; no puede inferirse una obligación absoluta de que todos los enjuiciamientos resulten en condena, o incluso en una sentencia en particular. Su fallo tiene que ver, exclusivamente, con deficiencias institucionales en relación a “la decisión de no perseguir a funcionarios individuales y de enjuiciar sólo a la OCPM¹¹⁴ en su calidad de empleador de agentes de policía [lo que] podría constituir una violación procesal del artículo 2 de la CEDH.”¹¹⁵

Para la Gran Sala no fueron comprobadas estas deficiencias institucionales, ya que entendió que las instituciones realizaron bien sus funciones y se realizó apropiadamente el test a las evidencias del caso a la luz del test de la “creencia honesta”¹¹⁶ que, sin embargo, resultó en un error. Así, no se justificaría hablar de una falta de debida diligencia en este caso. De todas maneras, “se identificaron fallas institucionales y operativas y se hicieron recomendaciones detalladas para evitar que se repitieran los errores que condujeron a la muerte del Sr. de Menezes.”¹¹⁷ Por todo lo anterior, por 13 votos contra 4, la Gran Sala declaró que no había violación del aspecto procesal del artículo 2 CEDH. Los cuatro jueces que votaron por encontrar una violación se basaron en el argumento de que la falta de planificación del operativo constituía efectivamente una falta de debida diligencia.¹¹⁸

El segundo caso, Ibrahim y Otros contra Gran Bretaña, se refiere a las garantías procesales en los interrogatorios de testigos de actos terroristas que, posteriormente, fueron imputados. El 21 de julio de 2005, dos semanas después de que 52 personas murieran como resultado de atentados suicidas en Londres, otras bombas fueron puestas en el sistema de transporte público de Londres, pero no explotaron y los perpetradores huyeron de la escena. En este contexto, los tres primeros solicitantes fueron arrestados, pero se les negó asistencia

¹¹³ Hessbrügge, Arnold, ECtHR Armani Da Silva v UK: Unreasonable Police Killings in Putative Self-Defence, 14 de abril de 2016, disponible en <https://www.ejiltalk.org/ecthr-armani-da-silva-v-uk-unreasonable-police-killings-in-putative-self-defence/>.

¹¹⁴ Office of Crisis Planning and Management, que puede traducirse como Oficina de Planificación y Manejo de Crisis, nota al pie de los autores.

¹¹⁵ TEDH, Caso Armani da Silva contra Gran Bretaña [GC], sentencia del 30 de marzo de 2016, párr. 258.

¹¹⁶ Ibid., párr. 192.

¹¹⁷ Ibid., párr. 284.

¹¹⁸ Ibíd., voto disidente juez Wojtyczek y otros, párrs. 6 y 7.

legal por periodos de entre 4 y 8 horas para permitir a la policía llevar a cabo “entrevistas de seguridad.”¹¹⁹ No discutiremos este aspecto del fallo porque no presenta novedad alguna en la jurisprudencia.

El cuarto solicitante, inicialmente, no fue sospechoso de haber detonado una bomba, por lo que fue entrevistado por la policía como testigo. Sin embargo, comenzó a inculparse explicando su encuentro con uno de los presuntos terroristas poco después de los ataques y la asistencia que había prestado a ese sospechoso. En ese momento, la policía no lo detuvo y le comunicó su derecho a guardar silencio y a la asistencia letrada, pero siguió interrogándolo como testigo y tomó una declaración por escrito. Posteriormente, fue arrestado y se le ofreció asesoramiento jurídico. En sus entrevistas subsiguientes, se refirió, sistemáticamente, a su declaración escrita, que fue admitida como prueba en su juicio. Fue condenado por ayudar a uno de quienes pusieron las bombas y por no revelar información sobre los atentados.

La Gran Sala del TEDH explicitó que el derecho a ser, efectivamente, defendido por un abogado (artículo 6.3.c de la CEDH), no debería ser aplicado en una manera tal que estableciera dificultades desproporcionadas a la forma en que las autoridades y la policía tomen medidas efectivas contra el terrorismo y otros crímenes serios.¹²⁰ De ahí, entonces, que se entienda que el acceso a la defensa legal puede ser, excepcionalmente, retrasado cuando existan razones convincentes para ello.¹²¹ En base a esto, la Gran Sala entendió como razones convincentes el hecho de que el gobierno inglés haya demostrado “la existencia de una necesidad urgente para evitar graves consecuencias negativas para la vida, la libertad o la integridad física en un caso determinado”¹²² en el contexto de ataques terroristas.

Entendiendo que el cuarto solicitante fue entrevistado primero como testigo, la Gran Sala señaló que, cuando en el curso de un interrogatorio las respuestas dan lugar a la sospecha de que la persona interrogada cometió algún delito, se debía realizar una cautela antes de que se produjera otro interrogatorio y, de esta manera, evitar como consecuencia que se omitiera información al

¹¹⁹ Una entrevista de seguridad es una entrevista realizada con urgencia con el propósito de proteger la vida y prevenir daños graves a la propiedad. En virtud de la Ley de Terrorismo del año 2000, esas entrevistas pueden tener lugar en ausencia de un abogado y antes de que el detenido haya tenido la oportunidad de solicitar asesoramiento jurídico.

¹²⁰ TEDH, Caso Ibrahim y Otros contra Gran Bretaña [GC], sentencia del 13 de septiembre de 2016, párr. 252.

¹²¹ Ibid., párr. 256.

¹²² Ibid., párr. 259.

interrogado respecto de sus derechos procesales.¹²³ De ahí entonces que la Gran Sala fue tajante en establecer que, en este caso, el gobierno inglés no demostró la existencia de razones convincentes ni de un marco jurídico de derecho interno que permitiese a la policía restringir el acceso a la defensa legal y, más aún, no informar al solicitante de su derecho a permanecer en silencio.¹²⁴ La Gran Sala concluyó, entonces, que “la decisión de seguir interrogando al cuarto solicitante como testigo no tenía fundamento en el derecho interno y era contraria a las orientaciones dadas en el código de prácticas aplicable,”¹²⁵ y agregó que “constituye un vicio particularmente importante en el caso de autos, en el que no se facilitó al solicitante el acceso a un abogado que pudiera haberle informado de sus derechos, y el Gobierno no le había proporcionado una justificación convincente.”¹²⁶

En el caso *Baka contra Hungría*, discutido arriba bajo su aspecto de libertad de expresión, el solicitante, un ex juez del TEDH, fue elegido presidente del Tribunal Supremo de Hungría por un periodo de 6 años que finalizaba en 2015. En su calidad de presidente de ese Tribunal y del Consejo Nacional de Justicia, expresó su opinión sobre diversas reformas legislativas que afectaban al Poder Judicial, en especial acerca de las disposiciones transitorias de la nueva Constitución que iba a entrar en vigencia en 2012. Ésta estipulaba que el sucesor legal de la Corte Suprema sería la Kúria¹²⁷ y que el mandato del presidente de la Corte Suprema terminaría después de la entrada en vigor de la nueva Constitución. En consecuencia, el mandato del solicitante como presidente del Tribunal Supremo terminaría el 1 de enero de 2012.

Lo anterior sucedió porque, según los criterios para la elección del presidente de la Kúria, los candidatos debían tener al menos 5 años de experiencia como juez en Hungría, sin contar el tiempo como juez en un tribunal internacional. Esto condujo a la inhabilitación del Sr. Baka para el cargo de presidente de la nueva Kúria. En este contexto, la Gran Sala estableció que, de acuerdo con el criterio establecido en *Vilho Eskelinen*, la calidad de funcionario de un solicitante como depositario de la autoridad pública podría justificar su exclusión del derecho de acceder a un tribunal, en dos casos: (i) en primer lugar, el Estado debe haber excluido, expresamente, en su normativa nacional el acceso a un

¹²³ *Ibid.*, párr. 299.

¹²⁴ *Ibid.*, párr. 300.

¹²⁵ *Ibid.*, párr. 303.

¹²⁶ *Ibid.*, párr. 303.

¹²⁷ Tribunal Supremo de Hungría.

tribunal para el puesto o la categoría de personal respectiva; y (ii) en segundo lugar, la exclusión debe justificarse por razones objetivas en el interés de Estado.¹²⁸ La Gran Sala señaló que “para que la exclusión esté justificada, no basta que el Estado establezca que el funcionario en cuestión participa en el ejercicio del poder público, o que existe (...) ‘una unión especial de confianza y lealtad’ entre el funcionario y el Estado como empleador. También debe (...) demostrar que la materia en disputa está relacionada al ejercicio del poder del Estado o que se cuestiona la unión especial.”¹²⁹

Además, la Gran Sala señaló que en los pocos casos que existen de exclusión explícita para un cargo, “la exclusión del acceso a un tribunal para el puesto en cuestión era clara y ‘expresa’.”¹³⁰ En esos casos en particular, los solicitantes no estaban expresamente excluidos del acceso a un tribunal, sino todo lo contrario: el derecho interno preveía expresamente el derecho a un tribunal, lo que, en el presente caso, no se cumplió.¹³¹ Por ello, la Gran Sala estableció, por 15 votos contra 2, la violación del artículo 6 CEDH sobre el derecho a acceder a un tribunal, en cuanto a la incapacidad del solicitante para impugnar la terminación prematura de su mandato. Esta violación se sumó a la de la libertad de expresión.

En el caso *Avotiņš* contra Letonia, la Gran Sala estableció que la ejecución de una sentencia extranjera es incompatible con el artículo 6.1 CEDH si ésta se adoptó sin que la parte demandada tuviese la oportunidad de alegar en contra de la misma, ya sea en el Estado de origen o en requerido.¹³² En el presente caso, eso se había cumplido, considerando que el solicitante no había usado estas oportunidades que se le habían, debidamente, notificado de parte de los tribunales chipriotas y letones.

Finalmente, la Gran Sala decidió el caso *Al-Dulimi and Montana Management* contra Suiza, y reiteró el criterio que aplicó en 2012 en el caso *Nada* contra Suiza (véase Anuario 2013). Concluyó que era responsabilidad del Estado asegurar que la implementación de resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU no significara la violación de los derechos consagrados en el CEDH. En este caso, la Gran Sala estableció que el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y

¹²⁸ TEDH, *Caso Baka* contra Hungría [GC], sentencia del 23 de junio de 2016, párr. 103.

¹²⁹ *Ibid.*, párr. 103.

¹³⁰ *Ibid.*, párr. 113.

¹³¹ *Ibid.*, párr. 114.

¹³² TEDH, *Caso Avotiņš* contra Letonia [GC], sentencia del 23 de mayo de 2016, párr. 98.

puede estar sujeto a limitaciones.¹³³ Ante la pregunta de si el derecho de acceso a un tribunal por los solicitantes estaba legítimamente restringido o no, surge, entonces, un conflicto entre una Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU y la CEDH: si el Estado manifiesta la limitación de derechos del CEDH debido a la necesaria aplicación de la Resolución, “es necesario que el Tribunal examine la redacción y el alcance del texto de la resolución para garantizar, de manera efectiva y coherente, que está en consonancia con el Convenio.”¹³⁴ En caso de cualquier conflicto, por tanto, se debe optar por una interpretación que esté en armonía con los requerimientos del Convenio. Al respecto, en la resolución en comento en ninguna parte se establecen limitaciones a que los tribunales de primera instancia hicieran revisión de si los solicitantes gozaban de las garantías establecidas en el artículo 6.1 de la CEDH. Por lo tanto, “cuando una resolución como la del presente caso (...) no contiene ninguna formulación clara o explícita que excluya la posibilidad de supervisión judicial de las medidas adoptadas para su aplicación, debe entenderse siempre que autoriza a los tribunales del Estado demandado a ejercer un control suficiente para evitar toda arbitrariedad,”¹³⁵ y, por ello, por 15 votos a 2, se estableció que no había violación del artículo 6.1 de la CEDH.

Conclusión

Los casos que la Gran Sala del TEDH tuvo que decidir en 2016, presentan varios aspectos jurisprudencialmente novedosos. Aunque no se notan grandes cambios en la jurisprudencia establecida, hay matices que, sin embargo, tendrán efectos importantísimos en la protección de los derechos humanos en Europa, ya que afectarán a grandes grupos de personas, especialmente vulnerables. Así, las personas que no se pueden comunicar con sus abogados ya no podrán contar con una sentencia que los proteja en casos de expulsión. En situaciones de irregularidad migratoria, pero potencialmente también en casos de desaparición forzada o detención incomunicada, esto podría tener consecuencias negativas, especialmente para los más débiles, respecto de quienes el Estado tiene obligación de proteger.

¹³³ TEDH, Caso Al-Dulimi and Montana Management contra Suiza [gc], sentencia del 21 de junio de 2016, párr. 129.

¹³⁴ Ibid., párr. 139.

¹³⁵ Ibid., párr. 146.

Además, la decisión de eliminar ciertos casos de migrantes cuando los estados eliminan una orden de expulsión —sin garantías de seguridad jurídica sobre si se volverá a emitir una vez cerrado el caso ante el TEDH— podría debilitar el sistema de garantías definitivas de no-devolución, especialmente, en casos de salud. No obstante, el TEDH ha dado una señal fuerte sobre la inclusión de temas de salud y la falta de atención apropiada, en la prohibición de no-devolución en el caso Paposhvili.

El TEDH ha sido muy claro en que los estados deberán remediar falencias estructurales en sus sistemas de salud mental en relación a las personas privadas de libertad. Así, se ha pronunciado sobre el caso belga W.D. a pesar de que una nueva ley estaba pendiente de entrar en vigencia sólo unos pocos días después del fallo de la Gran Sala. La supervisión de la decisión de ese caso piloto, permitirá al Comité de Ministros entrar en un diálogo con el gobierno belga si la implementación de estas reformas corresponde a los estándares definidos por el TEDH.

En términos de no-discriminación, merece especial atención la protección que el TEDH exige para las religiones minoritarias. El Estado sólo puede desviarse de un trato igualitario de las distintas religiones y denominaciones si constan —dentro de un margen de apreciación amplio— razones relacionadas con la seguridad pública, la salud pública y los derechos de los demás. En este sentido, el TEDH considera que la prohibición del velo completo en la vía pública en Francia sí estaba *justificada* (*S.A.S. contra Francia*), pero el trato distinto de religiones minoritarias en relación a su propiedad o la formación de su clero, no.

En materia de libertad de expresión, el TEDH tuvo que analizar la situación de la democracia húngara, y se pronunció, fuertemente, a favor de los derechos de uno de sus ex integrantes, el juez Baka de Hungría. Aunque su raciocinio no convenció a todos, ponderó su derecho a la libertad de expresión como presidente de la Corte Suprema, según el estándar de una persona privada —no pública— asunto que parece justificado ante la necesidad de proteger la separación de poderes en una democracia. En materia de acceso a la información, la jurisprudencia de la Gran Sala, claramente, dista de la jurisprudencia clara y constante de la Corte IDH en este ámbito, evidenciada en el caso Claude Reyes contra Chile. Consideramos que la lógica dogmática de la interpretación de la Corte IDH representa más fielmente el objeto y fin de los tratados de derechos humanos.

Lo más interesante que podemos destacar de los casos de debido proceso, mirado desde la realidad chilena y los desafíos de regulación en materia

tributaria, es la evaluación integral de procesos administrativos y penales que el TEDH ha considerado justificada ante el principio de *ne bis in idem*.

Finalmente, y en general, el TEDH está cada vez más confrontado con casos sobre garantías de derechos sociales. Así, evaluó en 2016 un *hard case* sobre reducciones de la pensión por discapacidad que, a pesar de estar en general justificadas, en este caso particular, resultaron excesivas. Además, se pronunció sobre varios asuntos de salud, siempre desde la perspectiva de derechos civiles que están afectados, ya que el derecho a la salud no está reconocido en la CEDH. En 2016, el TEDH decidió en sala el caso Soares de Melo contra Portugal, en que declaró una violación del artículo 8 CEDH por la institucionalización obligatoria de varios hijos de la Sra. Soares de Melo por vivir en situación de pobreza.¹³⁶ Para el 2017, la Gran Sala ya tiene alistado un caso sobre pobreza y derechos sociales que tendrá que decidir, a saber, Garib contra Países Bajos. Discutiremos este caso en el Anuario 2018.

¹³⁶ David, Valeska, ECtHR condemns the punishment of women living in poverty the 'rescuing' of their children, en: Strasbourg Observers, 17 de marzo de 2016, disponible en <https://strasbourgothers.com/category/cases/soares-de-melo-v-portugal/>

REDD+ en Chile: Análisis de las políticas públicas de Bosques y Cambio Climático y crítica al mercado de los servicios ecosistémicos

Ezio Costa Cordella^{1,2}

Resumen

La urgencia del cambio climático ha exigido que la respuesta de la comunidad internacional sea multidimensional, abarcando una serie de espacios normativos distintos, así como tomando en consideración las realidades de los ecosistemas y sociedades. Entre estas dimensiones y ecosistemas está el bosque, como espacio natural y normativo en el que se juega una de las relaciones centrales de los humanos con el mundo natural.

Con esto en mente, en la primera parte de este trabajo se da a conocer el rol de los bosques en la lucha contra el cambio climático y se realiza una revisión del instrumento internacional que consagra esta relación, conocido como REDD+. Asimismo, se revisa la recepción de esta preocupación en Chile, con la Política Nacional Forestal 2015-2035 y la Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales (ENCCRV), haciendo un análisis sustantivo de ésta.

En una segunda parte del artículo, se propone un análisis de los servicios ecosistémicos que nos brindan los bosques y la lógica bajo los cuales se regulan. La conceptualización economicista de los servicios ecosistémicos y los problemas que ello podría acarrear desde el punto de vista de la justicia ambiental, constituyen el foco de esta sección, que invita a la reflexión sobre este modo de regular.

¹ Abogado, U. de Chile. Msc. en Regulación, London School of Economics and Political Science (LSE). Director Ejecutivo de la ONG FIMA e Investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom), de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

² Agradezco la ayuda de Macarena Martinic Cristensen.

1. Introducción

El presente trabajo avanza en pos de dos objetivos tan distintos como complementarios. En primer lugar, pretende explicar el rol que juega la regulación relacionada con los bosques, en la lucha contra el cambio climático. Para abordarlo, partiremos por revisar un breve resumen de los argumentos científicos que justifican que los bosques sean un objeto especial de preocupación para el régimen de cambio climático, tanto en la variable de mitigación del mismo, como en la necesidad de adaptación.

En seguida, repasaremos cuál ha sido la trayectoria de las conversaciones internacionales sobre protección del bosque y, especialmente, el tratamiento que se le ha dado en las negociaciones de cambio climático, donde ha sido un ítem especial de preocupación en el que se han vivido interesantes complejidades, que desnudan algunas de las dificultades propias del régimen del cambio climático.

Por último, nos interesa revisar cómo es que este asunto ha repercutido a nivel nacional y las acciones que el Estado de Chile está tomando o ha tomado en la materia. En este sentido, cobra especial importancia la Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales (ENCCRV), el cual es el instrumento específico creado por la Corporación Nacional Forestal (CONAF) para abordar el tema. En este último análisis, veremos que si bien la mayoría de las medidas apuntan en la dirección correcta, podrían existir dificultades en su implementación que impidan concretar los efectos buscados.

La segunda parte del artículo retira la cámara de la regulación específica de los bosques en materia de cambio climático para centrarse en una parte de la lógica que la sustenta a nivel global, como es la de los servicios ecosistémicos como un bien diferenciado de los elementos del medio ambiente que los proveen. En dicha sección, nos centramos en analizar cómo esta lógica se vincula con la de la justicia ambiental y los riesgos que importa profundizar en ella, aun cuando exista un valor pragmático en hacerlo.

2. El rol de los bosques en la lucha contra el cambio climático

La preocupación por el bosque y la preocupación por el cambio climático nacen de manera relativamente simultánea en la comunidad internacional. Es en la cumbre de la tierra de Río de 1992 donde ambas preocupaciones se manifiestan simultáneamente, pero con resultados disímiles. Mientras se firma

el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (UNFCCC), en materia de bosques apenas se alcanza a resolver la firma de una Declaración de Principios sobre la Ordenación, Conservación y Desarrollo Sostenible de los Bosques, que si bien contiene ideas interesantes, es un documento con menor valor práctico que el que se pretendía negociar.

Los bosques cubren, aproximadamente, un 30% de la superficie de la tierra, y en ellos se desarrollan procesos centrales para la existencia de vida en el planeta, especialmente para la vida humana. Los bosques son centrales para la existencia de biodiversidad, son sumideros de carbono y de ellos depende —en buena parte— la provisión de agua en los diversos ecosistemas, a través de la protección de los suelos y las cuencas hidrográficas.³

En lo que respecta al cambio climático de manera más directa, la función ecosistémica fundamental que cumplen es la de servir como sumideros de carbono, mediante la captura y fijación de este gas. Pero, además, la protección de los bosques tiene todavía otra función, puesto que la pérdida de superficie cubierta por bosques (deforestación) y la pérdida de calidad de ellos (degradación) tienen, entre sus consecuencias, la liberación del CO₂ y, por lo tanto, un incremento de los gases de efecto invernadero.

Además de la deforestación y la degradación, otro fenómeno vinculado —que implica un importante daño al medio ambiente— es el de la desertificación, por el cual “cada año se pierden 25000 millones de toneladas de capa superficial de materia orgánica, con el consiguiente empobrecimiento para el suelo.”⁴ Este último fenómeno ha sido abordado desde una perspectiva diferente que los bosques, específicamente mediante la Convención de las Naciones Unidas para la lucha contra la Desertificación.

En este trabajo se les trata, conjuntamente, por dos cuestiones fundamentales: En primer lugar, por su relación con la pérdida de ecosistemas vegetales, ya sea bosques o suelos aptos para la vida. En segundo lugar, porque la ENCCRV de Chile —uno de los objetos principales de este trabajo— sirve para dar espacio en la política pública a ambas preocupaciones.

³ Azqueta, Diego, *Introducción a la economía ambiental*, (Mc Graw-Hill Interamericana de España), 2007, p.70 y siguientes.

⁴ Azqueta, Diego, *Introducción a la economía ambiental*, (Mc Graw-Hill Interamericana de España), 2007, p. 12.

3. La posición de los bosques en el régimen de cambio climático

De acuerdo a Krasner, entendemos por régimen internacional “un set implícito o explícito de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisión alrededor del cual los actores esperan cubrir sus expectativas en relación con un área de las relaciones internacionales.”⁵

En el caso que nos ocupa, debemos adentrarnos en un espacio que es inter-régimenes, pues abarca, por una parte, al régimen de cambio climático y, por otra, al de bosques. Lo anterior sin perjuicio de que la densidad del primero sea inmensamente superior que la del segundo y que, por lo tanto, la construcción del régimen sea, evidentemente, hecha desde los conceptos, necesidades y particularidades del primero, siendo el segundo apenas una referencia para este espacio normativo. Bosques y cambio climático han confluído en una de las herramientas del régimen de este último, conocida actualmente como REDD+, y sobre la que nos referiremos a continuación.

Otra manera de verlo es siguiendo la teoría de Keohane y Victor, para quienes el régimen de cambio climático es, en realidad, un complejo de regímenes distintos, de suerte tal que no existiría un único espacio normativo como en el concepto de Krasner, pero tampoco habría una atomicidad que nos obligara a hablar de acuerdos parciales entre Estados, sino que una situación intermedia en la que diferentes regímenes se encuentran y relacionan a propósito del cambio climático.⁶

Lo que nos interesa recalcar es que el tema que estudiaremos está en un espacio de formación y que, si bien pertenece —formalmente— a las negociaciones relacionadas con el cambio climático, aún mantiene ciertas características especial y multisectoriales que lo hacen, especialmente, complejo.

3.1. Historia de REDD+

Fue recién en la décimo primera reunión de las partes del UNFCCC, celebrada en Montreal en el año 2005, que se logró discutir el cruce entre bosques y cambio climático, adoptándose —durante el año 2007— la Decisión de Bali, que incluía entre sus disposiciones las siguientes:

⁵ Krasner, Stephen, *Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as intervening variables*, (Massachusetts Institute of Technology), 1982, Massachusetts, p. 186.

⁶ Keohane, Robert. O. & Victor, David. G. “The Regime Complex for Climate Change” en *Perspective on Politics*, Vol 9, (Cambridge University Press) *Perspectives on Politics*, pp. 7–23.

1. “Invita a las Partes a seguir fortaleciendo y apoyando las actividades en curso para reducir las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques a título voluntario;
2. Alienta a todas las Partes que estén en condiciones de hacerlo a que apoyen el fomento de la capacidad, presten asistencia técnica, faciliten la transferencia de tecnología para mejorar, entre otras cosas, la reunión de datos, la estimación de las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques, la vigilancia y la presentación de informes, y atiendan las necesidades institucionales de los países en desarrollo para estimar y reducir las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques;
3. Alienta además a las Partes a que estudien una serie de medidas, planteen opciones y emprendan actividades, en particular actividades de demostración, para hacer frente a los factores indirectos de la deforestación pertinentes a sus circunstancias nacionales con el fin de reducir las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques y ampliar así las reservas forestales de carbono mediante la ordenación sostenible de los bosques;”⁷

En esa oportunidad, por primera vez, se plantea de manera oficial la necesidad de reducción de emisiones de efecto invernadero causadas por la deforestación y degradación de los bosques, cuestión que, por su acrónimo en inglés, es conocida como REDD. Este instrumento internacional se volvería más concreto en la décimo cuarta sesión de la conferencia de las partes, cuando se presentaron (i) una guía de buenas prácticas del IPCC en uso de la tierra y cambio de uso de suelo, así como (ii) un programa de trabajo para creación de políticas públicas, destinadas a abordar el problema de la deforestación y la degradación de los bosques.

En la décimo quinta conferencia de las partes, en Copenhague, la política REDD cambió su nombre por REDD+, por cuanto la decisión número 4 de dicha conferencia emitió orientaciones metodológicas que ya no sólo eran destinadas a reducir emisiones por deforestación y degradación, sino también a realizar gestión sostenible de los bosques y aumentar las reservas forestales en los países en desarrollo.⁸

⁷ CMNUCC Sesión COP 13/ Decisión 2. En <http://unfccc.int/resource/docs/2007/cop13/spa/06a01s.pdf>

⁸ CMNUCC, Sesión 15, Decisión 4. En <http://unfccc.int/resource/docs/2009/cop15/spa/11a01s.pdf>

De ahí en más, las diversas conferencias de las partes han ido complementando el enfoque de REDD+, siendo especialmente relevantes, en este sentido, las decisiones tomadas en la décimo sexta y décimo novena conferencias. Las primeras son conocidas como las “Salvaguardas de Cancún”,⁹ e importan la incorporación de los pueblos indígenas y otras comunidades locales en la gestión de los bosques, asegurándoles participación efectiva. Además, las salvaguardas velan porque no se potencie la sustitución de bosque nativo por bosques artificiales. Las segundas son conocidas como “el Marco de Varsovia para REDD+”,¹⁰ y se refieren a mecanismos de pago, coordinación entre países, directrices de evaluación técnica y modalidades de medición, notificación y verificación, entre otros. Por último, la discusión del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico (SBSTA por su acrónimo en inglés), en Bonn durante el año 2015, terminó por cerrar la planificación de REDD+, comenzándose, entonces, una fase de implementación.¹¹

3.2. Características y elementos de REDD +

REDD+ es una política pública global que busca incentivar la protección de los bosques y su uso sustentable, así como la reducción de la deforestación y la degradación forestal. Como señalan Corbera y Schroeder, “Esencialmente, se espera que REDD+ establezca incentivos para que los países en desarrollo protejan y manejen mejor sus recursos forestales, mediante la creación y reconocimiento del valor financiero del carbono adicional almacenado en los árboles o no emitido a la atmósfera.”¹²

Como otras políticas globales de cambio climático, REDD+ descansa sobre una base de análisis propia de la economía de mercado, en el sentido de considerar que la mejor manera de proteger los bosques es mediante la asignación de un valor económico a los mismos, cuestión que generaría un incentivo a sus poseedores o propietarios para llevar a cabo dicha protección. Sin perjuicio de lo anterior, la comprensión sólo como instrumento de mercado parece unidimensional. En efecto, si revisamos nuevamente lo señalado por Corbera

⁹ CMNUCC, Sesión 15/ Decisión 4. En <http://unfccc.int/resource/docs/2009/cop15/pa/11a01s.pdf>

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Analysis from Conservation International Outcome of Bonn Climate Negotiations SBSTA 42, and SBI 42 and ADP 2-9, United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), 2015 Bonn, Germany, p.5. En: http://www.conservation.org/publications/Documents/CI_SB42-Analysis-Bonn2015.pdf

¹² Corbera, Esteve and Schroeder, Heike, *Governing and Implementing REDD+*, (Environmental Science and Policy), 2011, p. 89.

y Schroeder, es posible concluir que en la configuración de REDD+ también hay una inclusión del principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas, en cuanto se espera que, mediante esta herramienta, se traspasen recursos desde las economías desarrolladas a aquellas en vías de desarrollo, considerando que, en las primeras, la explotación de los bosques —entre otras cosas— fue lo que les permitió alcanzar ciertos umbrales de desarrollo económico, que —a la luz de los tratados internacionales de la materia— son deseados por los países en vías de desarrollo.

En primer lugar, esta política global descansa sobre la posibilidad que tienen los países en desarrollo de impulsar dentro de sus territorios (i) un plan de acción, (ii) un sistema de monitoreo, (iii) niveles de referencia, y (iv) un sistema de información sobre salvaguardas. Con todos esos elementos, puede un país optar por un financiamiento internacional asociado a la protección y manejo de bosques. Para desarrollar estos elementos a nivel nacional, los países pueden hacerlo en tres etapas: preparación, implementación y acciones con base a resultados.

Si bien hay consenso en que estas etapas pueden superponerse en algunas partes, cada una de ellas tiene una función. La etapa de preparación, supone la creación del plan de acción o estrategia nacional, el desarrollo de capacidades, la participación de actores clave y el diseño de actividades de demostración. Por su parte, la etapa de implementación considera desarrollar las actividades de demostración y las demás actividades planteadas en el plan o estrategia. Por último, las acciones con base en resultados implican la medición, verificación y reporte de las acciones que se hayan llevado a cabo.¹³

El plan de acción referido más arriba es, probablemente, el más importante de los documentos que deben desarrollarse como parte de una estrategia de REDD+, puesto que en él se contendrán las acciones que deberán llevarse a cabo a efectos de cumplir con los objetivos de protección del bosque, y disminución de la degradación y deforestación. Se ha señalado que el plan o estrategia debiera “identificar y abordar las causas de deforestación y degradación de los bosques, asuntos sobre tenencia de tierras, gobernanza de los bosques y consideraciones de género, así como asegurar la participación plena y efectiva

¹³ UN CC. REDD+ e-Academy, Módulo 2, Entendiendo REDD+ y la CNUCC, Academia REDD+, p. II-9, disponible en: https://unccelearn.org/pluginfile.php/23598/mod_resource/content/14/LJES_2.pdf

de actores relevantes entre ellos pueblos indígenas y comunidades que derivan su sustento de los bosques.”¹⁴

Este instrumento es un requisito previo para la implementación de REDD+ y describe la manera en que se reducirán emisiones y se conservarán, aumentarán y gestionarán las reservas forestales de carbono; es un proceso que integra lo realizado en la fase de preparación, incluyendo los diálogos, y las decisiones estratégicas que se hayan adoptado.¹⁵

En segundo lugar, los países que quieran participar de la política pública de manera activa deben confeccionar un Sistema Nacional de Monitoreo de los Bosques. Este sistema tiene por objetivo el monitoreo del uso del suelo en el respectivo territorio, registrándose en él las actividades que pueden estar emitiendo gases de efecto invernadero, o capturándolos. Este sistema debiera permitir entender los cambios que con el tiempo se provocan en el territorio.

Un tercer instrumento que se hace necesario desarrollar para la implementación de REDD+ son los niveles de referencia sobre los cuales trabajará la política pública. El nivel de referencia es la línea de base, que contiene el desempeño del país en materia de emisiones de CO₂. Respecto de estos niveles de referencia, se considera tener dos niveles distintos: uno que es llamado nivel de referencia de emisiones, debe tener en consideración la trayectoria esperada de deforestación y degradación de los bosques; y otro que es el nivel de referencia forestal, incluye también la captura de CO₂ por parte de los bosques. En base a estos niveles se evaluará el éxito de las medidas adoptadas y de ahí radica su centralidad.¹⁶

Por último, debe adoptarse un sistema de información sobre salvaguardas. Las salvaguardas son aquellas acciones y políticas que se enfocan en la mitigación de los riesgos que REDD+ podría incorporar en los sistemas naturales y sociales. Básicamente, el sistema de salvaguardas debe responder a cuál es la manera en que las actividades programadas en el plan de acción serán respetuosas de las Salvaguardas de Cancún. Estas salvaguardas son: (i) compatibilidad entre programas forestales nacionales y convenciones internacionales; (ii) transparencia y eficacia en la gobernanza forestal; (iii) respeto de los derechos y conocimientos de los pueblos indígenas y las comunidades locales; (iv) participación plena y efectiva de todos los interesados; (v) compatibilidad de las medidas con la

¹⁴ FINANZAS DE CARBONO. Las fases de REDD+. En línea: <http://finanzascarbono.org/nuevos-mecanismos-de-mitigacion/redd/fases-de-implementacion-de-proyectos-redd/>

¹⁵ UN CC. REDD+ e-Academy, Módulo 4, Estrategias Nacionales y Planes de Acción, Academia REDD+, p. 2. En línea:

¹⁶ https://uncclearn.org/pluginfile.php/23603/mod_resource/content/8/LJES_6.pdf

conservación de bosques naturales y la biodiversidad; (vi) medidas para evitar riesgo de reversión; y (vii) medidas para reducir desplazamiento de emisiones.¹⁷

Así las cosas, y teniendo todos estos elementos en pie, el paso lógico siguiente es la efectiva adopción de las medidas tendientes a disminuir la deforestación y la degradación, y a aumentar la cobertura forestal y la captura de gases de efecto invernadero. Las medidas que se adopten, en este sentido, no son otras que las que se contengan en el Plan Nacional, las que —en cualquier caso— pueden ir sufriendo modificaciones en el proceso de implementación. La implementación de las medidas en el marco de REDD+ permite, a los países que se han sumado a la política pública, el optar a fondos (no reembolsables) o financiamiento (reembolsable) para llevar a cabo las medidas que se han planteado.

3.3. Los bosques en París

El Acuerdo de París (2015- ratificado por Chile en 2017, DS 30-2017, MINREL) es indicado como el mayor avance en materia de cambio climático de los últimos años, y constituye un punto de referencia para la modificación de un rumbo de emisión de gases de efecto invernadero, que amenaza de forma grave la estabilidad de los climas y, por lo tanto, las posibilidades de vida humana en la Tierra.

En el marco del acuerdo de París, una de las cuestiones principales a tener en consideración son las Contribuciones Nacionales Determinadas, que son los compromisos que cada país ha tomado para contribuir en la lucha por el cambio climático. Estos compromisos son —en principio— voluntarios, pero una vez que han sido formulados, deben ser cumplidos por los países y reportar sobre su cumplimiento a las demás partes del Acuerdo. Este acercamiento flexible a la necesidad de reducir la emisión de gases y aumentar las medidas de adaptación, ha sido criticado desde diversos frentes, pero es, claramente, el resultado de la necesidad de que las decisiones en el marco de la UNFCCC sean tomadas de manera consensuada.

En lo que se refiere específicamente a bosques, el Acuerdo de París avanza en complementar lo descrito anteriormente. Aunque no se menciona de forma particular en el programa REDD+ (aparentemente, por razones de consenso político), el artículo 5 del Acuerdo señala que:

¹⁷ CMNUCC. Sesión 16 (Cancún), decision 1, apéndice 1, párrafo 2.

“Artículo 5

1. Las Partes deberían adoptar medidas para conservar y aumentar, según corresponda, los sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero a que se hace referencia en el artículo 4, párrafo 1 d), de la Convención, incluidos los bosques.
2. Se alienta a las Partes a que adopten medidas para aplicar y apoyar, también mediante los pagos basados en los resultados, el marco establecido en las orientaciones y decisiones pertinentes ya adoptadas en el ámbito de la Convención respecto de los enfoques de política y los incentivos positivos para reducir las emisiones debidas a la deforestación y la degradación de los bosques, y de la función de la conservación, la gestión sostenible de los bosques, y el aumento de las reservas forestales de carbono en los países en desarrollo, así como de los enfoques de política alternativos, como los que combinan la mitigación y la adaptación para la gestión integral y sostenible de los bosques, reafirmando al mismo tiempo la importancia de incentivar, cuando proceda, los beneficios no relacionados con el carbono que se derivan de esos enfoques.”

Vale decir, que el Acuerdo de París viene en ratificar las discusiones y acuerdos de REDD+, y a plasmarlos como uno de los ejes mediante los cuales se espera llegar a cumplir con las metas del mismo acuerdo, que es, mantener un aumento de las temperaturas que no supere en 2º centígrados al promedio, previo a la era industrial, esforzándose porque el aumento no sea más que 1,5º centígrados.

En la última conferencia de las partes del UNFCCC, celebrada en Marrakesh en 2016, las cuestiones no se modificaron, sustancialmente, en relación con el Acuerdo de París, pues esta Conferencia de las partes (COP), tenía como objetivo fundamental preocuparse de la implementación del Acuerdo de París. Con todo, llama la atención que las decisiones adoptadas sí se refieran a los bosques de manera particular en dos apartados. El primero de ellos dice relación con la decisión 8/CP22, la que es emitida por el Comité Permanente de Financiación, donde en el punto 10 se reitera que, dentro del plan de trabajo 2017, el Comité integrará al financiamiento de bosques. En el mismo sentido, la decisión 10/CP22, el Fondo Verde para el Clima, señala que “4. Insta a la Junta a que concluya sin dilación su labor relacionada con la orientación de la Conferencia de las Partes sobre la financiación para los bosques conforme a lo dispuesto en la decisión 7/CP.21, párrafos 23 a 25;”¹⁸

¹⁸ <http://unfccc.int/resource/docs/2016/cop22/spa/10a01s.pdf>

Vale decir, el avance de la variable bosques en el régimen de cambio climático fue significativo en el paso entre París y Marrakesh, especialmente a propósito de la inclusión más o menos expresa de esta variable en el Acuerdo de París, cuestión que repercutió en que la COP de Marrakesh tuviera de manera expresa entre sus preocupaciones, el financiamiento de las acciones relacionadas con bosques.

4. Cambio Climático, Chile y el bosque: la ENCCRV

4.1. Política Forestal de Chile 2015-2030

Las cuestiones forestales en Chile son de suyo complejas. En primer lugar, porque existe una poderosa industria asociada a la explotación de plantaciones forestales, que creció al alero de las políticas estatales que la propiciaron, especialmente el DL 700. En segundo lugar, porque a pesar de lo anterior, Chile tiene vastas zonas de su territorio cubiertas con bosque nativo, siendo éstos un sustento para la biodiversidad crucial para la mantención del funcionamiento de las cuencas y la disminución de la concentración de carbono en el aire, la conservación y protección de los suelos, la protección contra la erosión, así como fuente de alimento y de identidad cultural.

La necesidad de una Política Nacional Forestal de largo aliento se hizo evidente luego de la década de los 80', con el crecimiento acelerado de la actividad silvícola y el aumento de la producción industrial maderera, basada en la plantación de especies exóticas de rápido crecimiento, en desmedro de las maderas nativas.¹⁹

La importancia de los bosques para la matriz productiva del país, así como la configuración general de la regulación de recursos naturales en Chile, ha derivado en que los bosques han sido regulados, en general, desde una visión de explotación, donde —si bien se incluyen ciertas limitaciones— de todas formas constituye la base fundante de las normas que se relacionan con estos ecosistemas. Esta construcción normativa podría propiciar la degradación de los bosques, pues si bien intenta, en ciertos aspectos, mantener una explotación más racional, lo hace sin renunciar en ninguna de sus partes a la consabida

¹⁹ Conaf; Ministerio de Agricultura, Política Nacional Forestal 2015-2035, Chile, p.8 Disponible en: http://www.conaf.cl/wp-content/files_mf/1462549405politicaforestal201520351.pdf

explotación, favoreciendo —por lo tanto— ciertas actividades forestales, especialmente las plantaciones.

La política sectorial de largo aliento persigue como finalidad: la delineación de ejes estratégicos, la definición de objetivos generales y específicos destinados a orientar la conducta, tanto del sector público como privado; la elaboración de planes y programas; la identificación de instrumentos; y la precisión de mecanismos para alcanzar un Desarrollo Forestal Sustentable, entendido por la referida política, como la contribución del sector forestal chileno al desarrollo económico-productivo, ecológico y social-cultural del país, mediante la conservación, el manejo integral y el aprovechamiento y uso racional de los recursos, de las cuencas y los ecosistemas forestales.²⁰

La Política Nacional Forestal se estructura en torno a cuatro ejes. En primer lugar, establecer una institucionalidad pública forestal organizada e integral, dotada de recursos financieros, capacitada para la conducción e implementación de la política forestal, orientada hacia un desarrollo forestal sustentable. En segundo lugar, incrementar el aporte productivo que implica el sector forestal para el país, mediante el fomento a la silvicultura, la industrialización y el aprovechamiento integral de los recursos forestales. En tercer lugar, generar las condiciones e instrumentos necesarios para que el desarrollo forestal disminuya las brechas sociales y tecnológicas, mejore las condiciones y calidad de vida de los trabajadores forestales y sus familias, y respete la tradición y cultura de las comunidades campesinas e indígenas insertas en los ecosistemas forestales. Por último, conservar e incrementar el patrimonio forestal del Estado, desarrollar los bienes y servicios ambientales, y restaurar y proteger la biodiversidad que brindan los recursos y ecosistemas forestales.

El documento, en general, ha sido criticado por la Asociación de Ingenieros Forestales por el Bosque Nativo por no abordar ciertas problemáticas en las que, probablemente, haya existido disenso en el Consejo de Política Forestal. En el mismo sentido, al ser una política sectorial, deja de lado los temas de ordenamiento territorial y manejo multidisciplinario del recurso. Asimismo,²¹

²⁰ Conaf; Ministerio de Agricultura, *Política Nacional Forestal 2015-2035*, Chile, p.9. Disponible en: http://www.conaf.cl/wp-content/files_mf/1462549405politicaforestal201520351.pdf

²¹ Romero, Jennifer, “Política Forestal 2015-2035: reflexiones para una nueva institucionalidad”, en *Revista Bosque Nativo*, N° 55, (Agrupación de Ingenieros Forestales por el Bosque Nativo), 2016, Disponible en: http://bosquenativo.cl/descargas/Revista_Bosque_Nativo/revista_bosque_nativo_55.pdf

no se cuestiona el concepto tradicional de plantaciones forestales, dejando fuera aquellas constituidas por bosque nativo u otras diversas.²²

En cuanto a aspectos económicos no incluidos en la Política, la Asociación Nacional de Ingenieros Forestal ha señalado, desde el año 2011, que existiría una necesidad de desconcentrar el mercado forestal e incrementar la participación de actores en éste.^{23 24} Agrega Romero que se debiese valorar el esfuerzo de los propietarios de bosque nativo, y sus grupos familiares, en la producción de bienes y servicios forestales.²⁵ De esta manera, se les estaría entregando una compensación mínima por las externalidades negativas que soportan.

Finalmente, si bien la agrupación de Ingenieros Forestales por el Bosque Nativo en Chile —en su momento— manifestó su inquietud con respecto a que el documento validado por el Gobierno no hiciera alusión a la creación de una Subsecretaría Forestal, actualmente se encuentra en tramitación el Servicio Nacional Forestal. El proyecto fue ingresado en abril de este año, reemplazándose por fin a CONAF, corporación de derecho privado, en la delineación de la política forestal en Chile, noticia positiva para el sector forestal y que debiese contribuir a la mejor ejecución de la Política Nacional Forestal 2015-2035.

4.2. Creación y objetivos de la ENCCRV:

Entre las causas principales del cambio climático, se encuentran la quema de combustibles fósiles, la deforestación y la degradación de la cobertura

²² Romero, Jennifer, “Política Forestal 2015-2035: reflexiones para una nueva institucionalidad”, en Revista Bosque Nativo, N° 55, (Agrupación de Ingenieros Forestales por el Bosque Nativo), 2016. Disponible en: http://bosquenativo.cl/descargas/Revista_Bosque_Nativo/revista_bosque_nativo_55.pdf

²³ Agrupación de Ingenieros Forestales por el Bosque Nativo, Hacia un nuevo modelo forestal en Chile: propuestas para el desarrollo sustentable del bosque nativo y sector forestal en Chile, (Agrupación de Ingenieros Forestales por el Bosque Nativo), 2011, p. 24. Disponible en: http://www.nuevomodeloforestal.cl/Hacia_un_Nuevo_Modelo_Forestal_AIFBN.pdf

²⁴ Sobre la concentración de las plantaciones forestales, la Agrupación de Ingenieros Forestales por el Bosque Nativo estima que éstas se encuentran, principalmente, en tres grandes empresas: Arauco, CMPC y Masisa. El patrimonio de Arauco alcanza a 1.610.000 hectáreas, de las cuales más de 1.000.000 hectáreas son plantaciones forestales y 326.000 hectáreas corresponden a bosque nativo. CMPC posee 498.000 hectáreas de plantaciones de pino y eucalipto, 33.000 por plantar y 185.000 hectáreas en otros usos, principalmente bosque nativo. Masisa posee 88.000 hectáreas de plantaciones forestales, principalmente, de pino, 44.000 mil hectáreas de bosque nativo y 6.000 hectáreas por forestar. En: Agrupación de Ingenieros Forestales por el Bosque Nativo; 2011; Hacia un nuevo modelo forestal en Chile: propuestas para el desarrollo sustentable del bosque nativo y sector forestal en Chile. p.24. Disponible en: http://www.nuevomodeloforestal.cl/Hacia_un_Nuevo_Modelo_Forestal_AIFBN.pdf

²⁵ Romero, Jennifer, “Política Forestal 2015-2035: reflexiones para una nueva institucionalidad”, en Revista Bosque Nativo, N° 55, (Agrupación de Ingenieros Forestales por el Bosque Nativo), 2016, Disponible en: http://bosquenativo.cl/descargas/Revista_Bosque_Nativo/revista_bosque_nativo_55.pdf

vegetacional. Con esto en mente, adoptar medidas para el mejor manejo de los recursos vegetacionales, en Chile específicamente, se vuelve estratégico en el combate frente al fenómeno. El carácter endémico de los bosques de Chile, les mereció la inclusión dentro de los 35 hot spots a nivel mundial para la conservación de la biodiversidad, con 1.957 especies vegetales endémicas (50,3%), de un total de 3.892 especies vegetales nativas identificadas a la fecha.²⁶

Aumentar la contribución del sector productivo al desarrollo nacional, constituye uno de los objetivos de la Política Nacional Forestal 2015-2035, como se mencionó anteriormente. Sin embargo, la explotación desmedida de este recurso, principalmente para obtener leña, ha derivado en una considerable degradación en el territorio nacional. La pérdida de bosques y otros recursos incrementa las emisiones de Gases de Efecto Invernadero, aumentando la vulnerabilidad del país frente al cambio climático, situación poco deseable, considerando que Chile ya posee 7 de los 9 factores que permiten determinar la vulnerabilidad de un país frente al fenómeno ambiental, de la Convención Marco de las Naciones Unidas. Es importante destacar, en este sentido, que 4 de las 9 características de vulnerabilidad al Cambio Climático se relacionan con los objetivos de la ENCCRV:

- Posee zonas áridas y semiáridas, zonas con cobertura forestal y zonas expuestas al deterioro forestal.
- Posee zonas de ecosistemas frágiles, incluidos los ecosistemas montañosos.
- Posee zonas propensas a los desastres naturales.
- Posee zonas expuestas a la sequía y la desertificación.

Con el contexto anterior presente, Chile en el año 2010 estableció compromisos voluntarios ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMUCC). En dicha ocasión, Chile se comprometió a dictar la ENCCRV como herramienta para el cumplimiento de la reducción de emisiones.²⁷ La estrategia fue formulada recién el año pasado por la CONAF.

Los objetivos de la ENCCRV se enmarcan dentro de los objetivos generales de la CMUCC para hacer frente al cambio climático: adaptación y mitigación. La estrategia es clara en diferenciar sus dos ámbitos principales de acción: por una parte, la mitigación del cambio climático, y por otra, la adaptación del sector

²⁶ Conaf; Ministerio de Agricultura, Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025, Chile, p.16. En: <http://www.enccrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/87-enccrv-2017-2025-v2/file>

²⁷ Gobierno de Chile, Contribución Nacional Tentativa de Chile (INDC) para el Acuerdo Climático París, 2015. Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/05/2015-INDC-web.pdf>

forestal a los efectos esperados de este cambio. En este sentido, señala la estrategia que, en términos de adaptación, su meta es “Reducir la vulnerabilidad asociada al riesgo de degradación de las tierras a través del manejo de los recursos vegetacionales, mediante la intervención de al menos 264.000 hectáreas, de forma directa entre 2017 y 2025. El aporte a la disminución de la vulnerabilidad se evaluará en términos de indicadores asociados a biodiversidad, provisión de servicios ecosistémicos como el suministro y regulación de los caudales y calidad de agua, así como también productividad de los suelos.”²⁸ En términos de mitigación, en tanto, expresa como meta: “Reducir las emisiones de GEI asociadas a la degradación y deforestación en un 20% al año 2025, en base a las emisiones del periodo 2001-2013, así como aumentar la capacidad de los recursos vegetacionales como sumidero de carbono.”²⁹

La estrategia se plantea, además, objetivos específicos entre los cuales se encuentran: aportar a los compromisos internacionales asumidos por Chile en el ámbito de los recursos vegetacionales; posicionar el rol de éstos en la mitigación y adaptación al cambio climático; gestionar mecanismos de valoración y valorización de los servicios ambientales que proveen los recursos vegetacionales nativos, incluyendo sistemas de pagos por desempeño que respete la distribución de beneficios y las salvaguardas ambientales y sociales.

Con todo, la ENCCRV pareciera ser un documento que —a nivel nacional— contribuye sin dudas en la protección de los bosques, y —a nivel global— podría cumplir con sus objetivos de mitigación y adaptación. Su redacción, entidad y contenido se encuentran muy bien alineados con las políticas globales sobre el asunto y, particularmente, REDD+, como explicamos previamente. En ese sentido, podría poner a Chile como uno de los primeros países en lograr aplicar la referida política global.

4.3. Principales medidas de ENCCRV

La ENCCRV (en línea con REDD+) contempla en su estructura tres fases de desarrollo: Preparación, Implementación y una tercera etapa de Pago por los Resultados. La primera fase se desplegó entre los años 2010 a 2016, y consistió, principalmente, en el desarrollo de insumos y de sensibilización con respecto al tema. Asimismo, se determinaron los niveles de referencia de emisiones y

²⁸ Conaf; Ministerio de Agricultura, Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025, Chile, p. 96. Disponible en: <http://www.enccrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/87-enccrv-2017-2025-v2/file>

²⁹ *Ibíd.*

absorciones forestales, se generó el sistema nacional de monitoreo forestal y el plan de implementación se inició a comienzos del año 2016, con la ejecución de las primeras intervenciones en los territorios a través de proyectos, los cuales tienen como objetivo someter a examen los mecanismos técnicos, financieros, arreglos institucionales y de participación, planificados en la fase de Preparación. El presupuesto total estimado para la administración e implementación de las actividades contempladas se estima en USD 433.000.000,³⁰ para un horizonte de planificación de 9 años. Por último, la tercera etapa corresponde la retribución por reducción de emisiones e incremento de capturas de GEI, destinada a implementarse a partir del año 2018.

La ENCCRV establece 8 actividades que contienen 26 medidas de acción, designadas para hacer frente a las causas de la deforestación, devegetación, degradación de bosques y otros recursos vegetacionales, así como aquellas barreras que impiden o interfieren negativamente en la implementación de actividades de restauración, conservación, manejo sustentable, enriquecimiento y regeneración de los recursos vegetacionales. Las medidas incluyen: (i) gestión adaptativa al cambio climático, la desertificación, la degradación de las tierras y la sequía; (ii) ordenación sustentable de los recursos vegetacionales; (iii) gestión agrícola y manejo ganadero para protección de los recursos vegetacionales; (iv) gestión preventiva ante incendios forestales; (v) protección fitosanitaria; (vi) restauración de áreas sustituidas por especies exóticas; y (vii) medidas transversales de gestión que incluyen aspectos legales, normativos, de fiscalización, de difusión y educación ambiental, entre otras.³¹

En términos cuantitativos, la totalidad del presupuesto estimado generará como principales resultados concretos: 140.000 hectáreas forestadas/revegetadas; 30.000 hectáreas restauradas (10.000 hectáreas asociadas a áreas afectadas por incendios); 8.000 hectáreas con protección silvicultural para disminuir el efecto de los incendios sobre los recursos vegetacionales; 70.000 hectáreas ejecutadas bajo planes de manejo sustentable; y 16.000 hectáreas asociadas a la obtención de leña legal y de calidad, vinculadas directamente a los compromisos internacionales del país. Por otro lado, en términos cualitativos, la estrategia contribuirá

³⁰ Conaf; Ministerio de Agricultura, Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025, Chile, p. 188. Disponible en: <http://www.enccrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/87-enccrv-2017-2025-v2/file>

³¹ Conaf; Ministerio de Agricultura, Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025, Chile, p. 17. En: <http://www.enccrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/87-enccrv-2017-2025-v2/file>

al fortalecimiento de los ámbitos como la gestión institucional, normativa, fiscalización, fomento, planificación territorial, fortalecimiento y/o transferencia de capacidades, educación ambiental, sensibilización, e investigación.³²

4.4. Análisis de la ENCCRV

4.4.1. La lógica de la ENCCRV

Como hemos venido analizando, la ENCCRV pareciera estar muy bien engarzada en las lógicas de la política de REDD+, siendo, precisamente, ese uno de sus objetivos principales. Asimismo, resulta llamativo y positivo el hecho de que la estrategia aborde no solamente los desafíos relacionados con los convenios internacionales de cambio climático, sino también los de desertificación y sequía, dando cuenta de una visión un poco más integral de la protección de los bosques.

En efecto, la convención para el combate de la desertificación, en su artículo 8 señala que los planes de acción nacionales deberán considerar y asegurar el manejo integral y sustentable de los recursos, incluyéndose entre ellos, especialmente, los bosques, además de la biodiversidad y los recursos hídricos, directamente relacionados con estos ecosistemas.

Lo interesante de lo anterior es que la manera en que la ENCCRV se vincula con los bosques rompe, de alguna manera, la lógica con la que la regulación sectorial de bosques en Chile había venido actuando hasta el momento. En efecto, la política pública y los bosques no se vinculan, en esta ocasión, desde una matriz de explotación del bosque, sino que por primera vez desde una visión que va ligada a las funciones y servicios ecosistémicos que de ellos se derivan. Esto es un avance en términos de la comprensión de los ecosistemas, sin perjuicio de que —como se verá más adelante— pueden existir ciertas aprensiones en relación con esta lógica.

4.4.2. Proceso de creación de la ENCCRV

Otra cuestión que vale la pena destacar de la estrategia, es el hecho de que ella haya sido creada con un proceso de participación amplio que recogió las opiniones de miles de actores repartidos en todo el territorio nacional, y que

³² Conaf; Ministerio de Agricultura, Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025, Chile, p. 18. En: <http://www.enccrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/87-enccrv-2017-2025-v2/file>

incluyó, especialmente, a diversos actores que permitieran entender las causales de la deforestación, devegetación y degradación.³³

El hecho de que haya existido esta preocupación por la inclusión de la ciudadanía y de otros actores en la formulación de la política pública, va muy en línea con las tendencias de mejora regulatoria y permite creer que con dicho ejercicio se habría logrado por una parte obtener mejor información por parte del Estado, para entender, efectivamente, las causas y precursores de la deforestación, devegetación y degradación. Asimismo, la participación de los actores debiera importar una mejora en las posibilidades, en el sentido de que las medidas que la propia estrategia propone, sean efectivamente llevadas a cabo y apoyadas por sus destinatarios, a instancias de que existe una mayor legitimidad de dichas medidas.

Por último, es —en especial— importante que haya existido una participación aparentemente relevante de pueblos indígenas, en cuanto su relación con la naturaleza y los bosques podría de alguna manera verse afectada por las medidas de la estrategia, cuestión que, como se dijo antes, ha constituido una de las preocupaciones principales de las naciones a la hora de poner salvaguardas para la implementación de estos planes. La propia metodología de diálogo y participación de los pueblos indígenas, como parte de la ENCCRV, reconoce a las salvaguardas como la fuente normativa que lleva a tener un proceso de participación indígena, siendo que agrega que las políticas de financiamiento del Banco Mundial también exigen este tipo de participación especial, e incluso el consentimiento previo, libre e informado, en aquellos casos en que haya proyectos que afecten directamente a comunidades indígenas.³⁴

Lo anterior, sin perjuicio de que la participación no se haya hecho en la clave que exige el Convenio 169 de la OIT, el que entendemos que podría ser invocado, sino para la propia ENCCRV, al menos para algunas de las medidas que se han propuesto, en el procedimiento en que ellas se conviertan en actos administrativos o en normas legales.

³³ Conaf; Ministerio de Agricultura, Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025, Chile, pp. 80 y 90. En: <http://www.enccrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/87-enccrv-2017-2025-v2/file>

³⁴ Metodología y procedimiento para el diálogo y la participación de los pueblos indígenas en el marco de la formulación de la Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales. En: <http://www.enccrv-chile.cl/descargas/capacitate/95-documento-de-la-metodologia-dialogo-y-participacion-indigena-de-la-enccrv/file>

4.4.3. Algunos desafíos para la implementación de la ENCCRV

La estrategia, a pesar de sus virtudes, tiene grandes desafíos por delante para poder ser efectivamente aplicada, y es en este punto donde reside la mayor de las preocupaciones al respecto. En efecto, se observa que muchas de las medidas propuestas dependerán fuertemente del liderazgo político con el cual ellas se empujen, pues dependen de la presidencia, otros ministerios e incluso del poder legislativo.

El proceso participativo de la estrategia concluyó con la definición de las causas principales, directas e indirectas, de la deforestación, devegetación y degradación. Entre las causas directas encontramos: (i) incendios forestales, (ii) uso insustentable de la vegetación para producción, (iii) uso insustentable de los recursos vegetacionales para la ganadería, (iv) sequía, desertificación y cambio climático, (v) sobre explotación de aguas, (vi) plagas y enfermedades, (vii) gestión insustentable de los cultivos forestales, (viii) expansión agrícola y ganadera y (ix) expansión urbana. Por su parte, las causas indirectas serían: (i) deficiencias en las políticas públicas de regulación, fomento y fiscalización. (ii) bajo nivel de conocimiento y valoración cultural de los recursos vegetacionales, (iii) informalidad en el mercado de la leña, (iv) pobreza rural con su consecuente falta de oportunidades, (v) baja rentabilidad en costos de oportunidad, (vi) deficiencia del modelo económico para el uso del bosque nativo, (vii) conflictos o problemas por tenencia y fragmentación de la propiedad, y (viii) deficiencia en la institucionalidad forestal.³⁵

La lectura de las causas del problema que intenta abordar la estrategia, dan cuenta de una primera barrera para la misma, no sólo por la complejidad y multiplicidad de causas, sino por la dispersión de las mismas en relación a los actores interesados y los organismos públicos y normas que requieren alinearse para producir algún cambio significativo. Así, por ejemplo, entre las causales directas existen precursores normativos y económicos, siendo estos últimos singularmente difíciles de abordar desde la política sectorial, sobre todo en cuanto ellos se encuentren alojados en una lógica más sistémica de explotación de los bosques.

Sin perjuicio de lo anterior, la ENCCRV intenta hacerse cargo de la mayoría de las causas que pudo determinar, proponiendo acciones para la mismas que —en general— parecieran abordar, de forma adecuada, los problemas, sin

³⁵ Conaf; Min de Agricultura, Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025, Chile, p. 81. Disponible en: <http://www.enccrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/87-enccrv-2017-2025-v2/file>

perjuicio de que ellas están redactadas en términos amplios, probablemente a efectos de permitir un mayor margen de movimiento a la hora de tomar, efectivamente, las decisiones.

Aun cuando se quisiera creer que la estrategia corresponde a un compromiso internacional del Estado y que, por lo tanto, debiera ser honrado, pareciera que algunas de las medidas, probablemente, enfrentarán serias dificultades para ser implementadas en el plazo comprometido. En esta situación se encuentran, especialmente aquellas medidas que requieren de modificaciones legales. Por ejemplo, la medida Inclusión de temáticas de cambio climático, desertificación, degradación de las tierras y sequía en la nueva Ley de Fomento Forestal, que tiene claramente un marcado cariz progresivo de inclusión de derechos humanos y protección de la naturaleza, está planificada de modo que durante 2017 se redactará un proyecto de ley que las incluya, a presentarse en 2018 y concluir su tramitación para 2020.³⁶

Los plazos parecen loables, pero bastante difíciles de cumplir cuando analizamos que la ley de recuperación de bosque nativo (Ley N° 20.283) tardó 16 años en ser aprobada, habiendo sido presentada en 1992 y publicada en 2008. La misma ENCCRV plantea además una modificación a la mencionada Ley N° 20.283, entre otras, en el sentido de fortalecerla e incluirle un modelo de gestión sustentable de recursos vegetacionales, el que podría estar unido a la idea de pago por servicios ecosistémicos.³⁷ La Ley N° 19.561, de reforestación y recuperación de suelos agrícolas, pretende ser modificada en el sentido de limitar la recuperación agrícola, para permitir la regeneración de la flora nativa.³⁸ Por su parte, la Ley N° 18.450, de fomento a la inversión privada en obras de riego y drenaje, pretende modificarse en sentido de incluir variables de conservación y restauración de bosques entre aquellas a tener en cuenta para financiar las referidas obras.³⁹ A mayor abundamiento, se quieren introducir cambios a la Ley N° 20.412, que contiene incentivos a la sustentabilidad agroambiental de

³⁶ Conaf; Min de Agricultura, Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025, Chile, p. 102. Disponible en: <http://www.enccrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/87-enccrv-2017-2025-v2/file>

³⁷ Conaf; Min de Agricultura, Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025, Chile, p. 104. Disponible en: <http://www.enccrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/87-enccrv-2017-2025-v2/file>

³⁸ Conaf; Min de Agricultura, Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025, Chile, p. 158. Disponible en: <http://www.enccrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/87-enccrv-2017-2025-v2/file>

³⁹ Conaf; Min de Agricultura, Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025, Chile, p. 160. Disponible en: <http://www.enccrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/87-enccrv-2017-2025-v2/file>

suelos agropecuarios, en el sentido de excluir del sistema los suelos tipo VI y VII (principalmente laderas de colinas) que posean especies vegetales sin valor forrajero.⁴⁰ En todos estos casos, la planificación que se ha hecho propone el año 2020 como aquel en que todas estas medidas estarán implementadas.

Otra modificación legal propuesta por la ENCCRV, consiste en las exenciones de impuestos y un sistema regulatorio integrado para el encadenamiento productivo. Esta medida, sin embargo, es aún más condicional que las anteriores, puesto que su viabilidad no está determinada en la estrategia, expresándose que: “Se diseñará y evaluará la factibilidad técnica, jurídica y económica de generar exenciones tributarias y otros mecanismos regulatorios que impulsen el encadenamiento productivo para bienes madereros y no madereros que se obtengan en áreas donde se implemente manejo sustentable de los bosques y recursos vegetacionales.”⁴¹

En el mismo sentido de las dificultades de implementación de las medidas, encontramos aquellas que tienen que ver con ordenamiento territorial, tanto en lo que se refiere a un programa de ordenación forestal,⁴² como a la medida relacionada con las franjas de amortiguación para actividad ganadera.⁴³ La dificultad estriba en la imposibilidad que ha tenido el Estado de Chile de producir ordenamiento territorial de manera adecuada, a pesar de las múltiples veces que el tema se ha puesto en la palestra pública. De hecho, la medida de franjas para actividad ganadera pareciera de alguna forma reconocer esa dificultad, siendo que ella se plantea sólo para terrenos fiscales.

Finalmente, existe una medida de carácter administrativo que aparece como compleja de cumplir, que es la de fortalecimiento de los programas de fiscalización ambiental y forestal.⁴⁴ Si bien esta medida aparece como necesaria

⁴⁰ Conaf; Min de Agricultura, Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025, Chile, p. 162. Disponible en: <http://www.encrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/87-encrv-2017-2025-v2/file>

⁴¹ Conaf; Min de Agricultura, Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025, Chile, p. 136. Disponible en: <http://www.encrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/87-encrv-2017-2025-v2/file>

⁴² Conaf; Min de Agricultura, Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025, Chile, p. 134. Disponible en: <http://www.encrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/87-encrv-2017-2025-v2/file>

⁴³ Conaf; Min de Agricultura, Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025, Chile, p. 142. Disponible en: <http://www.encrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/87-encrv-2017-2025-v2/file>

⁴⁴ Conaf; Min de Agricultura, Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025, Chile, p. 114. Disponible en: <http://www.encrv-chile.cl/index.php/descargas/publicaciones/87-encrv-2017-2025-v2/file>

y tiene pretensiones que serían más fáciles de cumplir que una modificación legal, vale la pena detenernos en ciertas complejidades que podrían producirse en su implementación. En efecto, la medida considera mejorar las fiscalizaciones de CONAF (tecnología, recursos), hacer parte a las municipalidades de los esfuerzos fiscalizadores, y hacer parte a la ciudadanía. La primera parte aparece cruzada por la discusión sobre el Servicio Nacional Forestal y las nuevas realidades que dicha institucionalidad supone, además de encontrarse fuertemente limitada por las escasas facultades de fiscalización y control de las que dispone actualmente CONAF, donde apenas puede acusar, frente a un juez de policía local, los incumplimientos que detecta, y pedir que ellos sean sancionados.⁴⁵ Así las cosas, probablemente un mejor esfuerzo en términos de mejoramiento de la capacidad de fiscalización sería la incorporación de una potestad de sanción, lo que constituiría un mínimo para lograr, efectivamente, un cumplimiento de la normativa.

En lo que respecta a la segunda manera de mejorar la fiscalización a través de la ciudadanía y los municipios, si bien pareciera que ambas cuestiones son absolutamente necesarias, existen problemas prácticos para su implementación, especialmente en lo que se refiere a los costos de la fiscalización. Los municipios tienen hoy muchas más funciones de fiscalización de las que son capaces de cubrir, con personal y recursos escasos. En el caso de la ciudadanía, el costo de litigación que podría tener una fiscalización privada no tiene ningún incentivo asociado, menos cuando la opción es hacer una denuncia a un organismo que no tiene facultades de sanción.

Un patrón común a todas las cosas anteriores es la viabilidad política de las medidas que se pretende adoptar. Nos parece evidente que, en la lucha contra el cambio climático, las voluntades políticas debieran ser más homogéneas y estar más llanas a lograr acuerdos que se enmarquen en los tratados internacionales y en la emergencia del tema. No cabe más que esperar que así sea, pero de la experiencia anterior se colige que la existencia de muchos intereses cruzados en la adopción de estas medidas, podría significar un retraso significativo para que algunas de ellas sean tomadas. En especial, el liderazgo del gobierno que resulte electo para el período 2018-2022 será clave para las pretensiones de la Estrategia.

⁴⁵ Galvez, Paulina y Paredes, Paula, Las potestades de fiscalización y sanción administrativa en materia ambiental: estudio práctico, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, (Universidad de Chile), 2010. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-galvez_p/pdfAmont/de-galvez_p.pdf

5. ¿Luchando desde adentro? La lógica de los servicios ecosistémicos y la protección ambiental

Esta última sección del artículo está dedicada a una cuestión mucho más estructural que las anteriores. Analizamos, en lo sustantivo, las políticas globales de cambio climático y bosques y cómo la ENCCRV se ha adaptado adecuadamente a ellas, a pesar de las dificultades que pueda encontrar en su implementación. El esfuerzo invertido es considerable, tanto en términos de la búsqueda de una solución por parte de los foros internacionales, como en términos de la política nacional al respecto.

Sin perjuicio de lo anterior, se hace necesario hacer una observación sobre la lógica en la que se sustentan estas políticas públicas, advirtiendo la necesidad de reflexionar sobre ellas. La lógica subyacente es que existen ciertos servicios ecosistémicos que nos prestan los bosques (capturan carbono, nos dan leña, proveen cobijo a la biodiversidad, influyen en el ciclo del agua, etc.), y que esos servicios pueden ser medidos y compensados a personas para que permitan que dichos servicios se provean, o trabajen para maximizarlos.

En los acápites siguientes se analizará y reflexionará sobre esta lógica con mayor detalle.

5.1 Los Servicios Ecosistémicos y su lógica económica

Para comenzar a entender de lo que se está hablando, es necesario buscar una definición de ecosistema que nos sirva de base conceptual. En este sentido, entenderemos que: “Un ecosistema es un sistema interactivo de elementos vivos y no vivos en un área definida. Los ecosistemas pueden existir en cualquier escala espacial, sin perjuicio de lo cual en la mayoría de sus usos ellos son entidades de gran escala, como un lago o un bosque. La importancia de los ecosistemas es que es el nivel en la jerarquía ecológica en el cual procesos claves como la producción y los ciclos del carbono, el agua y los nutrientes son determinados y pueden ser medidos: estos son los procesos que determinan como el mundo funciona y subyacen todos los servicios identificados por el MEA [*The Millennium Ecosystem Assessment*].”⁴⁶

Como señalan los autores, los ecosistemas son unidades territoriales, pero, a la vez, son unidades conceptuales en las que se integran todos los elementos del medio ambiente y sus interacciones.

⁴⁶ Harrsion R.M. y Hester R.E., *Ecosystem Services*, (RSC Publishing), 2010, p.4.

Al igual que estos autores, una gran parte de la literatura sobre funciones o servicios ecosistémicos redirecciona a los informes de *The Millennium Ecosystem Assessment* (MEA)⁴⁷ sus intentos por definir lo que son los servicios ecosistémicos. Esto resulta interesante porque pareciera ser que, desde este esfuerzo de la ONU, se conceptualizaron dichos servicios y sin referirse mayormente a las funciones ecosistémicas, que —aunque naturalmente son anteriores a los servicios conceptualmente caen en un espacio de simultaneidad.

Las funciones ecosistémicas son definidas por el Ministerio de Medio Ambiente de Chile, incluyendo una cita a TEEB,⁴⁸ como “La interacción entre estructura y procesos biofísicos dan lugar a las funciones ecosistémicas, definidas como “un subconjunto de interacciones entre estructura y procesos biofísico que sustentan la capacidad de un ecosistema de proveer bienes y servicio (TEEB, 2010).”⁴⁹ Esta definición sigue estando en función de los servicios ecosistémicos, pero incorpora una diferencia fundamental. Así como los servicios solamente existen en relación con los humanos, las funciones son las relaciones que se dan entre los diversos elementos de un ecosistema, permitiendo su existencia. Así, por ejemplo, un hongo para desarrollarse requiere de sombra que le provee un árbol, y esa sombra —en relación con ese hongo— es una función ecosistémica. La misma sombra del mismo árbol para un humano, en un día de calor, es un servicio ecosistémico.

En la explicación sobre los servicios ecosistémicos, MEA los clasifica en 4 categorías: (i) provisiones, que se corresponde con productos específicos que pueden ser obtenidos del medio ambiente, como agua, comida, minerales, etc.; (ii) servicios de regulación, que son los que regulan los procesos ambientales, como la calidad del aire o el clima; (iii) servicios culturales, que son los beneficios no materiales que pueden obtenerse del medio ambiente, como recreación, reflexión y experiencias estéticas; y, por último, (iv) servicios de soporte, que

⁴⁷ The Millennium Ecosystem Assessment (MA) fue un esfuerzo convocado por la ONU en el año 2000 y cuyo objetivo era evaluar las consecuencias que los cambios en el ecosistema podrían tener sobre el bienestar humano. El esfuerzo involucró a 1360 expertos a nivel mundial y concluyó con un informe de 5 volúmenes sobre la materia, y especialmente sobre los servicios ecosistémicos. Disponible en: <http://www.millenniumassessment.org/en/About.html> [Consulta: 10/12/2016].

⁴⁸ <http://www.teebweb.org/>, TEEB: “The Economy of Ecosystems & Biodiversity” es una iniciativa a nivel mundial, que busca integrar los valores de la biodiversidad y de los servicios ecosistémicos en la toma de decisiones a todo nivel, 23 de diciembre de 2016.

⁴⁹ http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/10/Propuesta-Marco-Conceptual-Definicion-y-Clasificacion-de-Servicios-Ecosistemicos_V1.0_Alta.pdf, División de Información y Economía Ambiental Ministerio del Medio Ambiente de Chile: Propuesta sobre marco conceptual, definición y clasificación de servicios ecosistémicos para el Ministerio del Medio Ambiente, p. 4, 23 de diciembre de 2016.

los primordiales para que los otros servicios se produzcan, como la formación de suelo y de oxígeno.⁵⁰

De la clasificación anterior, queda claro que todos los elementos y procesos presentes en el medio ambiente son susceptible de ser concebidos como servicios de una u otra especie, de tal forma que el medio ambiente —en sí mismo— es una especie de suma de todos estos servicios (funciones) que puede desagregarse para dar paso a cuestiones como su valorización. Lo último es lo primordial, toda vez que la conceptualización de los servicios ecosistémicos está vinculada, de manera principal, a la voluntad de la política internacional de permitir que ellos sean valorizados y abordados, en términos regulatorios, con técnicas de incentivos de mercado. Esto, a su vez, está enraizado en un extendido concepto de las políticas públicas de fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI que prefiere el establecimiento de mecanismos de mercado, e incluso la creación de mercados, como forma de regular. Lo anterior, en desmedro especialmente de herramientas llamadas “de comando y control”.⁵¹

Es el caso del mercado de emisiones, creado con el Protocolo de Kyoto. Respecto a estos mercados, Baldwin, utilizando el de permisos de emisión como caso de estudio, ha señalado que este tipo de regulación es promovida destacando como atributos, (i) el ser costo-efectiva, (ii) flexible, (iii) predecible en su resultado, (iv) controlar los problemas de asignación, (v) estimula la innovación, (vi) manejar bien la coordinación y la competencia, y (vii) producir ventajas políticas.⁵² En la visión económica de la regulación, evidentemente regular mediante instrumentos económicos y, por lo tanto, intentando construir desde los incentivos, es la mejor y más eficiente manera.

En esta línea de pensamiento, Aerni se refiere al pago por servicios ambientales en términos que: “La idea básica del pago por servicios ecosistémicos y la remuneración por externalidades positivas es que los mercados tienden a ignorar el valor de los servicios ambientales, contribuyendo a un sobre uso y el eventual agotamiento de los recursos naturales. Los economistas neoclásicos argumentan que esta llamada “tragedia de los comunes” termina en la destrucción de los

⁵⁰ <http://www.millenniumassessment.org/documents/document.765.aspx.pdf> MA Conceptual Framework, p. 29, 23 de diciembre de 2016.

⁵¹ Una variedad de autores se ha referido a la conveniencia del uso de estas herramientas de Mercado o de incentivos para regular. Por todos, ver: Grabosky, P.N., *Regulation by reward: on the use of incentives as regulatory instruments*, *Law and Policy*, vol 17, N° 3, (Blackwell Publisher), 1995, pp. 257-282.

⁵² Baldwin, Robert. “Regulation Lite: The Rise of Emissions Trading”, (Regulation and Governance), 2008, p. 195-196.

recursos de uso común. Esto puede ser revertido, argumentan, asignándole un valor monetario a los servicios ecosistémicos. Esto proveería de incentivo suficiente a los actores del mercado para proteger, intercambiar e invertir en la provisión de estos servicios ambientales.”⁵³

La denominación de externalidades positivas que hace Aerni es muy interesante, pues como luego él señala, el derecho ambiental se ha desarrollado en base a ciertos principios que tienen, desde un punto de vista económico, la premisa de que existen actividades que causan externalidades ambientales negativas.⁵⁴ Esto es especialmente acertado a propósito del principio contaminador-pagador, que —expresamente— tiene como base el considerar que aquellos que realizan actividades que pueden provocar externalidades ambientales, deben internalizar dicho costo. Vale decir, como sociedad estamos de alguna manera cobrando a quienes producen externalidades negativas sobre el medio ambiente. Ello tiene su justificación, claramente, en el hecho de que una externalidad sobre el medio ambiente es un daño provocado a la colectividad.⁵⁵

Si esto es como se describe anteriormente, y asumiendo un sistema en que toda actividad es esencialmente privada, ¿por qué podríamos —la colectividad o una parte de ella— apropiarnos de las externalidades positivas que una persona produce, de manera gratuita? La lógica que Aerni estudia en el texto de referencia es la del pago por servicios ecosistémicos a quienes practican un determinado uso de la tierra —agricultura—, que requiere de cierto esfuerzo (al menos poner su capital y trabajo en función de la agricultura) por parte de ellos. De ahí que las externalidades positivas que de ello se derivan sean más fácilmente atribuibles a ellos mismos y, por lo tanto, provoquen mejor la pregunta que se esbozó anteriormente. No se pretende contestar a esa pregunta, pero en ella radica buena parte del cuestionamiento que la justicia social puede hacer en relación con la valoración de las funciones ecosistémicas, para convertirlas en servicios ecosistémicos y luego valorizarlos, mercantilizándolos dentro de lo posible.

⁵³ Aerni, Philipp, “The Sustainable Provision of Environmental Services, Regulation to Innovation”, (Springer, Londres), 2016, p. 33.

⁵⁴ Aerni Philipp. “The Sustainable Provision of Environmental Services, from Regulation to Innovation”, (Springer), 2016, p. 36.

⁵⁵ De Sadeleer, Nicolas, “Environmental Principles: From Political Slogans to Legals Rules”, Oxford University Press, New York, 2002, p. 21 señala que “El principio contaminador pagador es una regla económica sobre costos de asignación, cuya fuente radica precisamente en la teoría de las externalidades, requiere que los contaminadores tomen responsabilidad por los costos externos producidos por su contaminación”.

Las funciones ecosistémicas se producen naturalmente, y lo único que requieren del humano es su no intervención. ¿Hay que recompensar a alguien por no intervenir con las funciones ecosistémicas?

5.2. Servicios Ecosistémicos y Eficiencia

El movimiento por la valorización de las funciones y servicios ecosistémicos tiene, en principio, una idea de eficiencia en la toma de decisiones y, especialmente, un ánimo protector de estas funciones y servicios, de modo que, aun permitiéndose el cálculo comparativo con las actividades humanas, sea posible tomar una decisión ponderada.

Hay acá una distinción importante que hacer cuando nos referimos a la valoración de los servicios ecosistémicos, que tiene que ver con su uso. Es importante que el Estado, a la hora de tomar estas decisiones, tenga información acerca del valor económico de los bienes y servicios ecosistémicos. Desde el nivel de toma de decisiones, la valoración del medio ambiente ha sido muchas veces brillantemente defendida. En ese sentido, por ejemplo, Revesz y Livermore dedicaron un libro a combatir el escepticismo en contra del uso de herramientas económicas para regular, especialmente del análisis costo-beneficio como una manera eficiente de hacerlo. Ellos tratan de convencer a quienes son pro-regulación y que, en general, han estado en contra de este método, explicando por qué él serviría finalmente a los objetivos de los propios grupos pro-regulación, incluidos, particularmente, los ambientalistas.

En sus palabras “los sesgos con el análisis costo beneficio son el resultado de que los grupos pro-regulación hayan estado ausentes del debate por casi 30 años”⁵⁶ y agregan que “cuando a la gente se le presentan opciones entre prosperidad y protección ambiental, usualmente eligen protección ambiental. De todas formas, mucha gente entiende que la decisión es difícil: trabajos vs. aire limpio, bienestar material vs especies protegidas, desarrollo económico vs. el bienestar de las generaciones futuras. En un número de casos, esas elecciones puede parecer que requieren de compromisos realmente trágicos —por ejemplo, si honrar el deber moral de distribuir los bienes ambientales de manera justa requiere que ralenticemos el crecimiento económico. El análisis costo beneficio, sin embargo, nos muestra que muchas veces las elecciones no

⁵⁶ Revesz, Richard y Livermore, Michael, *Retaking Rationality*, (Oxford University Press), 2011, p. 145.

son trágicas. La protección ambiental puede no ser sólo lo moralmente bueno, sino también maximizar el bienestar.⁵⁷

El comité se refiere a esta misma lógica en términos que “la valoración económica requiere que los ecosistemas sean descritos en términos de bienes y servicios que proveen para los humanos y otros beneficiarios. Bienes y servicios, a su vez, deben ser cuantificados y medidos en una escala común (aunque no necesariamente monetaria) para que las mejoras en un ecosistema puedan compararse con mejoras en otro.”⁵⁸ La lógica que hay detrás del esfuerzo que el comité expresa y que defiende Revesz y Livermore es la de poder comparar para tomar decisiones. En ese sentido, al menos en una primera mirada, parece un esfuerzo menos complejo.

En este nivel de toma de decisiones, la valoración no pasa de ser una herramienta para la misma. Sí es importante señalar que, en caso de que la decisión se tome únicamente atendiendo al resultado aritmético del cálculo de costo beneficio, ella sería una decisión utilitaria. Así entonces, lo que importa para efectos de la toma de decisiones no es la herramienta, sino la posición que ella ocupa en el proceso.

En lo que se refiere a la asignación propiamente tal de las funciones ecosistémicas, reconvertidas ahora en servicios ecosistémicos, nuevamente lo que debiéramos observar no está vinculado a la asignación propiamente tal, sino que a la manera en que dicha decisión de asignación será tomada. Se produce. Claramente, un problema si, como en algunas políticas públicas actualmente en discusión o que comienzan a manifestarse, la decisión se limita a asignar en una especie de propiedad las funciones ecosistémicas, a quienes —actualmente— son propietarios de una porción significativa de los elementos del medio ambiente en relación con los cuales se producen esas funciones/servicios.

Así, por ejemplo, la política de REDD+ podría asignar un pago por servicios ecosistémicos a quienes son propietarios de los bosques, ello, si bien no les asigna propiedad sobre dichos servicios, de alguna manera sí les reconoce un derecho sobre ellos, al pagarles por los mismos. Importa, entonces, una asignación de facto de dichas funciones (o servicios), a quienes ya poseen el capital principal que los produce, ignorando que, además de dicho capital, se requiere de una

⁵⁷ Revesz, Richard y Livermore, Michael, *Retaking Rationality*, (Oxford University Press), 2011, p. 17.

⁵⁸ Committee on Assessing and Valuing the Services of Aquatic and Related Terrestrial Ecosystems, *Valuing Ecosystem Services*, (National Research Council), 2005, p. 22.

serie de otros elementos del medio ambiente, y sus interacciones, para que la función ecosistémica en cuestión sea posible de producirse. Por ejemplo, si bien los bosques tienen como función la captura de las aguas lluvias y con ello regulan en parte el ciclo hidrológico, para que dicha lluvia se produzca tienen que interactuar un sinnúmero de factores, que son en sí mismos bienes comunes o colectivos por naturaleza.

5.3. Servicios Ecosistémicos, Justicia Ambiental y Eficiencia

Claramente, en este asunto se cruzan las visiones de la justicia ambiental y la justicia como equidad, complementarias en términos de su relación con la valoración de servicios ecosistémicos. En primer lugar, desde la justicia como equidad, porque como señala Sandel “preguntar si una sociedad es justa es preguntar por cómo se distribuye las cosas que apreciamos; ingresos y patrimonio, deberes y derechos, poderes y oportunidades, oficios y honores.”⁵⁹ Mientras que desde la justicia ambiental, la pregunta pareciera estar vinculada a la distribución que hacemos del medio ambiente, de las cargas sobre él y de sus beneficios.

El concepto de justicia ambiental es definido como de justicia distributiva, por ejemplo por Hervé, para quien la justicia ambiental pretende responder a “(...) cuál es la proporción de cargas y beneficios ambientales que le corresponde soportar y recibir a cada comunidad o grupo social de acuerdo con la equidad.”⁶⁰ En esta misma lógica, Infante parafrasea al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, de manera de describir las principales características de la Justicia Ambiental: “Los principales elementos de la justicia ambiental son: (i) la equitativa distribución de las externalidades ambientales, tanto positivas como negativas, (ii) la justa y significativa participación de la comunidad en el proceso de la toma de decisiones ambientales; (iii) el reconocimiento de los sistemas de vida de las comunidades, el conocimiento local y cultural que tengan sobre el entorno y las diferencias entre éstas; y (iv) la capacidad de las comunidades e individuos de vivir y relacionarse en comunidad.”⁶¹

En el modo en que Infante trata el asunto (y el PNUD con ella), podemos identificar un avance del concepto hacia las externalidades positivas, que

⁵⁹ Sandel, Michael, *Justicia*, (Debolsillo), 2013, p. 29.

⁶⁰ Hervé Espejo, Dominique, *Justicia Ambiental y Recursos Naturales*, (Ediciones Universidad de Valparaíso), 2015, p. 38.

⁶¹ Infante, Paloma, “(In)justicia ambiental en Chile y principales mecanismos para mitigar la inequidad: planificación territorial y derechos de comunidades vulnerables”, En *Revista de Derecho Ambiental*, Vol 6, (Universidad de Chile), 2016, p. 146.

coincide más con el tema del presente trabajo, pero también con la adecuación del concepto a los tiempos. La justicia ambiental fue concebida, originalmente, desde la conciencia de un medio ambiente degradado y una distribución de cargas que era injusta. En efecto, el concepto de justicia ambiental es levantado por primera vez en términos políticos por las comunidades afroamericanas en Estados Unidos, a propósito de la localización de proyectos contaminantes en las cercanías de los barrios en los que habitaban.⁶²

Hervé reconoce en la doctrina una distinción entre dos dimensiones diferentes de la justicia ambiental, una primera que sería distributiva y una segunda que sería participativa, procedimental o política.⁶³ Se apoya en diferentes autores, pero especialmente se remite a Rawls para considerar que la justicia distributiva no ha considerado el problema de la distribución de cargas y bienes ambientales, cuestión que ha sido discutida y modelada desde fines del siglo XX. Desde el punto de vista de la justicia ambiental como justicia política, ésta se centraría en el tratamiento justo a todas las personas y, fundamentalmente, en la igualdad, para lo cual la autora vuelve a citar a Rawls, pero específicamente a la explicación que Dworkin hace de él, en términos que su teoría de la justicia “no se trata del derecho a una igual distribución de un determinado bien u oportunidad sino que a un igual respeto en la decisión política respecto a cómo serán distribuidos estos bienes y oportunidades.”⁶⁴

Volviendo al concepto de Infante sobre la justicia ambiental, se señalaba que incorporaba la idea de externalidades positivas y negativas, cuestión que resulta interesante desde varios puntos de vista. Primero, porque al incorporar las externalidades positivas, expande la habitual comprensión de la justicia ambiental, dada en parte por cuestiones como el principio contaminado-pagador, ya citado. Pero, además, hace esta extensión desde el lenguaje y con las claves de la economía, de suerte que contiene en sí mismo una visión de la distribución que, en los términos actuales de la discusión, se acerca sin mucho contrapeso a la eficiencia como justicia. En efecto, para la economía las externalidades son fallas de mercado, y son tratadas como tales porque impiden un mercado perfecto, que es el que a su vez permite una asignación ideal de precios y bienes, consiguiendo con ello la eficiencia.

⁶² Hervé Espejo, Dominique, *Justicia Ambiental y Recursos Naturales*, (Ediciones Universidad de Valparaíso), 2015, p. 25.

⁶³ Hervé Espejo, Dominique, *Justicia Ambiental y Recursos Naturales*, (Ediciones Universidad de Valparaíso), 2015, p. 35.

⁶⁴ Hervé Espejo, Dominique, *Justicia Ambiental y Recursos Naturales*, (Ediciones Universidad de Valparaíso), 2015, p. 43.

La identificación de la eficiencia con la justicia supone varios problemas, el principal es expuesto por Rawls en términos que “El principio de la eficiencia por sí mismo no selecciona una particular distribución de commodities como la eficiente. Para seleccionar entre diferentes distribuciones eficientes otro principio, un principio de justicia, digamos, es necesario.”⁶⁵

Un segundo problema, en el sentido de este trabajo, es el que se plantea a propósito del reconocimiento de las funciones ecosistémicas como bienes comunes, los que se entienden, como lo señala Helfrich: “Los bienes comunes son las redes de la vida que nos sustentan. Son el aire, el agua, las semillas, el espacio sideral, la diversidad de culturas y el genoma humano. Son una red tejida para gestar los procesos productivos, reproductivos y creativos. Son o nos proporcionan los medios para alimentarnos, comunicarnos, educarnos y transportarnos; hasta absorben los desechos de nuestro consumo.”⁶⁶

La calidad de común de estos bienes pone en cierto nivel de aprietos a la economía, que incluso ve en ellos una falla de mercado, conocida como bienes públicos, o bienes que “no son ni excluibles ni rivales.”⁶⁷ En general, las funciones ecosistémicas tienen estas características. El problema se genera cuando la inexistencia de incentivos para producir esos bienes, lleva a estados de escasez. Más específicamente en el caso que discutimos, ni siquiera se requiere de la producción de esos bienes, sino de la mantención de las condiciones que los hacen posibles. Al respecto, Mankiw expresa que “Cuando un bien no tiene precio, los mercados privados no pueden garantizar que se producirá y se consumirá en las debidas cantidades. En esos casos, el Estado puede resolver el fallo del mercado y mejorar el bienestar económico.”⁶⁸

Por otro lado, la constatación de que las funciones ecosistémicas podrían ser consideradas bienes públicos en términos económicos, resulta desde la teoría económica de la regulación en una justificación suficiente para regular, como señalan Baldwin, Cave y Lodge, “algunos commodities como la seguridad y la defensa pueden traer beneficios compartidos y ser deseados por la comunidad. En estos casos puede, sin embargo, ser demasiado costoso para los que pagan ese servicio, prevenir que sea disfrutado por quienes no lo pagan. Como resultado, el mercado puede fallar en alentar a la producción

⁶⁵ Rawls, John. *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard, Boston, USA. 1971. p. 68.

⁶⁶ Helfrich, Silke. *Genes, Bytes y emisiones: bienes comunes y ciudadanía*, Fundación Heinrich Boll, oficina para Centroamérica, México y Cuba, 2009, p. 21.

⁶⁷ Mankiw, N. Gregory. *Principios de economía*, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, p. 142.

⁶⁸ Mankiw, N. Gregory, *Principios de economía*, (Mc Graw Hill), 200, p.141.

de ese commodity y se requerirá, en general para sobreponerse al problema de los parásitos imponiendo tributos.”⁶⁹

Esta regulación puede darse de muchas maneras, por supuesto. La creación de propiedad privada (y mercados) es una de ellas, la cual es criticada por autores como Harvey, quien ve en ella un error, que es la extensión de la solución que se le atribuye a Hardin⁷⁰ en relación con la propiedad privada como solución a la tragedia de los comunes. Observa, además, un problema de escalas, donde la consideración de una solución que podría tener funcionalidad a nivel de unos pocos ganaderos en un terreno determinado, no tiene asidero cuando se le lleva a cuestiones globales como el cambio climático.⁷¹ Ahora bien, Harvey en este asunto, como vemos, toma una posición que está en un nivel regulatorio, donde aboga por soluciones de comando y control y ,específicamente, por el cercamiento de esos bienes.⁷²

Vicente, por su parte, enfrentada a este asunto, critica al liberalismo y al marxismo por igual, por achacarles fanatismo por la tecnología y el progreso material. Nos entrega en esta línea, otra idea: “En nuestras relaciones con las generaciones futuras y en nuestras relaciones con el medio natural falta un elemento de la reciprocidad, sobre el cual radica el esquema tradicional neokantiano. En este sentido, la Teoría de la Justicia de Rawls, que se define en algunos de sus principales aspectos como justicia basada en la reciprocidad, solo puede servir de punto de partida para ayudar a tratar el problema concreto de los peligros ecológicos a largo plazo”⁷³ y agrega un elemento clave “Tenemos que compartir la Tierra y sus recursos con los seres humanos del futuro.”⁷⁴

⁶⁹ Baldwin, Robin; Cave, Martin; Lodge, Martin, “Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice, 2nd”, en Oxford University Press, (Oxford), 2012, p. 20.

⁷⁰ Hardin, Garret, “La tragedia de los espacios colectivos”, en Economía, ecología y ética: ensayos hacia una economía en estado estacionario, H. E. Daly, 1992, (Fondo de Cultura Económica), pp. 111-124. En este texto, Hardin explica el problema que supone que un número de ganaderos tenga un área de pastoreo común, expresando que el incentivo para cada uno de ellos es poner un mayor número de animales para aumentar su producción, cuestión que si todos siguen, deviene en un agotamiento del bien común. Ese fenómeno es, comúnmente, llamado “la tragedia de los comunes”. En base al texto de Hardin, buena parte de la doctrina ha interpretado que la única manera de evitar la destrucción de los bienes comunes es asignando porciones de ellas en propiedad. Eso no es lo que Hardin expresa en su texto, pero sí lo dice como una de las opciones, lo que ha servido para usarlo como argumento moral de la propiedad privada.

⁷¹ Harvey, David, *Ciudades Rebeldes*, (Ediciones Akal), Madrid, 2013, pp.108-110.

⁷² Harvey, David, *Ciudades Rebeldes*, (Ediciones Akal), Madrid, 2013, p.112.

⁷³ Vicente Giménez, Teresa, *Justicia Ecológica en la Era del Antropoceno*, (Trotta), 2016, p. 25.

⁷⁴ *Ibíd.*

6. Conclusiones: Política real y la Justicia Ambiental del siglo XXI

En esta última parte del presente trabajo, la tentación grande es cambiar el nivel de la discusión y desde el pragmatismo decir: mercantilizar las funciones ecosistémicas es inadecuado, pero viviendo en el capitalismo globalizado, es una buena opción, pues permite su protección desde la regulación y, con ello, nos aseguramos que se siga proveyendo de dichas funciones ecosistémicas en niveles adecuados. Pero, interesa en este acápite final, hacer una reflexión sobre lo que significa que esta solución pragmática sea una solución posible y advertir sobre ella.

Valorizar los servicios ecosistémicos no es un problema ético *per se*. Como se vio, puede significar en buena medida que ellos sean puestos en una balanza por los tomadores de decisiones y, con ello, tomar mejores decisiones, muchas de las cuales serán a favor de la conservación ambiental. Pero, como se esbozó, hay algo que se pierde cuando se valoriza, cuando se desagrega.

En la visión de Satz, parafraseando a Waltzer, “Los mercados no son solamente dispositivos neutrales para determinar y seguir el valor de bienes. Los mercados pueden cambiar y degradar el significado social de un bien.”⁷⁵ El problema de lo que venimos estudiando radica en esto, en cómo la valorización de las funciones ecosistémicas desagrega al ecosistema y lo convierte en bienes asignables. Esto importa tener nuevos bienes con los cuales construir asignación, construir mercado.

El mismo fenómeno es observado por Sandel, quien argumenta que los mercados tienen una tendencia corrosiva, pues “los mercados no solo asignan bienes; ellos también expresan y promueven ciertas actitudes en relación con los bienes que son intercambiados.”⁷⁶ Su argumento continúa en sentido del valor que le asignamos a las cosas cuando decidimos que no son susceptibles de mercantilización y en páginas posteriores marca la diferencia entre los fees y las multas para explicar que, si bien ambas son una cantidad de dinero, las segundas tienen implícito un mensaje de haber obrado de manera incorrecta, mientras los primeros no.⁷⁷ Esto último es relevante en el sentido de la diferencia existente entre controlar a los individuos para que no destruyan bienes colectivos globales como las funciones ecosistémicas, o por otro lado poner precio a las mismas y convertirlas en bienes susceptibles de ser transados.

⁷⁵ Satz, Debra, *Why some things should not be for sale*, (Oxford University Press), 2010, p. 80.

⁷⁶ Sandel, Michael, *What Money Can't buy*, (Farrar, Straus and Giroux), 2012, p. 9.

⁷⁷ Sandel, Michael, *What Money Can't buy*, (Farrar, Straus and Giroux), 2012, p. 65.

Como señala Harvey, “Los defensores de la teoría neoliberal son particularmente constantes en la búsqueda de la privatización de activos. La ausencia de claros derechos de propiedad privada —como ocurre en muchos países en vías de desarrollo— es considerada una de las mayores barreras institucionales al desarrollo económico y a la mejora del bienestar humano.”⁷⁸ La creación de estos nuevos bienes inevitablemente tiende hacia eso, al neoliberalismo; al igual que a la teoría económica de la regulación le molestan los bienes públicos, porque sobre ellos no hay claridad en la propiedad, no hay una construcción sólida de certezas que se pueda apoyar en la violencia organizada del Estado para disponer arbitrariamente.

Una vez que se construye el bien, comienza la construcción del mercado. Eso es seguir la huella del sistema económico, en la línea de Vicente “el sistema económico capitalista impone como principio rector el mercado ilimitado y el crecimiento expansivo, que son incompatibles con el principio de desarrollo sostenible, y en consecuencia con cualquier principio de gestión racional del medio ambiente.”⁷⁹⁻⁸⁰ ¿Es posible entonces que nuestra respuesta pragmática referida más arriba sea una respuesta correcta? ¿o será que no somos capaces de otra respuesta?

La trayectoria de la discusión sobre las funciones y servicios ecosistémicos parece avanzar en la línea de lo discutido en esta última sección. Se sostiene que, antes de continuar por ese derrotero, es necesario reflexionar sobre las consecuencias que a largo plazo podría tener esta solución pragmáticamente.

⁷⁸ Harvey, David, *Breve Historia del Neoliberalismo*, (Akal), 2015, p. 74.

⁷⁹ Vicente Giménez, Teresa, *Justicia Ecológica en la Era del Antropoceno*, (Trotta), 2016, p. 41.

⁸⁰ Vicente Giménez, Teresa, *Justicia Ecológica en la Era del Antropoceno*, (Trotta), 2016, p. 43.

Arbitraje Filipinas c. China en el Mar del Sur de China

*María Teresa Infante Caffi*¹

Resumen

En 2016, un tribunal arbitral establecido de conformidad con el Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, emitió un laudo sobre asuntos relacionados con el denominado Mar del Sur de China, a partir de una demanda de Filipinas contra dicho país. La demanda se refería a supuestas violaciones de varias disposiciones de la Convención relativas a la pesca y la protección del medio ambiente, así como a otras cuestiones sustantivas relacionadas con los derechos en una zona delineada por China con una “línea de nueve guiones”. El caso plantea cuestiones sustantivas relacionadas con los procedimientos de solución de diferencias y el derecho del mar, así como sobre la definición de islas y las responsabilidades del estado del pabellón.

La falta de participación de China, ha dejado una huella en el Mar de China Meridional. Sin embargo, los hechos controvertidos y el objetivo común de no agravar la situación pueden encontrar una buena orientación en virtud de la sentencia dictada por el tribunal arbitral en 2016.

1. Introducción

El 22 de enero de 2013, Filipinas presentó una demanda contra la República Popular China (China), invocando los artículos 286 y 287 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Convención) y el artículo 1 de su Anexo VII.

¹ Profesora Universidad de Chile.

Las sentencias en el arbitraje del Mar del Sur de China (*South China Sea Arbitration*), iniciado por dicha demanda, presentan elementos diplomáticos, geográficos y estratégicos que interpelan al derecho internacional y sus mecanismos de solución de controversias. Un tribunal arbitral (Tribunal) constituido según el Anexo VII de la Convención, decidió en 2015² sobre su propia competencia y la admisibilidad de la demanda, y en 2016³ sobre las cuestiones de fondo planteadas por las partes.

La demanda de Filipinas situó las diferencias en la perspectiva de la Convención, evitando referirse a cuestiones relativas a derechos o títulos de soberanía respecto de una serie de formaciones (*features*) e islas, y en las aguas adyacentes. Las particularidades de los mecanismos de solución de controversias previstos en la Convención fueron relevantes; el artículo 298 de la Parte XV, invocado por China, fue el que plantearía mayores interrogantes a la hora de determinar si se podían activar los mecanismos conducentes a una decisión obligatoria.

En efecto, la Convención prevé que, en caso de que una controversia no haya sido resuelta mediante la aplicación de los mecanismos referidos en la sección 1 de la Parte XV de la Convención (no conducentes a una decisión obligatoria, o que no se encuentren sometidos a un procedimiento arbitral o judicial acordado entre las partes), dicha controversia se someterá, a petición de cualquiera de las partes, a la corte o tribunal competente conforme a lo dispuesto en la sección 2 de esa Parte (XV). La Convención fue concebida como un instrumento único en su naturaleza, con un sistema obligatorio de solución de controversias, dotado de mecanismos conducentes a una decisión obligatoria y excepciones específicas.

Este arbitraje se llevó a cabo conforme al Anexo VII de la Convención (mecanismo alternativo a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) o al Tribunal Internacional del Derecho del Mar (previstos en la Parte XV de la Convención), a falta de concordancia en las opciones de las partes respecto de un mismo tribunal. El artículo 298 de la Convención establece, a su vez, que se pueden excluir ciertas controversias de la aplicación de los mecanismos conducentes a una decisión obligatoria, entre ellas, las relativas a la delimitación marítima, bahías y títulos históricos, y aquéllas que entrañen, necesariamente, el examen

² Award on Jurisdiction and Admissibility, 29.10.2015. <https://pcacases.com/web/sendAttach/1506>

³ Award, 12.07.2016. <https://pcacases.com/web/sendAttach/2086>

concurrente de una controversia no resuelta respecto de la soberanía u otros derechos, sobre un territorio continental o insular.

A partir del principio de que la soberanía sobre la tierra es la base para la determinación de los derechos sobre el mar, China se oponía a que se abordase una demanda que, a su juicio, envolvía derechos históricos, así como el estatus de ciertas formaciones marítimas y el ejercicio de sus derechos; En síntesis, la soberanía sobre la tierra constituía un tema ineludible y sobre el mismo, el Tribunal no poseía competencia, según China. Si para este país, el Tribunal tenía que determinar —directa o indirectamente— la soberanía sobre las formaciones marítimas en cuestión, para Filipinas el asunto principal se refería a la pretensión de la otra parte de poseer “derechos históricos”, superponiéndose a los derechos de otros Estados.

2. La demanda de Filipinas: discusión sobre cuatro temas

La presentación de la parte demandante se estructuraría en torno a cuatro temas principales:

1° La validez de la línea de nueve guiones dibujada por China, para delimitar el área donde se sitúan sus pretensiones en el Mar del Sur de China (el Mar). Filipinas pidió que se declarase que los respectivos derechos y obligaciones de las partes respecto de las aguas, el suelo marino y las formaciones marítimas del Mar del Sur de China (el Mar), se regían por la Convención y que las reclamaciones de China basadas en su “línea de nueve guiones” (*nine dash line*)⁴ eran inconsistentes con la Convención y carentes de validez.

2° Las formaciones marítimas en el área: Filipinas pidió que se determinase si conforme al artículo 121 de la Convención, ciertas formaciones marítimas reclamadas por China y por Filipinas constituían islas, elevaciones de baja marea o bancos sumergidos, y si eran capaces de generar derechos sobre zonas marítimas superiores a 12 millas marinas;

3° El goce de derechos en el área: Filipinas pidió que se le permitiese ejercer y gozar derechos dentro y más allá de su zona económica exclusiva y de la plataforma continental, conforme a la Convención, oponiéndose así a una posible superposición con espacios marítimos chinos, en sus 200 millas marinas.

⁴ Dibujada en mapa anexo a Nota de 07.05.2009 al Secretario de las Naciones Unidas. <http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/vnm37_09/chn_2009re_vnm.pdf>

4° Durante el proceso, Filipinas alegraría que China había agravado y ampliado la controversia al restringir el acceso de las fuerzas costeras de la primera al *Second Thomas Shoal*, y emprendido la construcción de islas artificiales, ganando terreno al mar en siete arrecifes de las llamadas Islas Spratly. En marzo, abril y julio de 2014, Filipinas solicitó al Tribunal que se ocupase de esta materia y que definiese el estatus del *Second Thomas Shoal* (Ren'ai Jiao en chino) conforme a la Convención. El Tribunal, después de consultar a China —que no respondió—, aceptó ampliar las materias en estudio.

El área donde se plantea la controversia se conoce como Mar del Sur de China (el Mar). Es semi-cerrado en la parte occidental del Océano Pacífico, con una extensión de casi 3,5 millones de km². En el proceso se reconoció que se trataba de un área importante para el transporte marítimo, abundante en pesca y que se presumía rica en reservas de petróleo y gas. En la zona, al menos las proyecciones marítimas de cinco ribereños parecen de interés, y algunos han hecho valer sus posiciones. Ha sido el caso de Vietnam⁵ antes del arbitraje.

El Mar se sitúa al sur de China y de las islas de Hainan y Taiwán, al oeste de Filipinas, al este de Viet Nam; y al norte de Malasia, Brunei, Singapur, e Indonesia. En el área están presentes cientos de formaciones geográficas de baja o de alta marea.

El 7 de mayo de 2009,⁶ China había enviado notas al Secretario General de las Naciones Unidas respecto de las presentaciones de Vietnam, y de Malasia con Vietnam, relativas a sus plataformas continentales extendidas. Allí, China hacía ver que “has indisputable sovereignty over the islands in the South China Sea and the adjacent waters, and enjoys sovereign rights and jurisdiction over the relevant waters as well as the seabed and subsoil thereof (see attached map).”⁷

⁵ Ministry of Foreign Affairs, Republic of Vietnam, White Paper on the Hoang Sa (Paracel) and Truong Sa (Spratly) Islands (1975). <<http://www.bchuvanannn.com/resources/White%20Papers%20of%20Republic%20of%20Vietnam.pdf>>. También, Note Verbale No. 77/HC-2011 from the Permanent Mission of the Socialist Republic of Viet Nam to the UN Secretary-General (May 3, 2011). <http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/vnm37_09/vnm_2011_re_phlchn.pdf>.

⁶ http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/vnm37_09/chn_2009re_vnm.pdf; y http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/mysvnm33_09/chn_2009re_mys_vnm_e.pdf

⁷ Área encerrada por una línea dibujada en 1948, corregida en 1953. Boundary Department of the Ministry of Interior, Republic of China, Map Showing the Location of the Various Islands in the South Sea” (1948). El mapa habría sido preparado en 1947. En Zou Keyuan, “The Chinese Traditional Maritime Boundary Line in the South China Sea and Its Legal Consequences for the Resolution of the Dispute over the Spratly Islands,” *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 14 (1), (1999), pp. 27-55. https://www.researchgate.net/publication/249571014_The_Chinese_Traditional_Maritime_Boundary_Line_in_the_South_China_Sea_and

China argumentaría que esta posición se había sostenido consistentemente, y que era conocida por la comunidad internacional,

El caso ha sido ampliamente debatido,⁸ y en la doctrina no han faltado voces críticas que destacan la supuesta improcedencia del arbitraje⁹ y las perspectivas geoestratégicas de los temas en discusión, más aptos para la negociación.

3. Arbitraje y competencia del Tribunal. China frente al arbitraje

La reserva sobre la soberanía formulada por China y la definición de la controversia a la luz del artículo 288 de la Convención, enmarcaron esta etapa del arbitraje. Filipinas especificó en su demanda que no buscaba que se determinase cuál de las partes gozaba de soberanía sobre las islas (y formaciones) reclamadas; tampoco solicitaba una delimitación marítima. Procuraría de este modo, prevenir que se hiciese valer la reserva facultativa de China, de 2006,¹⁰ presentada después que ese país ratificase la Convención en 1996. La reserva se acogió al artículo 298 de ese instrumento y, en ella, China señaló que no aceptaba ningún procedimiento previsto en la Sección 2 de la Parte XV de la Convención respecto de todas las categorías de disputas referidas en el párrafo 1 (a) (b) y (c) del artículo 298 de la Convención.¹¹

China estimaba que, en virtud de sus reservas, no debían operar los mecanismos conducentes a decisión obligatoria en materia de delimitación marítima; tampoco sobre actividades militares y actividades encaminadas a cumplir normas respecto del ejercicio de los derechos soberanos o de la jurisdicción del Estado, excluidas de la competencia de tribunales (zona económica exclusiva y plataforma continental), como principio general.

Its_Legal_Consequences_for_the_Resolution_of_the_Dispute_over_the_Spratly_Islands. Citado en nota 146, Sentencia de 2016, fondo.

⁸ Lucy Reed & Kenneth Wong, "Marine Entitlements in the South China Sea: The Arbitration Between the Philippines and China", 110 AJIL, 4, 2016, pp. 746-760.

⁹ A. Cary, "The South China Seas Disputes are not yet justiciable", en *Arbitration concerning the South China Sea*, ed. por Shicun Wu y Keyuan Zou, London, Routledge, 2016, pp.23-51; Stefan Talmon, "The South China Sea Arbitration and the Finality of "Final" Awards, Bonn Research Papers on Public International Law, Paper No 12/2016, 24 November 2016. <<https://ssrn.com/abstract=2875228>>

¹⁰ [http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China Upon ratification](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China_Upon_ratification)>

¹¹ "The Government of the People's Republic of China does not accept any of the procedures provided for in Section 2 of Part XV of the Convention with respect of all the categories of disputes referred to in paragraph 1 (a) (b) and (c) of Article 298 of the Convention." <[http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China after ratification](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China_after_ratification)>

China hizo valer su posición ante Filipinas en forma directa. Por Nota Verbal de 19 de febrero de 2013,¹² rechazó la pertinencia del arbitraje y sostuvo que las controversias entre ambos países se referían a cuestiones de soberanía territorial; que ellos mantenían reclamaciones sobre un área marítima con jurisdicciones superpuestas, lo que habían acordado resolver mediante negociaciones bilaterales y consultas amistosas. China devolvería, también, las notas que le remitiera el Tribunal, recordando que no aceptaba su competencia.¹³ Así, no concurrió a la constitución del tribunal arbitral y éste quedó conformado por cinco miembros, cuatro designados por el Presidente del Tribunal Internacional del Derecho del Mar —como lo prevé el Anexo VII de la Convención—, y uno nominado por una de las partes. Integraron el tribunal arbitral, los jueces Thomas Mensah (presidente), Stanislas Pawlak, Jean-Pierre Cot, Alfred A.H.Soons y Rudiger Wolfrum (nominado por Filipinas).

Según la Convención, la no comparecencia no era obstáculo para que procediera el arbitraje, aun cuando el Tribunal debió examinar de todas formas si era competente, y si las pretensiones estaban fundadas en los hechos y el derecho (artículo 9, Anexo VII). Lo destacó así el Tribunal en la sentencia de 2015, sobre jurisdicción y admisibilidad, al sostener que en situaciones de no participación el Artículo 9 buscaba equilibrar los riesgos de que cualquier parte sufriera un perjuicio. En este sentido, señaló que: “En primer lugar, protege a las partes participantes garantizando que el procedimiento no se vea frustrado por la decisión de la otra parte de no participar. En segundo lugar, protege los derechos de las partes no participantes garantizando que un tribunal no acepte simplemente por omisión la reclamación de la parte participante” (párrafo 37, sentencia 2015, jurisdicción).

El Tribunal decidió, además, abordar las comunicaciones de China, incluyendo un sustantivo *Position Paper*,¹⁴ como si efectivamente fuesen alegatos relativos a la jurisdicción para fines del artículo 20 de las Reglas de Procedimiento dictadas

¹² Note Verbale from the Embassy of the People’s Republic of China in Manila to the Department of Foreign Affairs of the Republic of the Philippines, No. (13) PG-039, 19 February 2013.. < <https://assets.documentcloud.org/documents/2165478/phl-prc-china-note-verbale.pdf>>

¹³ Ver párrafo 37 de la Sentencia sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 29.10.2015.

¹⁴ <http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1217147.shtml>. También en Chinese Journal of International Law 15, 2016, pp. 431-455.

en su primera Providencia.¹⁵ La posición reflejada en el Documento de Posición (*Position Paper*) de 2014, reiterada más tarde,¹⁶ se resumiría así:

- La esencia del objeto del arbitraje era la soberanía territorial sobre figuras marítimas en el Mar del Sur de China, fuera del alcance de la Convención.
- Suponiendo que algunas de las reclamaciones estuvieran relacionadas con la interpretación y aplicación de la Convención, ellas seguirían siendo parte de un tema de delimitación marítima, excluido por China mediante su Declaración de 2006 y, no sujeto a arbitraje obligatorio.
- China y Filipinas habían acordado resolver sus controversias en el Mar, a través de la negociación; ergo, Filipinas no podía iniciar unilateralmente un arbitraje.
- Filipinas no había cumplido con la obligación de intercambiar opiniones con China, acerca de los medios de solución de controversia y el recurso al arbitraje constituía un abuso del procedimiento.

En el proceso, la embajada de China en Países Bajos remitió notas a los miembros del Tribunal y, después del fallo sobre jurisdicción y admisibilidad, China envió una carta —el 6 de febrero de 2015— planteando una objeción integral a todo el procedimiento y oponiéndose, además, a la intervención de terceros Estados (párrafos 64, 185 y 385, sentencia de 2015, jurisdicción).

El Tribunal determinó que estas comunicaciones y el *Position Paper* de 2014, constituían alegatos relativos a la jurisdicción y debían ser tratados como tales en el proceso. China hizo llegar una segunda carta el 1 de julio del año 2015 (párrafo 83, sentencia de 2015, jurisdicción), reiterando su posición. Después de publicadas las transcripciones de las audiencias orales de la fase de jurisdicción, China emitiría unas *Foreign Ministry Spokesperson Hua Chunying's Remarks on the Release of the Transcript of the Oral Hearing on Jurisdiction by the South China Sea Arbitral Tribunal established at the Request of the Philippines* de 24 de agosto

¹⁵ <https://pcacases.com/web/sendAttach/1804>
<https://pcacases.com/web/sendAttach/233>

¹⁶ Ministry of Foreign Affairs, People's Republic of China, *Briefing by Xu Hong, Director-General of the Department of Treaty and Law on the South China Sea Arbitration Initiated by the Philippines* (12 May 2016). <www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjdt_665385/zyjh_665391/t1364804.shtml>.

del mismo año¹⁷. Y, antes de las audiencias sobre el fondo, China reiteraría sus planteamientos.¹⁸

La respuesta del Tribunal (párrafos 155-157, sentencia de 2015, jurisdicción) a estas objeciones, fue distinguir entre una controversia relativa a si se posee un derecho a una zona marítima, de la delimitación de zonas marítimas en el área donde se superponen esos derechos.

Considerando las circunstancias y el deber de asegurar a cada parte plena oportunidad de ser oída y presentar su caso, el Tribunal decidió bifurcar el procedimiento y convocar a audiencia sobre la jurisdicción y, si fuese necesario, sobre la admisibilidad de las peticiones de Filipinas. El Tribunal se reservó la facultad de determinar si una materia poseía o no carácter exclusivamente preliminar, lo cual dejó para la etapa sobre el fondo.

Mediante *Procedural Order 3*, el Tribunal solicitaría opiniones acerca de: a) la posibilidad de bifurcación del proceso, o sea si abordar la jurisdicción antes que las cuestiones de fondo; (b) la posible designación de un hidrógrafo experto; (c) la realización de una visita a la zona; (d) el procedimiento en caso de una presentación de *amicus curiae*, y (e) la celebración de una audiencia en julio de 2015. Respondidas las consultas, el Tribunal decidió dividir el proceso, no realizar una visita a terreno, pero sí celebrar una audiencia para escuchar a las partes (párrafos 68-69, sentencia de 2015, jurisdicción). También, solicitó informes a expertos independientes en materia de impactos ambientales de las construcciones emprendidas por China, y sobre seguridad de la navegación.¹⁹

4. Jurisdicción y Admisibilidad: un arbitraje complejo. La Declaración de 2002

El 4 de noviembre de 2002, representantes de los miembros de la organización ASEAN (Filipinas entre ellos) en conjunto con China, adoptaron la Declaración

¹⁷ “Foreign Ministry Spokesperson Hua Chunying’s Remarks on the Release of the Transcript of the Oral Hearing on Jurisdiction by the South China Sea Arbitral Tribunal Established at the Request of the Philippines” 24 August 2015. http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/xwfw_665399/s2510_665401/t1290752.shtml

¹⁸ Ministry of Foreign Affairs, People’s Republic of China, Statement of the Ministry of Foreign Affairs of the People’s Republic of China on the Award on Jurisdiction and Admissibility of the South China Sea Arbitration by the Arbitral Tribunal Established at the Request of the Republic of the Philippines. (30.10.2015). http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1310474.shtml

¹⁹ <https://pcacases.com/web/sendAttach/1810>, <https://pcacases.com/web/sendAttach/1809>

sobre la Conducta de las Partes en el Mar del Sur de China²⁰ (DOC). China sostendría que se desprendía del texto que las partes habían optado por la negociación, en vez del arbitraje. El Tribunal debía entonces pronunciarse sobre si la DOC constituía una excepción válida frente a los procedimientos previstos en la Parte XV de la Convención.

En la DOC se afirmaba el compromiso de los signatarios de recurrir a medios pacíficos para resolver las controversias sobre territorios y jurisdicción, así como de recurrir a consultas y negociaciones entre los Estados soberanos concernidos, y ejercer auto restricción en cuanto a aquellas actividades que pudieren escalar las controversias y afectar la paz y estabilidad, incluyendo el poblamiento de islas y otras formaciones.

China sostenía que el DOC tenía carácter obligatorio y excluyente frente a todo otro procedimiento previsto en la Convención. Filipinas a su vez, afirmaba que se trataba de un documento político no vinculante, y que la conducta de las partes así lo había caracterizado. Aunque hubiese sido vinculante, decía Filipinas, no existía obligación de continuar con una negociación que carecía de propósito útil. La negociación no debía ser permanente, sostuvo, citando el arbitraje Southern Bluefin Tuna,²¹ así como las medidas provisionales en el asunto *Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor*,²² dictadas por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), entre otros casos.

El DOC dio pie también para analizar qué debía entenderse por un acuerdo vinculante y cuándo revelaba una intención clara de establecer derechos y obligaciones entre las partes; para ello, los términos del instrumento, las circunstancias particulares de su adopción y la conducta subsecuente de las partes, podían ayudar a determinar su naturaleza.

El Tribunal analizó, por tanto, el término de *undertake* utilizado en el DOC, e hizo un contrapunto con el uso de este verbo en el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, a propósito de la Convención sobre Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio. El Tribunal consideró que había claras diferencias

²⁰ <http://www.aseansec.org/13163.htm>

²¹ Award on Jurisdiction and Admissibility of 4 August 2000, RIAA, Vol. XXIII, pp 42-43, para. 55; Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p. 295, para. 55

²² Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Order of 8 October 2003, ITLOS Reports 2003, p. 19, para. 47

entre ambos textos, entre ellos, que en el caso Bosnia y Herzegovina c. Serbia no se controvertía la naturaleza obligatoria de la Convención sobre genocidio (párrafo 216, sentencia de 2015, jurisdicción).

5. Los artículos 281 y 282 de la Convención: ¿había otros acuerdos sobre solución de controversias?

El Tribunal definió que el artículo 281 de la Convención no obligaba a perseguir, indefinidamente, un método acordado de solución de controversias (párrafo 220 de la sentencia de 2015, jurisdicción). Ese artículo indica que si los interesados han acordado resolver una controversia por otros medios de solución (fuera de la Convención), la Parte XV es aplicable cuando ese acuerdo no excluye ningún otro procedimiento. Es lo que se llama una cláusula *opting out*. En esos términos está diseñado el artículo 282 de la Convención, que favorece los procedimientos conducentes a solución obligatoria.

El párrafo 4 del DOC, según el cual “Las Partes interesadas se comprometen a resolver (“*undertake to resolve*”) sus controversias territoriales y jurisdiccionales por medios pacíficos, sin recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, mediante consultas amistosas y negociaciones por los Estados soberanos directamente interesados, de conformidad con los principios del derecho internacional reconocidos universalmente, incluyendo la Convención sobre el Derecho del Mar”, implicaba —sostendría el Tribunal— que el DOC no fue concebido para excluir los mecanismos de la Parte XV.

El Tribunal emplearía los términos de declaraciones políticas aspiracionales (*aspirational political statements*) para referirse a las declaraciones conjuntas previas al DOC,²³ y advertiría que ellas manifestaban el deseo de alcanzar un código de conducta para el Mar del Sur de China, sin excluir otros procedimientos de solución.

Este razonamiento recordaría el concepto de *estoppel*, cuyos elementos fueron enunciados en el arbitraje Chagos (Mauricio c. Reino Unido), en el sentido de que aquél corresponde al principio de *allegans contraria non audiendus est*, invocado cuando “(a) a State has made clear and consistent representations, by word, conduct, or silence; (b) such representations were made through an

²³ e.g. Government of the Republic of the Philippines and Government of the People’s Republic of China, Joint Statement: Philippine-China Experts Group Meeting on Confidence Building Measures, 1999, p. 2, citado en Papel de Posición de China, 2014, párr. 32.

agent authorised to speak for the State with respect to the matter in question; (c) the State invoking estoppel was induced by such representations to act to its detriment, to suffer a prejudice, or to convey a benefit upon the representing State; and (d) such reliance was legitimate, as the representation was one on which the State was entitled to rely".²⁴

El Tribunal recordaría lo dicho por la CIJ en el asunto *Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria)*, donde encontró que el *estoppel* sería aplicable solamente si Camerún hubiera *consistently made it fully clear* que había acordado solucionar la controversia mediante el diálogo bilateral *alone* y que la otra parte hubiere cambiado su posición en su detrimento o hubiera sufrido un perjuicio.²⁵

En cuanto al Tratado de Amistad y Cooperación de ASEAN²⁶ (de 24 de febrero de 1976), al cual adhirió China el 8 de octubre de 2003, el Tribunal determinó que no correspondía a lo previsto en el artículo 281 de la Convención, dado que el artículo 17 [del Tratado ASEAN] no excluía el recurso a ningún modo de solución, y hacía referencia al artículo 33(1) de la Carta de las Naciones Unidas. Tampoco concurrían los requisitos previstos en el artículo 282 de la Convención. Así, diría el Tribunal, que el Tratado ASEAN no contenía un acuerdo para someter las controversias a un procedimiento a requerimiento de una de las partes. No era un acuerdo para la solución obligatoria de controversias y, en último término, el Consejo Superior de la asociación sólo podía enunciar recomendaciones respecto de medidas preventivas. Su artículo 17 establecía que ninguna disposición impedía los medios de solución pacífica contenidos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

El Tribunal también examinó otros Convenios que podían incidir en la jurisdicción y admisibilidad del caso, tales como el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB, 1992),²⁷ cuyo artículo 27 se refiere a la solución de controversias y prevé la conciliación obligatoria cuando las partes en una controversia no estuvieren de acuerdo en aceptar un mecanismo judicial o arbitral. Esa Convención podía ser pertinente en cuanto a ciertas peticiones de Filipinas relativas al medio ambiente y la biodiversidad, en lo referente a

²⁴ *Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. United Kingdom)*, Award of 18 March 2015), para. 239.

²⁵ *Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1998, p. 303, para. 57.

²⁶ Integrada originalmente por Filipinas, Singapur, Malasia, Indonesia, Tailandia.

²⁷ <https://www.cbd.int/convention/text/>

Scarborough Shoal, y Second Thomas Shoal y la ocupación y construcciones sobre Mischief Reef.

Filipinas fue consultada acerca de la relación de ese Convenio con el artículo 281 de la Convención, en cuanto a si la aplicación de aquél requería que se hubiese intentado resolver la controversia conforme al artículo 27 (4) de la CDB (conciliación). Después, si el CDB era un obstáculo para el arbitraje, dado lo dispuesto en el artículo 282 de la Convención. El Tribunal evaluó ese artículo 27 para ver si constituía un acuerdo de solución de una controversia relativa a la aplicación o interpretación de la Convención mediante recurso unilateral, y si preveía un procedimiento obligatorio conducente a una decisión obligatoria. Su conclusión fue que no cumplía con estos requisitos y que, por tanto, no impedía la aplicación del artículo 282. Si bien había superposiciones entre el CDB y la Convención, el primero no excluía la otra.

Respecto del artículo 282 de la Convención, como fuente de aplicación de otros instrumentos, el Tribunal discurrió sobre sus elementos principales: a) que se hubiera convenido un acuerdo general, regional o bilateral o de alguna otra manera; b) que, a petición de cualquiera de las partes en una controversia, ella se sometiera a uno de esos procedimientos; c) que ese procedimiento condujera a una decisión obligatoria; y d) que no se hubiere convenido que las partes mantenían el derecho a acudir a un procedimiento de los previstos en la Parte XV. El Tribunal concluyó —después de ese ejercicio— que el doc no constituía un instrumento jurídicamente vinculante en el sentido del artículo 282 de la Convención y que no preveía procedimientos conducentes a una decisión obligatoria, como si lo hacía aquélla.

En su *Position's Paper* (2014), China también argumentaría que un intercambio general de ideas, sin el propósito de solucionar una controversia, no constituía negociaciones (párrafo 46). Cabía en este arbitraje, por tanto, preguntarse por el efecto del artículo 283 de la Convención, acerca de si importaba una obligación de negociar antes de que una parte recurriese a un procedimiento judicial o arbitral.

El Tribunal descartó ese alcance en el caso de especie. El artículo 283 de la Convención se refiere a la obligación de intercambiar opiniones con miras a resolver una controversia mediante negociaciones u otro medio pacífico, o cuando se trate de llevar a la práctica otro método después de poner fin a un procedimiento de solución de una controversia. Mas, el Tribunal concluyó que el artículo 283 establecía una obligación de intercambiar opiniones, pero no de negociar. Citaría aquí el caso Arctic Sunrise, donde se dijo que: “The Tribunal

understands this provision [artículo 283] to require that the Parties exchange views regarding the means by which a dispute that has arisen between them may be settled. Negotiation is evoked as one such means. Arbitration is another. Article 283(1) does not require the Parties to engage in negotiations regarding the subject matter of the dispute”.²⁸

6. Las excepciones permitidas por el artículo 298 de la Convención y la jurisdicción del Tribunal

El Tribunal estableció, primero, las categorías de controversias que podían haber sido excluidas de su jurisdicción por la reserva de China, conforme al artículo 298. Ellas podían referirse al estatus jurídico de las formaciones reclamadas, si se trataba de islas que generasen su propia zona económica exclusiva o plataforma continental; a la existencia de títulos históricos en el área (de aquéllos permitidos por la Convención); y a las actividades militares de China. ¿En qué medida la reserva china calzaba con estas materias excluyéndolas de la jurisdicción obligatoria? Era un punto principal de esta fase.

Frente a la pregunta de si poseía todos los elementos para decidir una excepción preliminar, y si ésta prejuzgaría el fondo de la controversia o alguno de sus elementos, el Tribunal citaría lo dicho por la CIJ en cuanto a que en materia de jurisdicción, un Estado “should not have to give an account of itself on issues of merits before a tribunal which lacks jurisdiction in the matter, or whose jurisdiction has not yet been established”.²⁹

En cuanto al carácter preliminar de las cuestiones relativas a la jurisdicción del tribunal, el Tribunal podía aplicar una regla similar a la prevista en el Reglamento de la CIJ, según la cual se puede declarar que “the objection does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character” (art. 79, 9), que también aplica el TIDM (art. 97 (6) del Reglamento).

El Tribunal señaló que su jurisdicción podía depender de los siguientes factores:

²⁸ Arctic Sunrise (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Merits, Award of 14 August 2015, para. 151, <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1438>. El arbitraje Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom), Award of 18 March 2015, para. 378, también sirve de antecedente sobre este punto. http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1429.

²⁹ Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), Judgment, ICJ Reports 1972, p. 56, párr. 18 (b).

- De la naturaleza y validez de toda reclamación de China sobre derechos históricos en el Mar del Sur de China, y si tales derechos estaban cubiertos por la exclusión de jurisdicción bajo el concepto de “bahías o títulos históricos”.
- Del estatus de ciertas formaciones marítimas en dicho Mar, y de si Filipinas y China poseían derechos superpuestos en las zonas marítimas de dicha área. Si era así, el Tribunal podía no llegar al fondo de ciertas reclamaciones, porque ellas requerían primero una delimitación de las zonas superpuestas (que el Tribunal no estaba facultado a hacer).
- De la zona marítima de que se tratase.
- De si las actividades eran de naturaleza militar.

En la especie, el Tribunal afirmó que la determinación del estatus de ciertas formaciones —en cuanto a si eran islas con proyección marítima o elevaciones de baja marea—, no constituía en sí misma una cuestión de soberanía o delimitación y que, por tanto, tenía jurisdicción para examinarla como una cuestión de fondo. Lo mismo ocurría respecto de los casos donde se alegaba que China había incurrido en conductas contrarias a la Convención.

En cambio, respecto de otras materias, como las actividades militares sobre formaciones de estatus incierto y las actividades de pesca, el Tribunal determinó que debía unirlas a la jurisdicción al fondo, ya que carecían de naturaleza preliminar.

Cualquiera de estos puntos conducía a determinar el alcance de la reserva de China frente a la obligatoriedad del procedimiento arbitral, conforme al artículo 298, 1(a), de la Convención. También, de si se trataba de un asunto de delimitación marítima, que para China era un proceso sistémico e integral.³⁰

Frente a esa hipótesis, Filipinas sostendría que la jurisprudencia arbitral y judicial había abordado temas del derecho del mar sin necesidad de resolver primero cuestiones de soberanía.³¹ Asimismo, que una controversia podía tener diferentes niveles, y algunos de ellos podían ser sometidos a un proceso

³⁰ Position Paper, párr. 66.

³¹ Respuestas escritas a preguntas de 13 de julio de 2015, del Tribunal, paras. III.7-III.12, citando: Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, ICJ Reports 2007, p. 659, para. 135; Maritime Delimitation and Territorial Questions (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment, ICJ Reports 2001, pp. 98-99, paras. 191, 196; Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Merits, Judgment, ICJ Reports 2012, pp. 642-45, paras. 28-38; Dubai-Sharjah Border Arbitration, Award of 19 October 1981, 91 ILR, pp. 673-77. Citadas en nota 55, sentencia de 2015, jurisdicción.

arbitral o judicial en el marco de la Convención. El arbitraje Chagos servía de referencia a este argumento.³²

La pretensión de que existían *relevant rights in the South China Sea, formed in the long historical course*, según China,³³ fue por tanto, un tema de estudio.

Filipinas procuraría demostrar que los derechos históricos, representados por la línea de nueve guiones de China, excedían el máximo de proyección marítima que generaban sus territorios según la Convención, aunque China fuese un Estado soberano en el área.

El Tribunal analizó su consistencia con el concepto de título histórico, aceptado por la Convención, y observó que los derechos invocados por China tenían un carácter distinto del empleado en la Convención. La distinción entre derechos históricos sobre recursos naturales y los espacios marítimos donde se encuentren, enunciada por la Corte Internacional de Justicia en *Qatar c. Bahrain* (explotación de bancos de ostras perlíferas),³⁴ y en *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* (derechos históricos de pesca),³⁵ resultaba pertinente.

El Tribunal fue de opinión que el concepto de ‘título histórico’ según el artículo 298(1)(a)(i) de la Convención se refiere a cuestiones de soberanía por circunstancias históricas sobre áreas marítimas; y que la pretensión de China de poseer derechos históricos sobre “the living and non-living resources in the waters of the South China Sea within the ‘nine-dash line’”, no implicaba que China considerase esas aguas como parte de su mar territorial o aguas interiores, diferente del mar territorial generado por las islas. (párrafo 232, sentencia de 2016, fondo).

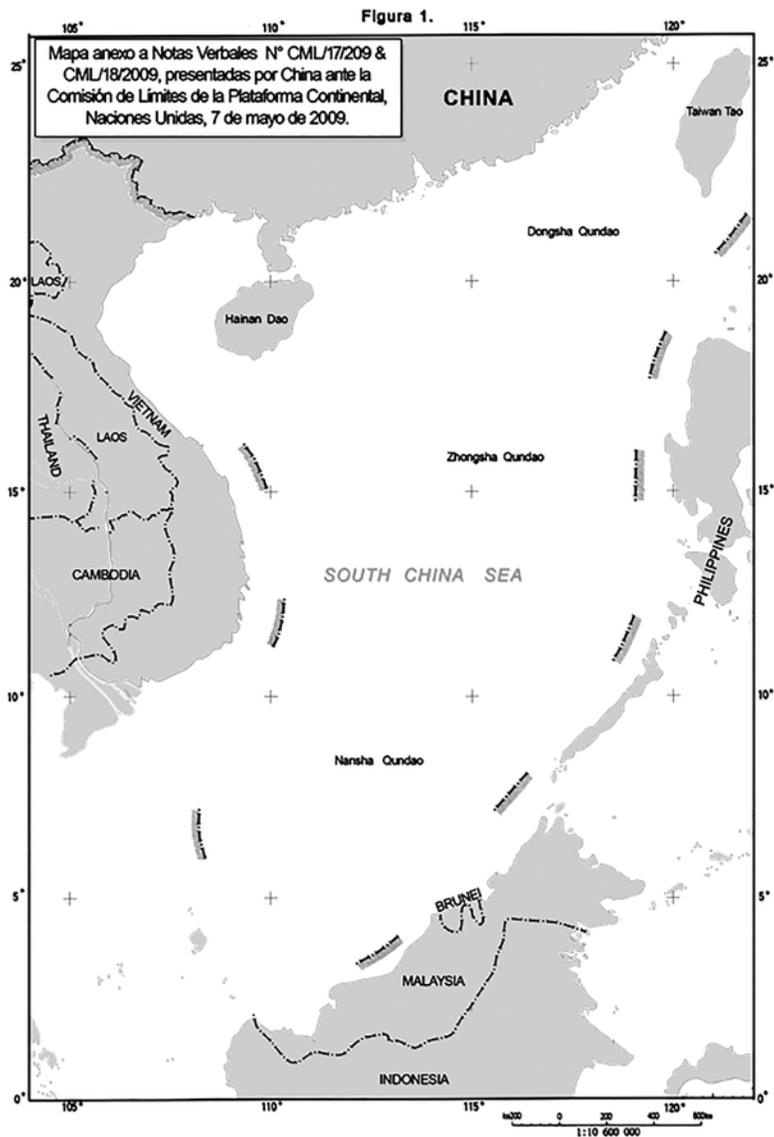
Sobre la línea de nueve guiones, ver Figura 1.

³² Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. United Kingdom), Sentencia de 18.03.2015, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1429.

³³ Statement of the Ministry of Foreign Affairs of the People’s Republic of China on the Award on Jurisdiction and Admissibility of the South China Sea Arbitration by the Arbitral Tribunal Established at the Request of the Republic of the Philippines (30.10.2015). http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1310474.shtml

³⁴ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, ICJ Reports 2001, pp. 112-113, para. 236.

³⁵ Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, ICJ Reports 1982, pp. 73-74, para. 100.



Para responder sobre la validez de estos derechos en el área formada por la línea de nueve guiones, el Tribunal consideró, además del sentido y alcance de la Convención, la conducta china durante las negociaciones de la Convención, en materia de zona económica exclusiva y plataforma continental, y su compatibilidad con la preservación de derechos “históricos” de terceros Estados.

Respecto de lo primero, el Tribunal sostuvo que la Convención no admite que se superpongan derechos (históricos) que un Estado pudiera haber tenido en las áreas que ahora forman parte de esos espacios. El artículo 311 de la Convención así lo confirma. En cuanto al segundo punto, el Tribunal estudiaría la posición de China al negociarse la zona económica exclusiva (III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar), y recordaría que la Convención no admite reservas, excepto aquéllas permitidas respecto de los mecanismos de solución de controversias conducentes a decisión obligatoria.

De este análisis resultaría, señaló el Tribunal que la alegación relativa a derechos históricos sobre los recursos vivos y no vivos, dentro de la “línea de nueve guiones” es incompatible con la Convención en la medida en que excede los límites de las zonas marítimas de China (párrafo 261, sentencia de 2016, fondo).

7. El Tribunal arbitral define sus tareas y caracteriza el fondo la controversia

Las peticiones de Filipinas se referían, concretamente, a las siguientes materias:

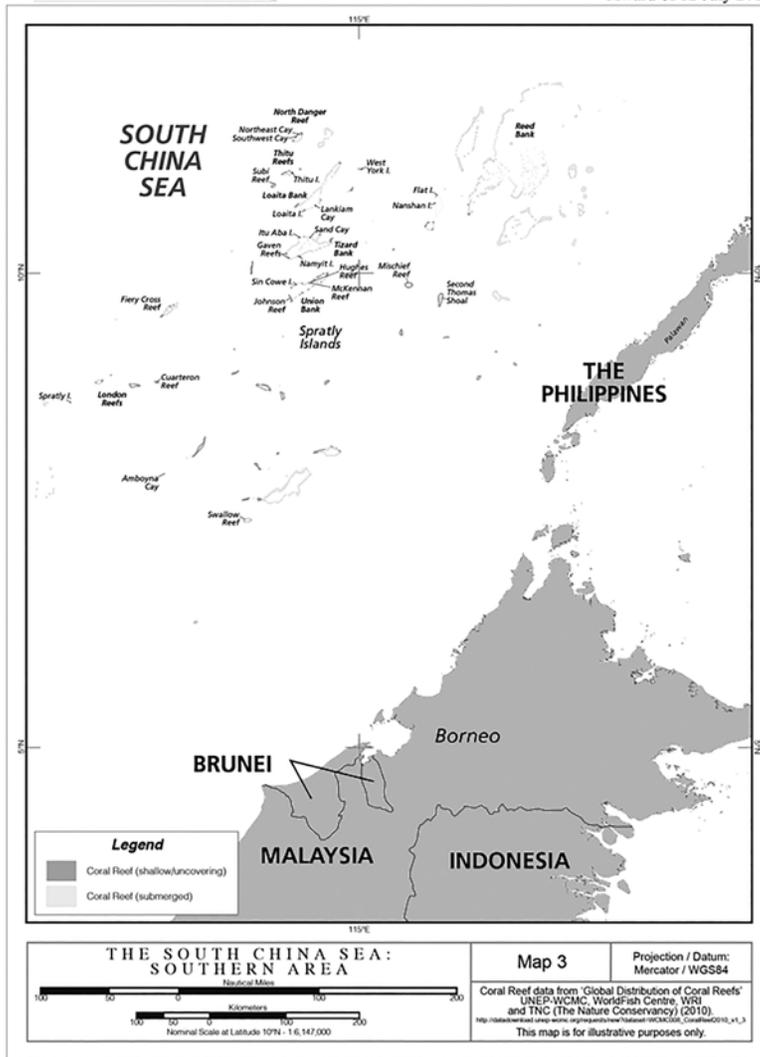
- a) El derecho de Filipinas y de China a espacios marítimos en el Mar del Sur de China, no podía extenderse más allá de lo permitido por la Convención;
- b) Las pretensiones de China de poseer derechos soberanos y jurisdicción, así como derechos históricos en las áreas marítimas del Mar del Sur de China dentro de la *nine-dash line*, eran contrarias a la Convención y carecían de efecto jurídico, en la medida en que se extendían más allá de los límites de los derechos de ese Estado, según la misma Convención;
- c) A la luz del derecho del mar, algunas de las formaciones no generaban mar territorial o zona económica exclusiva y plataforma continental, y en otros casos, se encontraban en la propia zona económica y plataforma continental filipina.

Sobre las formaciones en el área, ver Figuras 2 y 3.

Mapa ilustrativo del área
Sentencia de 12.07.2016.

Figura 2.

The South China Sea Arbitration
Award of 12 July 2016



Mapa ilustrativo del área
Sentencia de 12.07.2016.

Figura 3.

The South China Sea Arbitration
Award of 12 July 2016



Así, (a) Scarborough Shoal no generaba derechos a zona económica exclusiva o plataforma continental; (b) Mischief Reef, Second Thomas Shoal and Subi Reef eran elevaciones de baja marea que no generaban derechos a un mar territorial, zona económica exclusiva o plataforma continental; tampoco eran capaces de apropiación por ocupación o de otra forma; (c) Mischief Reef y Second Thomas Shoal formaban parte de la zona económica exclusiva y plataforma continental de Filipinas; (d) Gaven Reef y McKennan Reef (incluyendo Hughes

Reef) eran elevaciones de baja marea que no generaban un mar territorial, zona económica exclusiva o plataforma continental, pero su línea de baja marea podía ser usada para determinar las líneas de base desde la cual se medía la anchura del mar territorial de Namyit y Sin Cowe, respectivamente; y, (e) Johnson Reef, Cuarteron Reef y Fiery Cross Reef no generaban derechos a una zona económica exclusiva o plataforma continental.

- d) China estaba interfiriendo en el goce y ejercicio de los derechos soberanos de Filipinas sobre los recursos vivos y no vivos de su zona económica exclusiva y plataforma continental;
- e) China no había impedido que sus buques y nacionales explotasen recursos vivos en la zona económica exclusiva de Filipinas;
- f) China había impedido ilegalmente que los pescadores filipinos pudiesen desarrollar sus actividades tradicionales de pesca, al interferir con éstas en el Scarborough Shoal;
- g) A raíz de acciones de China en Scarborough Shoal y el Second Thomas, y las construcciones y ocupación en Mischief Reef, se estaba violando las normas ambientales de la Convención, afectando además sus normas en materia de islas artificiales, instalaciones y estructuras;
- h) Al pretender ejercer actividades con sus barcos, generando riesgos serios de colisión con buques filipinos que navegaban en la vecindad de Scarborough Shoal, China había violado la Convención
- i) Desde el comienzo del arbitraje (enero 2013), China había agravado ilegalmente y extendido la disputa mediante entre otros hechos:
 - (i) interferencia con los derechos de navegación de Filipinas en esas aguas, y en la vecindad de Second Thomas Shoal;
 - (ii) impedimento para la rotación del personal y su reabastecimiento por Filipinas, en Second Thomas Shoal; y
 - (iii) puesta en peligro de la salud y el bienestar del personal de Filipinas en Second Thomas Shoal.

Filipinas solicitaba, en resumen, que China desistiese de futuras pretensiones y de estas actividades que consideraba ilegales.

A partir de conceptos invocados en otros casos,³⁶ el Tribunal sostendría que le cabía determinar sobre una base objetiva cuál era la controversia, y distinguir entre la controversia misma y los argumentos de las partes para

³⁶ Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, ICJ Reports 1998, p. 449, para. 32; Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. United Kingdom), Award of 18 March 2015, para. 208.

fundamentar sus pretensiones. Su conclusión sería que se trataba de una disputa sobre derechos (*entitlements*), no sobre delimitación marítima (párrafos 155-157, sentencia de 2015, jurisdicción).

¿Cómo distinguir entre ambas? La premisa sobre la cual discurriría el Tribunal fue que Filipinas impugnaba los derechos marítimos reclamados por China, pero no solicitaba una delimitación marítima. Al descartar la delimitación marítima, había que responder la crítica de China en cuanto a que era Filipinas quien sostenía que ciertas áreas del Mar del Sur de China formaban parte de su zona económica exclusiva o plataforma continental.

8. La Sentencia sobre el fondo

8.1. Las "línea de nueve guiones" y la pretensión china sobre derechos históricos en las áreas marítimas del Mar del Sur de China (Peticiónes N° 1 y 2 de Filipinas). Supremacía de la Convención

El Tribunal se abocó a examinar su alcance a la luz de las nociones de títulos o bahías históricas, dado que China reiteraría su posición al respecto, después de la sentencia sobre jurisdicción y admisibilidad: "China has indisputable sovereignty over the South China Sea Islands and the adjacent waters. China's sovereignty and relevant rights in the South China Sea, formed in the long historical course, are upheld by successive Chinese governments, reaffirmed by China's domestic laws on many occasions, and protected under international law including the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)".³⁷

Estos derechos tendrían, por tanto, naturaleza independiente de la Convención, por lo que podían caer en la excepción prevista en el artículo 298(1)(a)(i) de la Convención.

A partir de la negociación de los artículos de la Convención que mencionan las nociones de bahía y título histórico, el Tribunal concluiría que "this usage was understood by the drafters of the Convention and that the reference to 'historic titles' in Article 298(1)(a)(i) of the Convention is accordingly a reference to claims of sovereignty over maritime areas derived from historical circumstances"

³⁷ Ministry of Foreign Affairs, People's Republic of China, Statement of the Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China on the Award on Jurisdiction and Admissibility of the South China Sea Arbitration by the Arbitral Tribunal Established at the Request of the Republic of the Philippines (30 October 2015) <http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1310474.shtml>

(párrafo 226, sentencia de 2016, fondo). La conclusión sería reforzada por la idea de que los derechos históricos pueden incluir la soberanía o derechos más limitados. El derecho internacional no prevé, dice el Tribunal, un único régimen de aguas históricas o bahías históricas, sino un régimen especial para cada uno de los casos reconocidos como tales. (Párr.225, sentencia de 2016, fondo).

En su análisis, el Tribunal respondería tres preguntas vinculadas a estas cuestiones:

- a) Si la Convención, y en particular las reglas sobre la zona económica exclusiva y la plataforma continental, permitían la preservación de derechos sobre los recursos vivos y no vivos establecidos antes de la entrada en vigor de la Convención y en desacuerdo con sus disposiciones;
- b) Si antes de la entrada en vigor de la Convención, China tenía derechos históricos y jurisdicción sobre recursos vivos y no vivos en dichas aguas, más allá de los límites del mar territorial;
- c) Si independientemente de lo anterior, China había establecido derechos y jurisdicción sobre dichos recursos en contradicción con la Convención, después que entrara en vigor (párrafo 234, sentencia de 2016, fondo).

Considerando el artículo 311 de la Convención, que regula su relación con otras convenciones generales o particulares, el Tribunal llegó a la conclusión de que aquella no permite la existencia continua de derechos históricos sobre los recursos vivos o no vivos en los espacios marítimos, incluyendo el área de fondos marinos y alta mar (párrafo 239, sentencia de 2016, fondo). A lo más, la Convención hace mención a Estados, cuyos nacionales han pescado —habitualmente— en la zona, o bien han hecho esfuerzos sustanciales de investigación e identificación de las poblaciones como uno de los factores pertinentes a tener en cuenta para que el Estado ribereño dé acceso al excedente de la pesca en su ZEE (art. 62 (3) de la Convención).

Esta conclusión fue fundamental para que el Tribunal sostuviese que la Convención no admite la subsistencia de un eventual derecho histórico en un área que, ahora, forma parte de la zona económica exclusiva o la plataforma continental de otro Estado. Esta posición habría sido sustentada por China en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.³⁸

³⁸ "Summary Records of Meetings of the Second Committee, 24th Meeting," UN Doc. A/CONF.62/C.2/SR.24 at para. 2 (1 August 1974), *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume II (Summary Records of Meetings of the First, Second and Third Committees, Second Session)*, p. 187. Citado por la sentencia de 12.07.2016, párr. 252, junto a otras referencias.

El Tribunal observa que una conclusión similar se infiere del régimen relativo a las reservas a la Convención, sólo permitidas en casos específicos. De admitirse que el concepto de derechos históricos fuera amplio y sin definición precisa, esa prohibición sería ineficaz, sostiene el Tribunal (párrafo 254, sentencia de 2016, fondo). El Tribunal no encuentra excepciones que se acepten en otros casos judiciales o arbitrajes.³⁹

De lo anterior fluiría —sostuvo el Tribunal— que, por el ingreso de China a la Convención y su entrada en vigor, todo derecho histórico que pudiere haber tenido sobre recursos vivos y no vivos en el área delineada por la línea de nueve guiones, quedó sin efecto. La legislación interna no constituiría tampoco base para determinar la existencia de derechos históricos⁴⁰, en caso que ella se refiriese a tales derechos.

El Tribunal examinó, además, el estudio de la Secretaría de las Naciones Unidas (1962) contenido en el *Memorandum on the Juridical Regime of Historic Waters, Including Historic Bays*,⁴¹ donde se señala que las aguas históricas requieren un ejercicio continuo del derecho reclamado y la aquiescencia de los Estados afectados.

En definitiva, el Tribunal concluyó que era la Convención la que debía definir los derechos en el Mar del Sur de China, los que no podían extenderse más allá de los límites que ella consagraba. Estimaría que la Convención no había extinguido los posibles derechos históricos de China en las áreas del Mar del Sur de China, sino que ese país había renunciado a ejercer libertades de alta mar en áreas que, ahora, corresponden a zonas marítimas de otros Estados (párrafo 271, sentencia de 2016, fondo). Esta conclusión resultaría pertinente respecto de la validez y efectos de la línea de nueve guiones, en lo relativo a supuestos derechos históricos u otros derechos soberanos o jurisdicción en el Mar del Sur de China (párrafos 277-278, sentencia de 2016, fondo).

³⁹ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States)*, Judgment, ICJ Reports 1984, pp. 341-342, para. 235; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1974, p. 23; para. 52; *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1974, pp. 191-192, para. 44; *Eritrea v. Yemen*, Award of 17 December 1999, Annex I – The Arbitration Agreement, art. 2(3), RIAA Vol. XXII, p. 335.

⁴⁰ People's Republic of China, Exclusive Economic Zone and Continental Shelf Act (26 June 1998, en www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383573.htm; también en www.un.org/depts/los/legislationandtreaties/pdf/chn_1998_eez_act.pdf)

⁴¹ DOCUMENT A/CN.4/143. Yearbook of the International Law Commission 1962, Volume II, pp. 1-26.

8.2. El estatus de las formaciones (*features*) en el Mar del Sur de China

Una lección de geografía

Frente a la posición de China, para quien las llamadas Islas Spratly (Nansha Islands) generaban —en su conjunto— espacios marítimos, mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental,⁴² Filipinas sostendría que algunas formaciones no constituían islas y que sólo eran elevaciones de baja marea. Otras formaciones sí admitían la calidad de islas, al estar, permanentemente, sobre el nivel mar (en alta marea). En su conjunto:

- Mischief Reef, Second Thomas Shoal y Subi Reef. Según Filipinas eran elevaciones de baja marea que no generaban derechos sobre espacios marítimos y tampoco eran susceptibles de apropiación por ocupación o de otra forma;
- Gaven Reef and McKennan Reef (incluyendo Hughes Reef). Según Filipinas, eran elevaciones de baja marea sin derecho a espacios marítimos, pero su línea de baja marea podía servir para determinar la línea de base desde la cual medir el mar territorial de Namyit y Sin Cowe.

El Tribunal integró el análisis de esas formaciones con el de Scarborough Shoal, Johnson Reef, Cuarteron Reef, y Fiery Cross Reef. Sobre estas últimas, Filipinas sostendría que eran formaciones de alta marea constituidas por rocas permanentemente sobre la línea de alta marea.

8.3. El derecho aplicable. La Convención

El artículo 13 de la Convención establece lo siguiente:

“Elevaciones en bajamar

1. Una elevación que emerge en bajamar es una extensión natural de tierra rodeada de agua que se encuentra sobre el nivel de ésta en la bajamar, pero queda sumergida en la pleamar. Cuando una elevación que emerge en bajamar esté total o parcialmente a una distancia del continente o de una isla que no exceda de la anchura del mar territorial, la línea de bajamar de esta elevación podrá ser utilizada como línea de base para medir la anchura del mar territorial.
2. Cuando una elevación que emerge en bajamar esté situada en su totalidad a una distancia del continente o de una isla que exceda de la anchura del mar territorial, no tendrá mar territorial propio.”

⁴² Note Verbale from the Permanent Mission of the People’s Republic of China to the Secretary-General of the United Nations, No. CML/8/2011 (14 April 2011). También, Note Verbale from the Permanent Mission of the People’s Republic of China to the Secretary-General of the United Nations, No. CML/12/2009 (13 April 2009). Citada por la sentencia de 2016, fondo, nota 285.

Esta disposición debe leerse junto al artículo 121 que se refiere a las islas:

Artículo 121

“Régimen de las islas

1. Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar.
2. Salvo lo dispuesto en el párrafo 3, el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental de una isla serán determinados de conformidad con las disposiciones de esta Convención aplicables a otras extensiones terrestres.
3. Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental.”

Ambos artículos presentan elementos comunes: debe tratarse de una “extensión natural”, por lo que una construcción o transformación no puede modificar su naturaleza, y su estatus debe ser determinado a la luz de sus elementos naturales. Conforme a ello, el Tribunal suscribiría la opinión de que las elevaciones de baja marea no son apropiables; pero, un Estado costero sí tiene soberanía sobre las elevaciones de baja marea situadas en su mar territorial, sobre el cual tiene soberanía.⁴³

La primera pregunta, por tanto, era determinar —comparando imágenes y mapas y la opinión de expertos independientes— el estatus de las distintas formaciones. La distinción resultante fue la siguiente:

- Hay formaciones cuya condición natural incluye rocas o cayos de arena que permanecen sobre el nivel del mar en alta marea y que corresponden, en consecuencia, a formaciones de alta marea: (a) Scarborough Shoal, (b) Cuarteron Reef, (c) Fiery Cross Reef, (d) Johnson Reef, (e) McKennan Reef, y (f) Gaven Reef (North).
- Existen aquéllas cuyas condiciones naturales quedan expuestas en baja marea y permanecen sumergidas en alta marea, son elevaciones de baja marea: (a) Hughes Reef, (b) Gaven Reef (South), (c) Subi Reef, (d) Mischief Reef, (e) Second Thomas Shoal.
- Hughes Reef se encuentra dentro de las 12 millas náuticas de las formaciones de alta marea de McKennan Reef; Sin Cowe Island, Gaven Reef (South) se encuentra dentro de las 12 millas náuticas de las formaciones de alta marea de Gaven Reef (North) y Namyit Island; y Subi Reef se encuentra dentro de las 12 millas náuticas de la formación de alta marea de Sandy Cay en los arrecifes al oeste de Thitu (párrafos 382-384, sentencia de 2016, fondo).

⁴³ TerritorialandMaritimeDispute(Nicaraguav.Colombia),Judgment,1CJReports2012,p.641,para.26.

Las preguntas siguientes eran:

- Si en Scarborough Shoal, Filipinas tenía derecho a una ZEE o plataforma continental;
- Si Mischief Reef y Second Thomas Shoal eran parte de la ZEE y plataforma continental de Filipinas;
- Si Johnson Reef, Cuarteron Reef y Fiery Cross Reef tenían derecho a una ZEE o plataforma continental.

En general, Filipinas sostenía que el orden jurídico impedía que las llamadas Spratly Islands generasen más de 12 millas de mar territorial, en su estado natural (párrafo 421, sentencia de 2016, fondo). Asimismo, y según ese análisis, las formaciones de Scarborough Shoal, Johnson Reef, Cuarteron Reef, y Fiery Cross, correspondían a la descripción del artículo 121(3). La analogía con Quitasueños y Serrana en el caso de Nicaragua c. Colombia parecía evidente.⁴⁴

Según el Tribunal, el artículo 121 contiene una regla general y una excepción. Así, primero define una isla y enuncia sus derechos a espacios marítimos y, posteriormente, presenta la excepción: “3. Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental”. De acuerdo con la Convención, estas formaciones son de alta marea.

El Tribunal examinó también otras formaciones de alta marea: Itu Aba (de 1,4 km de largo y 400 mts en la parte más ancha, en posesión de Taiwán),⁴⁵ Thitu y West York como configuraciones diferentes de las anteriores, Spratly Island, North-East Cay, South-West Cay, y otras formaciones colaríferas de menos de 0,14 km².

8.4. La posición de China en la materia ¿Cuál era la perspectiva correcta?

Siguiendo la idea según la cual quien goza de derechos marítimos es el Estado que posee las formaciones marítimas, y no ellas mismas,⁴⁶ para China, las Nansha Islands (Islas Spratly) son un todo, con mar territorial, zona económica

⁴⁴ Según el fallo de la CIJ en 2012. La Corte les reconoció un mar territorial de 12 millas (según el artículo 121, 3 de la Convención). Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J., Reports 2012, pp. 692-693, paras. 181-163.

⁴⁵ Ministry of Foreign Affairs of the Republic of China (Taiwan), Taiping Island is an Island, not a Rock, and the ROC Possesses Full Rights Associated with an Exclusive Economic Zone and Continental Shelf in accordance with UNCLOS, Press Release No. 023 (23 January 2016).

⁴⁶ Ministry of Foreign Affairs, People's Republic of China, Briefing on the South China Sea arbitration Initiated by the Philippines: Xu Hong, Director General of Department of Treaty and Law (19 May 2016).

exclusiva, y plataforma continental.⁴⁷ Esta posición se resumiría en la tesis que indica que, a la luz de la Convención, así como de las normas internas chinas de 1992 y 1998, las Islas Nansha (Spratly) tenían pleno derecho a esos espacios marítimos,⁴⁸ Vietnam, Indonesia, Malasia, Filipinas y Taiwán plantean posiciones diferentes a este respecto.

El Tribunal diferiría del enfoque de China al considerar que las Islas Spratly —en su conjunto— no constituían un sistema que admitiese un trazado de líneas de base archipelágicas siguiendo el contorno de las formaciones de alta marea, generando espacios marítimos a partir de dichas líneas (párrafo 573, sentencia de 2016, fondo). Las condiciones para configurar tales líneas sólo se aplican a un estado archipelágico, sostuvo el Tribunal (artículo 47 de la Convención).

Respecto de otras formaciones, como Scarborough Shoal (Huangyan Dao para China), este país lo consideraba parte de las Islas Zhongsha. Pero, por encontrarse en el área de 200 millas marinas de Filipinas, la controversia a su respecto sería más bien una disputa de soberanía y delimitación marítima. En cuanto a Itu Aba, según China, gozaba de las características de una isla según el artículo 121 (1), como lo sostenía Taiwán.

En su análisis, el Tribunal recordaría la posición que China planteó ante la presentación de Japón sobre una plataforma continental extendida en torno a Oki-no-Tori-shima, un atolón dotado de dos cabezas emergentes en alta marea. China había planteado que se trataba de una roca que sólo tenía los derechos previstos en el artículo 121 (3) de la Convención.⁴⁹ Esta posición fue también expuesta en un documento presentado a la 19ª reunión de los Estados Partes de la Convención, en 2009.⁵⁰

⁴⁷ Letter from the Ambassador of the People's Republic of China to the Netherlands to the individual members of the Tribunal (3 June 2016), enclosing Ministry of Foreign Affairs, People's Republic of China, Foreign Ministry Spokesperson Hua Chunying's Remarks on Relevant Issue about Taiping Dao (3 June 2016). < www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/xwfw_665399/s2510_665401/t1369189.shtml >

⁴⁸ Note Verbale from the People's Republic of China to the Secretary-General of the United Nations, No. CML/8/2011 (14 April 2011). Citada en Position Paper de China, 2014.

⁴⁹ Note Verbale from the People's Republic of China to the Secretary-General of the United Nations, No. CML/2/2009 (6 February 2009), <http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/jpn_09apr12.pdf>

Note Verbale from the People's Republic of China to the Secretary-General of the United Nations, No. CML/59/2011 (3 August 2011). < http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/chn_3aug11_e.pdf >

⁵⁰ Note Verbale from the People's Republic of China to the Secretary-General of the United Nations (21 May 2009), en United Nations Convention on the Law of the Sea, Meeting of States Parties, *Proposal for the Inclusion of a Supplementary Item in the Agenda of the Nineteenth Meeting of States Parties*, UN Doc. SPLOS/196, (22 May 2009). < <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/346/61/PDF/N0934661.pdf?OpenElement> >

A partir de estos puntos, el Tribunal profundizaría en la interpretación del artículo 121 de la Convención, llegando a ciertas conclusiones (párrafos 504-506, sentencia de 2016, fondo). Así, la calidad de formación natural es importante, incluso para las elevaciones de baja marea, según el artículo 13 de la Convención. También es relevante si la formación sólo pudiese sostener habitación humana adicionando medios artificiales. En cambio, el hecho de que esté compuesta de coral, no es relevante.⁵¹

El Tribunal se adentra en el contexto en el cual el artículo 121 (3) fue concebido, trayendo a su interpretación otros elementos de la Convención, especialmente relacionados con la aceptación de la zona económica exclusiva. Sostendría el Tribunal que, dicha zona, constituyó un cambio sustantivo en la configuración de los espacios marítimos extendidos, y que las condiciones para no atribuir a una formación de alta marea amplios espacios marítimos, fueron introducidas para evitar que se superpusieran con el régimen de la Zona, y evitar una distribución inequitativa de espacios marítimos..

8.5. La conclusión del Tribunal

Ella abarca diversos puntos:

- El uso del término “roca” no se aplica sólo a formaciones de roca sólida.
- El estatus de una formación debe determinarse sobre la base de su capacidad natural, sin adiciones externas o modificaciones tendientes a incrementar su tamaño o capacidad.
- En cuanto a la habitación humana, el factor crítico es el carácter no transitorio de la habitación.
- El término de “vida económica propia” se vincula al requerimiento de habitación humana, no su valor económico, sino la capacidad de sostener vida económica.
- Sostener habitación humana o vida económica propia son cualidades disyuntivas.
- Estas cualidades son una capacidad (potencial), aunque no se realicen en la actualidad, y deben ser determinadas caso a caso;
- La prueba más confiable de la capacidad de una formación será, generalmente, el uso histórico que se haya realizado en ella.

Los *tests* (características físicas, evidencia de habitación humana o vida económica, su transitoriedad o permanencia) aplicados por el Tribunal a las

⁵¹ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *Merits Judgment*, ICJ Reports 2012, p. 645, para. 37.

llamadas Islas Spratly, llevarían a determinar que no se había satisfecho en la especie, un estándar suficiente para reconocerles plenos espacios marítimos (párrafo 618, sentencia de 2016, fondo).

Por otra parte, al haber diferido para la etapa de fondo la determinación de su jurisdicción respecto del estatus de algunas formaciones, una vez estudiada su condición o estatus, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

- Respecto de Scarborough Shoal, Johnson Reef, Cuarteron Reef, y Fiery Cross Reef, ellas eran formaciones de alta marea en la categoría descrita en el artículo 121(3) de la Convención. Igual era el caso de Gaven Reef (North) y McKennan Reef. A su vez, Mischief Reef y Second Thomas Shoal, por tratarse de elevaciones de baja marea, no generaban los efectos previstos en ese artículo, en ningún supuesto. Estas formaciones que no generaban espacios marítimos, situadas en las 200 millas de Filipinas (de la isla de Palawan), no se encontraban tampoco en un área donde hubiera derechos superpuestos con alguna formación reclamada por China.
- El Tribunal concluiría que ni Itu Aba o las formaciones de las llamadas Islas Spratly poseían calidad para que se aplicase el artículo 121 (1) de la Convención, y que no existía ninguna formación de alta marea dentro de las 12 millas náuticas de Mischief Reef o Second Thomas Shoal.

8.6. Las actividades de China que, supuestamente, interferían con los derechos de Filipinas en la zona económica exclusiva y plataforma continental (Petición N° 8)

En el proceso, Filipinas alegaría que China había interferido, ilegalmente, con el goce y ejercicio de sus derechos soberanos respecto de los recursos vivos y no vivos de su zona económica exclusiva y plataforma continental. Los episodios invocados se referían, esencialmente, a interferencias con actividades de exploración de hidrocarburos (área de Reed Bank) y de pesca.

Descartado el argumento de que la situación ameritase la aplicación de los artículos 15, 74, o 83 de la Convención relativos a la delimitación marítima, o que constituyese una causal de excepción a la jurisdicción del Tribunal para delimitar espacios superpuestos, conforme al artículo 298(1)(a)(i) de la Convención, el Tribunal se adentró a ver cuáles eran los sitios o zonas donde se realizaban las actividades objetadas por China, y si correspondían a la zona económica exclusiva o la plataforma continental de Filipinas (párrafos 698-700, sentencia de 2016, fondo).

El Tribunal distinguió entre los tipos de reclamos y consideró que sí constituían una violación de la Convención las acciones de dos buques de vigilancia chinos (2011), en relación con las operaciones de exploración del buque M/V Veritas Voyager. En esa ocasión, China habría actuado, directamente, para inducir al M/V Veritas Voyager a cesar sus operaciones y retirarse de un área situada en la plataforma continental de Filipinas.

Respecto de los recursos vivos, los reclamos filipinos se referían a diversos hechos. El primero, sobre una moratoria dictada en 2012 por China, aplicable a la mayor parte del Mar del Sur de China y a las áreas al norte de la latitud 12, incluyendo Scarborough Shoal. Aquí, el Tribunal admitiría una violación de las normas aplicables a los derechos soberanos de Filipinas, según el artículo 56 de la Convención (párrafo 716, sentencia de 2016, fondo). Después, Filipinas objetaba que China había impedido —mediante buques de guerra— que naves filipinas pescasen en Mischief Reef y en Second Thomas Shoal. Ante la falta de pruebas concretas, el Tribunal no consideró demostrado que los pescadores filipinos no hubieran podido pescar en dichas áreas. Por otra parte, el Tribunal no observaría que las Reglas de Hainan (promulgadas por China para el control de la seguridad del borde costero), constituyesen una infracción a los derechos de Filipinas, ya que sólo se aplicarían hasta las 12 millas náuticas (párrafo 713, sentencia de 2016, fondo).

En materia de recursos no vivos, la conclusión del Tribunal fue que la operación de vigilancia marítima emprendida por China, respecto del M/V Veritas Voyager (autorizado por Filipinas) del 1 al 2 de marzo de 2011, había violado el artículo 77 de la Convención, en cuanto a los derechos soberanos de Filipinas sobre ellos.

Respecto de la supuesta falta de prevención de que nacionales chinos explotasen los recursos vivos de Filipinas (ZEE), este país denunció ante el Tribunal la presencia de navíos de guerra chinos acompañando buques pesqueros de ese pabellón, en 2013. Desde 1995, China habría comenzado a ocupar Mischief Reef (126 millas de la costa filipina) y a permitir que sus pesqueros capturasen en la zona, impidiendo que lo hicieran buques filipinos. Según Filipinas, debían aplicarse las reglas relativas al estado del pabellón enunciadas por el TIDM, en su opinión consultiva sobre Pesquerías (2015), en cuanto a que corresponde a ese Estado asegurar que sus nacionales y buques cumplan con las condiciones y regulaciones impuestas por el Estado costero, cuando pesquen dentro de la zona económica exclusiva de otro Estado y asegurar

que no se dediquen a actividades pesqueras ilegales, no informadas y no reguladas (IUU).⁵²

La conclusión del Tribunal fue que, asumiendo que poseía jurisdicción para conocer esta petición, así como considerar que Mischief Reef y Second Thomas Shoal eran elevaciones de baja marea, y que las formaciones de alta marea, en las Islas Spratly, no generaban zona económica exclusiva, debía aplicarse lo establecido en el artículo 58 (3) de la Convención, en cuanto a que todo Estado está sujeto a la obligación de tener “debidamente en cuenta los derechos y deberes del Estado ribereño” y cumplir sus leyes y reglamentos.

La sentencia arbitral dictada en el asunto Chagos, analizada por este Tribunal, entregaría luces para aclarar el concepto de “debidamente en cuenta”. En Chagos se dijo que éste alude a “the nature of the rights held by [the second State], their importance, the extent of the anticipated impairment, the nature and importance of the activities contemplated by the [first State], and the availability of alternative approaches”.⁵³ Se trataría de una obligación de comportamiento, ya que el Estado del pabellón debe asegurar que los buques que lo enarboleden no se involucren en pesca IUU. En suma, una obligación de debida diligencia.⁵⁴

Para establecer la falta de debida diligencia, el Tribunal observaría la relación entre China y los buques pesqueros que habían sido escoltados por buques de su pabellón, lo que significaba estar en conocimiento de los hechos, haciendo aplicable el artículo 58 (3) de la Convención (párrafo 753, sentencia de 2016, fondo).

Filipinas sostuvo, asimismo, que China había impedido a los pescadores filipinos continuar su modo de vida, con interferencias a sus actividades de pesca tradicional en Scarborough Shoal, pesca que según el Tribunal, también ejercían pescadores de Vietnam, Filipinas, Taiwán y China, dentro de las 12 millas de esa formación. El Tribunal también consideró que se trataba de una controversia independiente de la cuestión de soberanía.

Ese comportamiento se traduciría en violaciones —según Filipinas— a los artículos 2 (3) (relacionados con el 51(1), 62 (3)), 279 y 300 de la Convención. El punto de partida era el 2(3), el cual prevé que “3. La soberanía sobre el mar

⁵² Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission, Advisory Opinion, 2 April 2015, ITLOS Reports 2015.

⁵³ Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom), Award of 18 March 2015, para. 519.

⁵⁴ Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion of 2 April 2015, ITLOS Reports 2015, para. 129.

territorial se ejerce con arreglo a esta Convención y otras normas de derecho internacional.”, disposición sustantiva y no simplemente exhortatoria. Para Filipinas, los artículos 51 (1) y 62 (3) de la Convención, estaban también en juego, porque ellos recogen el elemento de pesca tradicional en la determinación del acceso por terceros al excedente pesquero en las aguas archipelágicas y la ZEE.

La argumentación filipina destacaba que desde 2012, China había impedido el acceso de pescadores filipinos a esa área, desconociendo la pesca tradicional allí desarrollada, de acuerdo con documentos y testimonios. Filipinas acentuaría la distinción entre derechos históricos, reclamados por China, los derechos históricos de pesca ejercida por sus pescadores, diferentes de la posesión de derechos soberanos de pesca. Esos derechos históricos de pesca se limitarían al mar territorial y no se asimilarían a la reclamación sobre derechos por China en el Mar del Sur de China.

La existencia de derechos de pesca tradicional en el mar territorial de un Estado costero, constituía otro argumento que requeriría que el Tribunal afirmara si poseía jurisdicción, dado que podía implicar cuestiones de soberanía. El Tribunal pasó revista a casos donde se hubiera planteado el tema de la pesca tradicional, como en el arbitraje *Eritrea c. Yemen*,⁵⁵ en el cual se enunciaron características propias de la pesca artesanal y un modo de vida con ese fin. No se trataría de derechos históricos de los Estados, se dijo, sino que de derechos de personas, derechos privados.⁵⁶ Ese arbitraje permitía, en todo caso, que el tribunal aplicase la Convención y otros factores, ampliando el espectro de consideraciones a tener en cuenta en la materia.

El Tribunal también recordaría algunas consideraciones del arbitraje *Abyei* sobre derechos tradicionales,⁵⁷ y el arbitraje sobre caza de focas peleteras en el Mar de Bering,⁵⁸ para precisar la naturaleza de las actividades filipinas.

En suma, el Tribunal examinaría las hipótesis en que la Convención admite derechos tradicionales de pesca, para limitarlos a casos específicos; reafirmaría así, que la naturaleza de la zona económica exclusiva reflejada en la Convención implica que no se permite el argumento de que sobreviven derechos históricos de terceros en esa área. Es una diferencia sustantiva, por tanto, con la pesca

⁵⁵ *Eritrea v. Yemen*, Award of 17 December 1999, RIAA Vol. XXII, pp. 359-360, paras. 105- 106.

⁵⁶ *Ibidem*, para. 101.

⁵⁷ *Abyei Arbitration (Government of Sudan v. Sudan People's Liberation Movement/ Army)*, Final Award of 22 June 2009, RIAA, Vol. XXX, p. 412, para. 766.

⁵⁸ *Award between the United States and the United Kingdom relating to the Rights of Jurisdiction of United States in the Bering's Sea and the Preservation of Fur Seals (United Kingdom v. United States)*, Award of 15 August 1893, RIAA, Vol. XXVIII, p. 271.

amparada por la costumbre, de tipo artesanal y de largo uso que podría existir, de parte de pescadores filipinos, chinos y de otras comunidades en torno a Scarborough Shoal, sobre cuyos métodos el Tribunal señalaría no tener suficientes antecedentes (párrafo 806, sentencia de 2016, fondo).

Sin prejuzgar sobre la soberanía de un país u otro sobre Scarborough Shoal, el Tribunal llegaría a la conclusión de que, mediante la operación de buques oficiales a partir de mayo de 2012, China impidió, ilegalmente, el acceso de pescadores filipinos que ejercían pesca tradicional a esas aguas (párrafo 814, sentencia de 2016, fondo).

8.7. Protección y Preservación del Medio Ambiente Marino (Peticiónes 11 y 12 (B) de Filipinas)

Según Filipinas, China había violado las obligaciones emanadas de la Convención de proteger y preservar el medio ambiente marino en Scarborough Shoal, Second Thomas Shoal, Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef, Gaven Reef, Johnson Reef, Hughes Reef y Subi Reef. Vale decir, habría estado involucrada en actividades de pesca y de construcción destinadas a modificar a gran escala las características naturales de algunas islas (Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef, Gaven Reef (North), Johnson Reef, Hughes Reef, Subi Reef, y Mischief Reef), a lo cual se agregaba la ocupación y actividades de construcción sobre Mischief Reef.

Para Filipinas, China estaría infringiendo las obligaciones de:

- a) proteger y preservar los ecosistemas marinos;
- b) asegurar el uso sostenible de los recursos biológicos;
- c) proteger y preservar las especies en peligro;
- d) aplicar el enfoque precautorio en todos esos aspectos; y
- e) consultar y cooperar con los Estados costeros relevantes.

Como parte de estas obligaciones, Filipinas sostenía que China debió haber realizado una evaluación de impacto ambiental.

Tomando como base los artículos 192 y 194 de la Convención, el Tribunal recordaría el deber de debida diligencia que incumbe a los Estados,⁵⁹ y el deber de los Estados de prevenir, o al menos mitigar, el daño significativo al medio ambiente cuando realizan actividades de construcción a gran escala. Conforme

⁵⁹ Responsibilities and Obligations of States with respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, p. 50, para. 145; Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion of 2 April 2015, ITLOS Reports 2015, pp. 34-39, paras. 118-136. También, Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p. 295, para. 70; y Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, ICJ Reports 2010, p. 79, para. 197.

al artículo 206 de la Convención, cuando las actividades que se planifiquen puedan tener efectos dañinos potenciales, deben comunicarse los resultados de sus evaluaciones. El Tribunal se interesaría también sobre las especies en peligro de extinción.

El Tribunal señalaría que la conservación de los recursos vivos marinos es un elemento en la protección y preservación del medio ambiente, y que la protección y preservación del medio marino como obligación general —según el artículo 192 de la Convención— incluye una obligación de debida diligencia, en cuanto a prevenir la captura de especies reconocidas —internacionalmente— como en peligro de extinción, que requieren protección internacional. (párrafo 956, de la sentencia 2016, fondo). Esta idea fue recogida en la decisión sobre Medidas Provisionales en el caso *Southern Bluefin Tuna*.⁶⁰

En concreto, China habría violado sus obligaciones según el artículo 192 de la Convención —diría el Tribunal— en cuanto a proteger y preservar el medio ambiente marino, al emplear cianuro y dinamita, además de efectuar actividades de dragado contaminando el medio marino y afectando ecosistemas raros o frágiles.

Sobre las construcciones y la obligación de cooperar en mares cerrados o semi cerrados (artículo 123 de la Convención), el Tribunal recordaría la obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental, respecto de actividades proyectadas bajo la jurisdicción o control de Estado, cuando ellas pueden causar una contaminación considerable del medio marino o cambios importantes y perjudiciales (artículo 206 de la Convención). Para ello, la decisión de la CIJ en el caso *Construction of a Road* (Nicaragua v. Costa Rica), también resultaría de interés.⁶¹

La conclusión del Tribunal es significativa, y atribuye a China tolerancia y falta de prevención sobre las actividades de buques de su pabellón, en cuanto a la explotación de especies en peligro en la zona.

En este cuadro, también se examinaría la ocupación y construcción sobre Mischief Reef, que según Filipinas violaba las disposiciones de la Convención sobre islas artificiales, instalaciones y estructuras, y eran intentos de apropiación ilícitos. Sin acoger la tesis de que se trataba de una cuestión de soberanía, el

⁶⁰ *Southern Bluefin Tuna* (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p. 295, para. 70.

⁶¹ *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v. Nicaragua), *Construction of a Road in Costa Rica Along the San Juan River* (Nicaragua v. Costa Rica), Merits Judgment, ICJ Reports 2015, para. 154.

Tribunal procedió a referirse a la legalidad de esas actividades y sus efectos sobre el medio ambiente marino.

El Tribunal remarcaría la argumentación china en el sentido de que sus instalaciones y construcciones tenían, exclusivamente, propósitos civiles, y que ella no perseguía la militarización de las islas Spratly⁶². Dada la reserva china sobre actividades militares en el marco del artículo 298 (1) (b), de la Convención, el Tribunal debía interrogarse si acaso las actividades correspondían a aquéllas definidas como militares. El Tribunal destacaría que China había remarcado los fines pacíficos y civiles de las obras.⁶³ También tomaría nota de la declaración pública del Presidente Xi Jinping de China en cuanto a que las construcciones en las Islas Spratly (Nansha para China) no impactaban a país alguno y no tenían propósito militar.⁶⁴

Por otra parte, afirmando el Tribunal que Mischief Reef era una elevación de baja marea dentro de la zona de 200 millas de Filipinas, cabía la reflexión sobre la aplicación de las normas relativas a islas artificiales, instalaciones y estructuras, recogidas en los artículos 60 y 80 de la Convención, para la zona económica exclusiva y la plataforma continental respectivamente. Según el Tribunal, esa formación de baja marea no constituía territorio apropiable en sentido jurídico, y se distinguía del territorio propiamente tal.

La conclusión podría también admitir una distinción en cuanto a cuál es el estado que construye sobre dicha elevación, si es el ribereño o un tercero, distinción que nos parece pertinente.

⁶² Ministry of Foreign Affairs, People's Republic of China, Wang Yi on the South China Sea Issue at the ASEAN Regional Forum (6 August 2015) ; Ministry of Foreign Affairs, People's Republic of China, Foreign Ministry Spokesperson Lu Kang's Remarks on Issues Relating to China's Construction Activities on the Nansha Islands and Reefs (16 June 2015). <www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/xwfw_665399/s2510_665401/t1273370.shtml>; Ministry of Foreign Affairs, People's Republic of China, Foreign Ministry Spokesperson Hua Chunying's Regular Press Conference (9 April 2015). <http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/xwfw_665399/s2510_665401/t1253488.shtml>

⁶³ Ministry of Foreign Affairs, People's Republic of China, Foreign Ministry Spokesperson Hua Chunying's Regular Press Conference (9 April 2015), <http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/xwfw_665399/s2510_665401/t1253488.shtml>; también Ministry of Foreign Affairs, People's Republic of China, Foreign Ministry Spokesperson Lu Kang's Remarks on Issues Relating to China's Construction Activities on the Nansha Islands and Reefs (16 June 2015), <http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/xwfw_665399/s2510_665401/t1273370.shtml>; y Permanent Mission of the People's Republic of China to the United Nations, Statement by H.E. Ambassador Wang Min, Head of the Chinese Delegation at the 25th Meeting of States Parties to the UN Convention on the Law of the Sea (12 June 2015). <<http://www.china-un.org/eng/chinaandun/legallaffairs/hyf/t1272860.htm>>

⁶⁴ "China not to pursue militarization of Nansha Islands in South China Sea: Xi, Xinhua (25 September 2015), <news.xinhuanet.com/english/2015-09/26/c_134660930.htm>.

8.8. Otras Supuestas Ilegalidades

Respecto de las actividades de ejecución de la ley por buques chinos en la vecindad de Scarborough Shoal (mar territorial), y su relación con los artículos 21, 24, y 94 de la Convención, el Tribunal examinó un enfrentamiento de buques de la guardia costera de Filipinas con buques chinos operados bajo el comando y control del gobierno chino. Filipinas había acusado una supuesta violación por China, a los artículos 94 y 21 de la Convención, así como al Convenio sobre el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes, (COLREGS), de 1972. Las obligaciones emanadas de este instrumento, a la luz del Artículo 94 de la Convención relativo a los deberes del Estado del pabellón, junto al artículo 21 (4) sobre la obligación de prevenir abordajes, fueron calificadas de vinculantes por el Tribunal, reafirmando la jurisdicción y el control del Estado del pabellón.

El Tribunal concluiría que China había violado, repetidamente, sus obligaciones respecto de la prevención de abordajes en relación con los buques filipinos, y que tales infracciones revelaban que había existido conciencia de lo exigido por las reglas (párrafo 1105, sentencia de 2016, fondo).

Finalmente, respecto del agravamiento y la prolongación de la controversia, el Tribunal se haría la pregunta acerca de si las actividades de China constituían un ejercicio de funciones ejecutivas (*law-enforcement*) o militares; la distinción tendría efecto en la jurisdicción del Tribunal. De corresponder a la segunda categoría, se aplicaría lo previsto en la reserva de China bajo el artículo 298(1) (b) de la Convención. Filipinas subrayaría, además, que China —que a su juicio no detentaba la calidad de Estado ribereño— estaba abusando de su derecho y actuando contra la buena fe, principio recogido en el artículo 300 de la Convención. Ello podía dar un fundamento adicional para que el Tribunal asumiera su competencia respecto de los episodios ocurridos durante el proceso.

Filipinas sostendría, también, que la conducta china atentaba contra lo previsto en el artículo 279 de la Convención, para que esta controversia se resolviese, pacíficamente, de acuerdo con el artículo 2 (3) de la Carta de las Naciones Unidas, y el derecho a que no se agravase o extendiese la controversia. China no negaría sus actividades de expansión de la costa ganando terreno al mar, pero afirmararía que las construcciones carecían de todo carácter militar, reiterando su adhesión a la solución pacífica de controversias, y la buena fe como principio rector.⁶⁵

⁶⁵ Position Paper, paras. 52-53.

El agravamiento de la controversia que alegaba Filipinas suscitaba otra interrogante jurídica, cual era. si debía considerársele como una controversia independiente de la principal, y con base jurídica en el artículo 300 de la Convención. El Tribunal desestimó que se tratara de actividades militares y recordó lo señalado por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en cuanto al deber de las partes de “abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given and, in general, not allow any step of any kind to be taken which might aggravate or extend the dispute”.⁶⁶

Después de analizar las actividades de construcción por China en 7 formaciones, siendo el caso de Mieschief Reef (elevación de baja marea) la de mayor envergadura y de carácter irreversible, la sentencia estimó que había habido un agravamiento de la controversia (párrafo 1176, de la sentencia de 2016, fondo). A juicio del Tribunal, China había extendido, junto con ello, la controversia en el curso del proceso, a partir de las actividades antes descritas (párrafo 1181, de la sentencia de 2016, fondo).

9. Conclusiones

Este arbitraje constituye el caso más complejo, en lo jurídico, geográfico y político, de aquellos donde se ha invocado la Convención para resolver una controversia. El arbitraje se ha llevado adelante respetando las posiciones de los Estados involucrados, pero en ausencia de uno de ellos. China ha expuesto que no reconoce la validez de esta decisión⁶⁷, y queda por ver si la parte demandante mantendrá la convicción y capacidad para generar una dinámica favorable a la aplicación de esta sentencia, especialmente en lo relativo a las transformaciones en curso en la fisonomía de las *features* del Mar del Sur de China.

El Tribunal, el cual mantendría su análisis dentro de la lógica de la Convención —dado que era el fundamento a su competencia— ha examinado en detalle lo relativo a derechos, obligaciones y libertades, concebidos como un régimen integral por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

⁶⁶ Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Belgium v. Bulgaria), Interim Measures of Protection, Order of 5 December 1939, PCIJ Series A/B, No. 79, p. 199.

⁶⁷ Statement of the Ministry of Foreign Affairs of the People’s Republic of China on the Award of 12 July 2016 of the Arbitral Tribunal in the South China Sea Arbitration Established at the Request of the Republic of the Philippines, 12 July 2016. <http://www.fmprc.gov.cn/nanhai/eng/snhwtlcwj_1/t1379492.htm>

La Convención no permite resolver cuestiones relativas a la soberanía, pero sí se refiere a las consecuencias marítimas de una posesión costera y por ende, resulta aplicable para determinar qué es una isla y los espacios marítimos que puede proyectar.

Respecto de los elementos de contexto y las circunstancias prevalecientes en esta controversia, el Tribunal pareció tomar conciencia de que al calificar los derechos y obligaciones de las partes, debía facilitar una evolución del cuadro general, de manera que se restablecieran las relaciones de acuerdo con las obligaciones generales de buena fe que los gobiernos involucrados reconocían.

Sin discrepar respecto de las obligaciones generales descritas en la materia, ¿es esta sentencia capaz de generar un nuevo escenario en el Mar del Sur de China? Al no calificar de actividades militares las realizadas por China, si bien permitió afirmar la jurisdicción del Tribunal, abrió también una óptica para redimensionar ciertas actividades. El tema es ciertamente, de interés regional, y podrían encontrarse en ese ámbito acuerdos prácticos en torno a códigos de conducta que las partes respeten.

La pregunta acerca de ¿qué ha resuelto este arbitraje?, tiene una respuesta formal y otra de fondo, según como se considere el papel del derecho del mar y del orden jurídico reflejado en la Convención.

Por otra parte, la sentencia no será revertida y mantendrá su valor; dependerá en consecuencia de las partes darle efectividad a estos razonamientos mediante acuerdos específicos y modalidades, que acerquen posiciones sobre qué significa proteger el medio ambiente y cuáles son los derechos que el derecho del mar consagra y garantiza, entre otros, en las zonas de soberanía y jurisdicción nacional. Éste es un tema fundamental desde el punto de vista de la zona económica exclusiva según el derecho del mar.

Las discusiones persistirán en cuanto a algunas afirmaciones categóricas del Tribunal, en torno al artículo 121 de la Convención sobre islas y la proyección marítima que despliegan. Igualmente se mantendrán en lo relativo a la determinación de líneas de base y la configuración de un archipiélago. A este respecto, cabe la pregunta acerca de la medida en que constituirá un precedente lo aquí señalado⁶⁸, considerando la práctica general de los Estados en otras regiones, y la tendencia que muestran las presentaciones sobre plataformas continentales de islas. La sentencia ha comenzado a ser ampliamente estudiada,

⁶⁸ D. R. Rothwell, "The Arbitration between the People's Republic of China and the Philippines over the Dispute in the South China Sea", ANU College of Law Research Paper No. 14-48. <http://ssrn.com/AuthorID=231796>
<http://ssrn.com/abstract=2557871>

y no puede sostenerse que con ella, el derecho del mar cesará de preguntarse sobre la proyección marítima de formaciones de alta marea, su papel en las líneas de base, y el rol en la delimitación de espacios marítimos.

Por otra parte, la sentencia elabora, extensamente, argumentos acerca de por qué no se trataba de una controversia sobre la soberanía, y aporta ideas que serán importantes en futuras interpretaciones del artículo 298 de la Convención, el cual regula las excepciones a la competencia del Tribunal. La reserva de China, en 2006, a la jurisdicción obligatoria de los mecanismos arbitrales y judiciales según ese artículo de la Convención, apuntaba en ese sentido, y las sentencias sobre jurisdicción y el fondo han reenviado a las partes la responsabilidad de hacerse cargo de esa materia.

El área continuará siendo objeto de controversias, y en la zona vecina las cuestiones atinentes a la delineación de las plataformas continentales extendidas, sometidas a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de Naciones Unidas, ya planteadas, aportan más elementos al panorama marítimo de la región.

La política comercial del Reino Unido post-Brexit: el comienzo de un viaje complejo

(traducción de Carlos Castro Aguilar)

Holger Hestermeyer y Federico Ortino

Resumen

El comercio ha tenido un impresionante retorno al foco principal desde que se anunciaron los resultados del referéndum sobre el Brexit. Si bien es demasiado pronto para hablar de fracaso o éxito de la política comercial del Reino Unido, creemos que el debate actual muestra una falta de comprensión de la legislación y políticas del comercio internacional moderno. Esto a su vez conduce a una falta de reconocimiento de las tareas por delante para el Reino Unido. El objetivo limitado de este breve artículo es señalar el alcance de algunos de los retos clave y las complejidades que el Reino Unido enfrentará en el camino hacia una política comercial post-Brexit. Consideramos que un reconocimiento adecuado de estas complejidades es vital para una formulación transparente, justa e inclusiva de las políticas comerciales del Reino Unido, que determinará no sólo el destino económico del mismo, sino también las leyes y muchas de sus políticas nacionales durante las décadas venideras.

Introducción

El comercio ha tenido un impresionante retorno al foco principal desde que se anunciaron los resultados del referéndum sobre el Brexit. Casi no pasa un día sin noticias de primera plana sobre cómo el Reino Unido está teniendo éxito o fracasando en política comercial. Mientras que algunos informes confían en que el Reino Unido concretará, rápidamente, numerosos acuerdos comerciales, lo que lo pondrá en una posición comercial más ventajosa que

otros Estados miembros de la Unión Europea (UE),¹ otros indican que el Reino Unido difícilmente llegará a algún acuerdo comercial en un plazo de tiempo razonable, y recomiendan centrarse en llegar a un acuerdo favorable con la UE.² La incertidumbre se ve agravada por la percepción de que los objetivos del gobierno para las próximas negociaciones con la UE son algo opacas. Las “líneas rojas” parecen dominar el panorama en este aspecto: el Reino Unido quiere un control total sobre la inmigración y la legislación, y no se someterá al control del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ni al aporte al presupuesto de la UE.³ Por el contrario, la retórica del gobierno con respecto a los tratados de libre comercio es del todo positiva, declarando que el Reino Unido tiene como objetivo “convertirse en un líder mundial en el libre comercio”⁴ liderando la carga por “un sistema justo y basado en reglas para el comercio mundial e inversión”.⁵

Si bien es demasiado pronto para hablar de fracaso o éxito de la política comercial del Reino Unido,⁶ consideramos que el debate actual muestra una falta de comprensión del derecho mercantil internacional y la política moderna. Esto a su vez conduce a una falta de consideración de las tareas venideras para el Reino Unido. Un artículo corto difícilmente puede pretender establecer una lista detallada de tales tareas, y mucho menos proporcionar soluciones para muchos de los temas relacionados. Esta no es nuestra meta. Nos limitamos a señalar el alcance de algunos de los desafíos clave y las complejidades a las que el Reino Unido se enfrentará en el camino hacia una política comercial post-Brexit. Consideramos que una apreciación adecuada de estas complejidades

¹ Véase, por ejemplo, <http://www.telegraph.co.uk/business/2016/09/18/uk-can-strike-quick-deal--EE.UU.-dice-ex-ministro-de-comercio-FRA/> ; <https://www.thesun.co.uk/news/1460237/david-davis-tells-brussels-where-to-go-as-uk-starts-trade-negotiations-with-non-eu-countries/> ; <http://www.express.co.uk/news/politics/690191/Britain-ten-Brexit-trade-deals-lined-up-economic-powerhouses>.

² Muchos informes en el Financial Times y The Guardian apuntan a las dificultades que se avecina.

³ <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-10-05/u-k-has-four-red-lines-in-eu-brexit-talks-davis-aide-says>.

⁴ Discurso sobre libertad comercial de Liam Fox del 29 de septiembre de 2016 <https://www.gov.uk/government/speeches/liam-foxs-free-trade-speech>.

⁵ Liam Fox hablando en el lanzamiento del Informe sobre el Comercio Mundial 2016 el 27 de septiembre de 2016 <https://www.gov.uk/government/speeches/launch-of-the-world-trade-report-2016-inclusive-trade-and-smes>.

⁶ El Reino Unido, supuestamente, ni siquiera ha tomado la decisión de salir de la UE de acuerdo con sus normas constitucionales. Ver Hestermeyer, *Brexit How Brexit Will Happen: A Brief Primer on European Union Law and Constitutional Law Questions Raised by Brexit*, 33 *Journal of Int'l Arbitration* 429 (2016).

es vital para una formulación transparente, justa e inclusiva de las políticas comerciales del Reino Unido, que determinará no sólo el destino económico del Reino Unido, sino también las leyes del Reino Unido y muchas de sus políticas nacionales durante décadas.

1. Derecho comercial internacional moderno

El primer paso en este viaje es definir el alcance de la empresa: qué es lo que abarca “derecho mercantil internacional”. Hasta la década de 1960, el alcance de los acuerdos comerciales era relativamente limitado.⁷ El primer acuerdo multilateral de comercio importante, el Acuerdo General 1947 sobre Aranceles y Comercio (AGAC), abarca solamente el comercio de bienes.

Uno de sus objetivos era canalizar las barreras comerciales en aranceles y negociar estos aranceles en sucesivas rondas de negociación comercial. Los compromisos arancelarios de las Partes Contratantes de la Organización Mundial del Comercio (OMC) difieren de un país a otro y figuran en los llamados “calendarios”. Además de las obligaciones correspondientes a estos calendarios, el AGAC contiene obligaciones de no discriminación entre productos importados y nacionales (artículo III) y entre productos importados de diferentes Partes Contratantes del AGAC (artículo I); contiene también prohibición de restricciones cuantitativas (artículo XI); la libertad de tránsito (artículo V); las normas sobre el dumping y las subvenciones (artículos VI, XVI); las excepciones a las obligaciones (artículos XX, XXI); un mecanismo de solución de controversias (artículos XXII, XXIII); e información sobre la firma de otros tratados de libre comercio (artículo XXIV). Según el régimen del AGAC, los aranceles se redujeron considerablemente.⁸ Sin embargo, como las barreras arancelarias fueron desmanteladas, otros impedimentos para el comercio comenzaron a ser abordados en las negociaciones comerciales también. Algunas de ellas son más bien técnicas y rara vez captan la atención del público, como las cuestiones de valoración en aduana. La mayoría de ellos, sin embargo, involucran políticas

⁷ Para la historia del AGAC, en particular, los acuerdos comerciales recíprocos de los Estados Unidos anteriores, ver Jackson, *History of the General Agreement on Tariffs and Trade*, in Wolfrum, Stoll & Hestermeyer (eds), *WTO Trade in Goods*, Brill 2011, 1. Paulus, *Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*, in Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, OUP 2011.

⁸ Ver WTO, *Understanding the WTO, The GATT years: from Havana to Marrakesh*, disponible en https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm.

domésticas delicadas y complejas, por ejemplo, prácticas discriminatorias en la contratación pública, o diferentes normas para la protección de los consumidores, la propiedad intelectual, el medio ambiente y la salud pública. No fue sólo la amplitud y la variedad de las llamadas barreras no arancelarias al comercio las que ampliaron el alcance de los acuerdos comerciales internacionales, sino también la inclusión de una agenda de liberalización para el comercio de servicios. El establecimiento en 1995 de la OMC con los acuerdos adicionales sobre el comercio de servicios (AGCS), las normas de propiedad intelectual (ADPIC), los reglamentos técnicos (OTC) y las medidas sanitarias (SPS) fue la primera señal clara de la ampliación de los ámbitos del derecho comercial, pero de ninguna manera la última. Desde entonces, muchos acuerdos comerciales regionales han seguido un enfoque similar, aunque por supuesto, no todos estos acuerdos cubren todas estas cuestiones y no todas estas cuestiones están sujetas a reglas de la misma intensidad o profundidad jurídica. Sin embargo, es justo decir que muchas áreas del derecho están sobre la mesa cuando se negocian acuerdos comerciales.

Para ilustrar el alcance del derecho comercial internacional moderno, vale la pena examinar un acuerdo comercial recientemente negociado, como la Asociación Transpacífico (TPP) negociada entre los Estados Unidos y 11 de sus socios, entre ellos Australia, México, Vietnam y Singapur, pero no la Unión Europea. El TPP comprende 30 capítulos, así como anexos e instrumentos relacionados. No se limita al comercio tradicional de bienes y comercio de servicios, sino que incluye, por ejemplo, capítulos sobre inversiones, la contratación pública, la política de competencia, la propiedad intelectual, la mano de obra, el medio ambiente, la coherencia normativa y la transparencia y la lucha contra la corrupción.⁹ A veces, las disposiciones del acuerdo son vagas y aspiracionales, pero muchas de ellos son concretas y obligan a las partes a aprobar leyes nacionales muy específicas. Por lo tanto, sólo para nombrar dos ejemplos aparentemente exóticos, bajo el TPP los Estados tienen que hacer grandes esfuerzos para registrar marcas olfativas (artículo 18.18) y proteger los productos biológicos, una categoría de drogas, por ejemplo, mediante la exclusividad de datos de prueba durante al menos ocho años (artículo 18.52 párr. 1 lit. a).

Aunque los negociadores comerciales querrán utilizar y utilizarán otros acuerdos como referencias, los acuerdos comerciales difieren sustancialmente de acuerdo con los intereses de los Estados negociadores. Varios Estados, por

⁹ El texto del TPP está disponible en <https://ustr.gov/tpp/#text>.

ejemplo, dudan en acordar obligaciones detalladas con respecto al movimiento de personas naturales, mientras que otros, por ejemplo, China, se esfuerzan por incluir tales obligaciones en algunos de sus acuerdos comerciales. Así, en el marco del Acuerdo de Libre Comercio entre China y Australia, que entró en vigencia el 20 de diciembre de 2015, Australia garantiza el acceso a los ciudadanos chinos como es el caso, por ejemplo, empleados intraempresariales y ejecutivos independientes hasta por cuatro años, instaladores y administradores hasta un máximo de 3 meses, visitantes hasta 90 días, o 6 meses para los vendedores de servicios y para los proveedores de servicios contractuales por un máximo de 4 años, incluyendo acceso garantizado hasta un total combinado de 1800 en cuatro ocupaciones: chefs chinos, entrenadores WuShu de artes marciales, tutores de idioma mandarín sujetos a los requisitos de inmigración estándar.¹⁰

Estos ejemplos demuestran que los acuerdos comerciales modernos van mucho más allá de los simples arreglos arancelarios. Abarcan una amplia variedad de áreas jurídicas que van desde la regulación de los servicios hasta la propiedad intelectual y la inmigración, e imponen requisitos sustantivos y de procedimiento. Crucialmente, como acuerdos jurídicamente vinculantes, todos limitan las elecciones soberanas de un Estado. En este sentido, si bien pueden diferir de la legislación de la UE en su alcance y aplicabilidad,¹¹ no lo hacen en lo esencial: la representación de la legislación de la UE como una limitación de la soberanía y el derecho mercantil como meramente una garantía para el libre comercio es una falacia. Los acuerdos comerciales, como la legislación de la UE, contiene los compromisos de un Estado para aplicar ciertas normas y abstenerse de pasar otras. Cuantas menos barreras para el comercio un Estado desee encontrar, más obligaciones tendrá que incluir en sus acuerdos comerciales. La verdadera pregunta que necesitamos responder es: ¿hasta qué punto, en qué áreas y cómo estamos dispuestos a limitar nuestro poder soberano para hacer un comercio más libre?

¹⁰ Gobierno de Australia, *China y Australia Tratado de Libre Comercio, Hoja informativa: movimiento de personas*, <http://dfat.gov.au/trade/agreements/chafta/fact-hojas/paginas/hoja-informativa-movimiento-de-naturales-persons.aspx>.

¹¹ Esto último se debe a las doctrinas legales de efecto directo y primacía de la legislación de la UE desarrollada en la década de 1960, las cuales permiten a las personas depender directamente de la legislación de la UE en los tribunales nacionales y hacen que la legislación de la UE prevalezca sobre la legislación nacional en caso de conflicto. Véase la jurisprudencia del Tribunal 26/62 *Van Gent en Loos*, ECLI: EU: C: 1963: 1 y Caso Costa 6/64 v ENEL, ECLI: EU: C: 1964: 66.

2. ¿Cómo se hará la elección?

Antes de profundizar en la complejidad de las opciones que el Reino Unido tiene para escoger en su camino hacia una política comercial coherente (frente a la UE y el resto del mundo), puede ser útil considerar hasta qué punto el electorado británico ya ha hecho las elecciones pertinentes en el referéndum Brexit. Existe un amplio consenso en todos los lados —desde la Primer Ministro Theresa May¹² al presidente del Parlamento europeo, Martin Schulz,¹³ y desde el presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker,¹⁴ al líder del partido laborista Jeremy Corbyn—¹⁵ de que este voto de la gente debe ser respetado. Sin embargo, hay mucho menos acuerdo sobre lo que significa precisamente este voto.

Richard Ekins, de la Universidad de Oxford, argumenta que los votantes expresaron su descontento con una pérdida de control sobre quién puede ingresar y permanecer dentro del Reino Unido y con la legislación de la UE, en general. Por consiguiente, los políticos deben restablecer estos poderes en el Reino Unido y no deberían optar por una afiliación permanente a la AEMA. Vernon Bogdanor,¹⁶ de Kings College de Londres, argumenta más específicamente que la gente votó a salir de la UE, por tres razones: para tener control sobre inmigración de la UE, para rechazar la jurisdicción de la Corte Europea de Justicia y de no contribuir al presupuesto de la UE y que cualquier acuerdo debe respetar estos tres deseos.¹⁷ Por lo tanto, ambos estudiosos se encuentran en gran parte de acuerdo con las cuatro “líneas rojas” más o menos similares para las negociaciones con la UE que el gobierno británico ha deducido a partir

¹² Discurso de Theresa May en la conferencia tory, en su totalidad, Independent, 5 de octubre de 2016, disponible en <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-speech-tory-conference-2016-in-full-transcript-a7346171.html>.

¹³ Últimamente en el discurso ‘La Unión Europea y el Reino Unido - maneras de despedida, pero trabajando juntos’ en el Instituto Europeo de la London School of Economics, 23 de septiembre de 2016, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/the-president/en/press-room/the-eu-and-the-uk---parting-ways-but-working-together-speech-at-the-european-institute-of-the-london-school-of-economics>.

¹⁴ Discurso del presidente Jean-Claude Juncker, ante el pleno del Parlamento Europeo sobre el resultado del referéndum en el Reino Unido, 28 de junio de 2016, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-16-2353_en.htm.

¹⁵ Corbyn dice debe respetar Brexit resultado de la votación, Reuters 21 de julio de 2016, disponible en <http://uk.reuters.com/article/uk-britain-eu-corbyn-idUKKCN101326>.

¹⁶ Véase su presentación en la mesa redonda “Considerando seriamente el Brexit”, <https://www.youtube.com/watch?v=MGgGVu0urVI>.

¹⁷ Véase su presentación en la mesa redonda “Considerando seriamente el Brexit”, <https://www.youtube.com/watch?v=MGgGVu0urVI>.

de la consulta: no hay pagos del presupuesto, el control de la inmigración, legislación y libertad frente a la jurisdicción de los Jueces Europeos.¹⁸

Sin embargo, una interpretación tan amplia del mandato del referéndum no puede resistir el escrutinio. La Ley Europea de Referéndum de 2015 plantea la siguiente pregunta: “¿Debería el Reino Unido seguir siendo miembro de la Unión Europea o abandonar la Unión Europea?”, Permitiendo a los votantes responder con “Permanecer miembro de la Unión Europea” o “Salir de la Unión Europea”.¹⁹ El mandato literal de la consulta se limita así a salir de la UE. Ciertamente es cierto que los votantes tenían razones para optar por “salir” que iban más allá de la simple pertenencia a la Unión: las encuestas muestran que muchos votaron por un deseo de control nacional sobre la inmigración y las leyes.²⁰ Otros esperaban para una mejor financiación del NHS, temían que la adhesión de Turquía a la UE, con la oposición de libre comercio o de un comercio más libre deseado. Algunos rechazaron las aspiraciones políticas de la UE y querían que el Reino Unido fuera parte de una Unión limitada a las cuestiones económicas. Otros querían expresar su frustración con las élites políticas. Si bien los políticos indudablemente tratarán de aprovechar estos diversos motivos, no está claro por qué metodología se puede interpretar que el mandato del referéndum incluya varios o incluso cualquiera de ellos. La única cuestión que se plantea a los votantes es la adhesión a la UE. De hecho, sólo podemos determinar los motivos subyacentes de los votantes a través de encuestas. Argumentar que son parte del mandato del referéndum iría más allá de respetar la expresión de la voluntad de los votantes en un acto de democracia directa y elevaría las encuestas al mismo nivel que el referéndum.

Pero una interpretación amplia del mandato del referéndum no es sólo metodológicamente frágil; también tendría graves consecuencias dada la naturaleza de los acuerdos comerciales modernos descritos anteriormente. Todos los acuerdos comerciales limitan la creación de leyes soberanas. Varios acuerdos comerciales prevén algunos compromisos en el ámbito de la libre circulación. Asumir que el electorado del Reino Unido ha rechazado cualquier tipo de limitación de los poderes legislativos del Parlamento obligaría al Reino Unido a abstenerse de los acuerdos de libre comercio y, como consecuencia

¹⁸ <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-10-05/u-k-has-four-red-lines-in-eu-brexit-talks-davis-aide-says>.

¹⁹ Sec. 1 Ley referéndum de la Unión Europea de 2015, c. 36.

²⁰ Véase, por ejemplo en este sentido las encuestas en Lord Ashcroft en ‘How the United Kingdom voted on Thursday ... and why’, disponibles en <http://lordashcrofthpolls.com/2016/06/how-the-united-kingdom-voted-and-why/>.

final, retirarse de la OMC. Nadie ha sugerido un paso tan drástico. Por lo tanto, es hora de un lenguaje más matizado y de admitir que, si bien el referéndum contiene un claro mandato para salir de la UE, el mandato no va más allá.

3. La futura política comercial del Reino Unido

Al (re)constituir su propia política comercial, el gobierno británico se enfrentará a varios retos, grandes y pequeños, a corto y largo plazo. El cambio trae también oportunidades. La identificación de los desafíos y las oportunidades es la primera gran tarea para el gobierno británico. Ofrecemos un ejemplo de algunos de ellos, empezando por las futuras relaciones entre el Reino Unido y la UE, luego discutiendo las relaciones entre el Reino Unido y el resto del mundo y, finalmente, enumerando algunas opciones políticas clave.

3.1. Relaciones Reino Unido-UE

En lo que respecta a un futuro acuerdo comercial entre el Reino Unido y la UE, la discusión hasta ahora ha estado dominada por la identificación de las características clave de varias «opciones» basadas en los acuerdos existentes celebrados por la UE, por ejemplo, con Noruega, Suiza, Turquía y Canadá. Un ejemplo de este tipo de ejercicio se proporciona en la tabla reproducida a continuación, que fue compilada por HSBC (octubre de 2016) (aunque no estaríamos de acuerdo con algunos de sus detalles).²¹ El término ‘opciones’ no debe ser entendido como modelos de acuerdos fijos entre los que un país puede elegir. Sólo la opción “Noruega” (pertenencia a la EEE y la condición de miembro de la OMC como opción existente o por defecto si no hay acuerdo comercial entre la UE y el Reino Unido) viene con derechos y obligaciones ampliamente fijados que no requieren negociación de todos los detalles. Todas las otras “opciones” son en realidad acuerdos negociados individualmente que sólo pueden servir como un modelo. Como era de esperar, todos estos modelos tienen ventajas y desventajas. Cualquier evaluación global —de hecho, incluso la evaluación de los diferentes elementos de un acuerdo— depende de la preferencia por el tipo de salida de la UE que el Reino Unido debería optar.

²¹ Es, por ejemplo, erróneo referirse a la operación suiza —un acuerdo negociado individuo y en vigor para Suiza— como la opción de la AELC. De hecho, todos los demás miembros de la AELC son miembros de la AEMA. La inclusión de la Asociación Continental es engañosa, ya que es una mera propuesta de reestructuración de las relaciones y no está claro hasta qué punto podría convertirse en realidad. Además, el contenido de los TLC puede variar radicalmente.

	Full EU membership	1 EFA (Norway)	2 EFTA (Switzerland)	3 Continental Partnership (Bruegel Proposal)	4 Customs Union (Turkey)	5 FTA (Canada)	6 WTO Rules
Access to single market?	Yes	Yes	Partial	Yes, with possible labour market limits	No	No	No
Duty free trade in goods	Yes	Yes	Yes	Likely	Yes	Yes	No
Market access for services	Yes	Yes	Partial	Likely	No	Partial	No
Free to negotiate bilateral trade agreements with non-EU trade countries?	No	Yes	Yes	Probably not	No	Yes	Yes
Must adhere to EU social and employment rules	Yes	Yes	No	Likely partial	No	No	No
Makes EU budget contributions	Yes	Yes, but reduced	Yes, but reduced	Yes, but probably reduced	No	No	No
Part of Common Agricultural Policy	Yes	No	No	No	No		No
Ability to restrict inward EU migration	No	No	No		Yes	Yes	Yes

Source: HSBC.

Aparte de la aproximación necesaria de las características clave de cada opción, lo que claramente se desprende de tal tabla es que, al menos en principio, muchas cosas son posibles. Por ejemplo, mientras que la opción Noruega/EEE incluye la participación en el mercado único de la UE y el cumplimiento de las cuatro libertades (incluyendo la libre circulación de personas) y el *acervo comunitario* en materia de política social, protección del consumidor, protección del medio ambiente y el derecho de sociedades, no contempla la participación en la política comercial común, las garantías tradicionales de protección de las inversiones y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lugar de establecer su propio Tribunal de la AELC). Del mismo modo, si bien el ALC de Canadá no incluye la participación en el mercado único, proporciona un acceso

(aunque limitado) al mercado único de bienes, servicios y personal clave de las empresas, garantías tradicionales de protección de inversiones y sistemas vinculantes de solución de diferencias. De hecho, algunos de los elementos de un acuerdo que a menudo se presentan como negro o blanco en el público son, en realidad, construcciones jurídicas complejas.²²

Hay, sin embargo, algunas limitaciones. En términos de limitaciones legales, cualquier futuro acuerdo comercial post-Brexit entre el Reino Unido y la UE deberá tener en cuenta la ley de la OMC, ya que tanto el Reino Unido como la UE siguen siendo miembros de la OMC. En particular, los Miembros de la OMC están sujetos al principio NMF que prohíbe toda discriminación entre Miembros de la OMC. Sin embargo, mientras el futuro acuerdo bilateral cumpla las condiciones especificadas en la legislación de la OMC (concretamente, el artículo XXIV del GATT y el artículo V del AGCS), el acuerdo quedará exento de la obligación general NMF.

Además, la UE (y posiblemente también el Reino Unido) también tendrá que considerar sus obligaciones NMF en los diversos acuerdos comerciales bilaterales que ha celebrado con terceros países. Esto es particularmente cierto, ya que los TLC más recientes concluidos por la UE (por ejemplo, con Corea, Vietnam y Canadá) prevén excepciones NMF mucho más estrictas, aplicables únicamente a formas más profundas de integración regional. Por ejemplo, en lo que se refiere al comercio de servicios y a la inversión en el Acuerdo Global de Comercio y Comercio (CETA) de la UE, el derecho de la UE a conceder trato diferenciado a un país en virtud de un acuerdo futuro se limita a cualquier acuerdo que “crea un mercado interior de servicios e inversiones”, “otorga el derecho de establecimiento” o “exige la aproximación de la legislación en uno o más sectores económicos”.²³

Finalmente, algunas opciones están lógicamente vinculadas: por lo tanto, convertirse en miembro de una unión aduanera con un arancel exterior común implica necesariamente abstenerse de concluir acuerdos individuales que comprometan al Estado a reducir aún más los aranceles.

Otras limitaciones son de carácter político. Por ejemplo, la UE tendrá que tener en cuenta los efectos políticos de un acuerdo con el Reino Unido en sus Estados miembros. Por lo tanto, la UE no podrá ofrecer un acuerdo al Reino Unido que pueda potenciar a los “eurocépticos” en otros Estados miembros y

²² Libre circulación de personas, por ejemplo, no se concede sin limitaciones, incluso bajo la ley actual de la UE. Véase la Directiva 2004/38.

²³ Véase la lista de la UE en el anexo II de la CETA.

socavar la estabilidad de la Unión. Esta es una limitación que es mucho más amenazante que cualquier resentimiento inmediato sentido por la UE debido a Brexit. También explican repetidas declaraciones de Guy Verhofstadt, el principal negociador del Parlamento europeo en Brexit, según el cual cualquier nuevo acuerdo entre la UE y el Reino Unido no podría infringir las cuatro libertades fundamentales que sustentan la Unión Europea.

Dentro de este contexto, será el objetivo del gobierno británico el alcanzar un acuerdo comercial con la UE que, por un lado, logre reflejar lo más posible los beneficios actuales del mercado interior (por ejemplo, por nombrar sólo algunos, arancel cero sobre la importación/exportación de determinados productos, como los automóviles y las piezas de automóviles, y el derecho de las instituciones financieras británicas a proporcionar un amplio espectro de servicios de conformidad con las leyes británicas) y, por otro, respetar las limitaciones jurídicas y políticas que cada parte debe tener en cuenta.

3.2. El Reino Unido y el mundo más amplio

Las complejidades no disminuyen cuando se trata de la política comercial británica con respecto al resto del mundo. La primera cuestión a este respecto es la pertenencia del Reino Unido a la Organización Mundial del Comercio. El nivel de liberalización comercial concedido por cada Miembro de la OMC y recogido en la lista de compromisos de cada Miembro constituye una base de referencia para negociar acuerdos de libre comercio bilaterales o regionales con otros Estados. Si bien puede haber escaso debate sobre el hecho de que el Reino Unido sea miembro de la OMC, existe incertidumbre en cuanto a cómo el Reino Unido y la UE podrán rescindir su sindicato con respecto al calendario común de la UE. El enfoque menos doloroso para separar el calendario del Reino Unido del de la UE consistiría en mantener los mismos compromisos cuando fuera posible (con respecto a los aranceles *ad valorem* y el compromiso en los servicios). Se plantean complicaciones con respecto a la separación de los compromisos cuantitativos (en particular los llamados contingentes arancelarios) que, pese a orientar las normas jurídicas del GATT, exigirán probablemente negociaciones con otros Miembros.²⁴

Otra cuestión es el destino de todos los acuerdos comerciales celebrados y firmados por la UE, a menudo en forma conjunta con el Reino Unido (los llamados

²⁴ Véase Lorand Bartels, “Estado del Reino Unido en la OMC después de Brexit” (septiembre de 2016) disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2841747.

‘acuerdos mixtos’),²⁵ y terceros países (como México, Sudáfrica y Corea). No está claro si estos TLC seguirán aplicándose tanto entre la UE27 y el tercer país como entre el Reino Unido y el tercer país, sin perjuicio de los ajustes necesarios, en particular en lo que respecta a la lista de compromisos de cada parte contratante. Tal continuación podría ser improbable con respecto a los acuerdos de la UE, pero menos con respecto a los acuerdos mixtos. Alternativamente, Brexit puede considerarse que representa un cambio fundamental de circunstancias en virtud del derecho internacional y permite a los Estados rescindir o modificar el acuerdo en consecuencia.²⁶

Finalmente, ninguna de estas varias piezas del rompecabezas se puede considerar aislada. En primer lugar, hay un problema de secuencia. Será difícil para el Reino Unido alcanzar (e incluso comenzar a negociar) un acuerdo con un tercer país antes y hasta que se aclaren sus relaciones comerciales con la UE y con la OMC. En segundo lugar, los acuerdos comerciales son interdependientes: si el Reino Unido acepta adoptar políticas específicas en una, ha limitado sus opciones de negociación para todos los demás acuerdos.

3.3. Opciones de políticas

Al delinear su futura política comercial, el Reino Unido se enfrentará a decisiones políticas difíciles que requieren debate y discusión democráticos. La negociación de un asunto en un acuerdo comercial —ya sea el derecho de propiedad intelectual o las subvenciones agrícolas— requiere una decisión de política interna que puede ser compleja: ¿está un Estado convencido de que las indicaciones geográficas son un concepto bien fundado de propiedad intelectual o que las marcas deben anularlos? ¿Se requieren subvenciones agrícolas para mantener la agricultura nacional o una distorsión del comercio? De los innumerables temas que pueden ser relevantes en las negociaciones comerciales, quisiéramos destacar aquí cuatro que hoy son particularmente actuales y polémicos: los servicios públicos, la cooperación regulatoria, la solución de controversias inversionista-Estado y los valores no comerciales.

Los servicios públicos: a pesar del fuerte interés por ciertos sectores de servicios para lograr un mayor acceso a los mercados extranjeros tanto en

²⁵ En el sistema jurídico de la UE, ‘acuerdos mixtos’ son aquellos acuerdos internacionales que necesitan ser concluido por la UE y sus Estados miembros, actuando conjuntamente, debido al hecho de que las competencias de la UE no cubren la totalidad del ámbito del acuerdo.

²⁶ Véase el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 (referido a: a) las circunstancias existentes al momento de la conclusión del tratado, objetivamente esenciales para las obligaciones del mismo y b) la instancia del cambio de las circunstancias ha tenido un efecto radical en las obligaciones del tratado).

términos de prestación transfronteriza de servicios, así como la inversión extranjera directa, hay fuertes intenciones en el Reino Unido (y en otros lugares) en contra de la privatización de ciertos servicios públicos, especialmente si están en manos de multinacionales extranjeras. La Comisión Europea ha luchado, especialmente en el contexto de sus negociaciones comerciales con los Estados Unidos (la denominada Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión o TTIP), para demostrar que la liberalización del comercio de servicios y la protección de las inversiones no equivale a la privatización de los servicios públicos. Si bien esto es en principio correcto, mucho dependerá de los detalles legales del acuerdo comercial incluida la forma en que las distintas disciplinas que abarcan el comercio de servicios y la inversión extranjera serán interpretadas por el sistema de solución de diferencias pertinente.

La cooperación regulatoria: En cuanto a la obtención de un mayor acceso a los mercados extranjeros para los bienes y servicios, la cooperación regulatoria se ha convertido en un ingrediente necesario de una negociación comercial moderna. Los reglamentos y procedimientos técnicos múltiples y diferentes aplicables a nivel nacional pueden añadir costes innecesarios a la producción y venta de productos, así como a la prestación de servicios. Si bien algunas disciplinas ya existen en el contexto de la OMC, las recientes negociaciones comerciales regionales han tratado de ir más lejos para fortalecer la cooperación reguladora con miras a eliminar los costos innecesarios de la reglamentación sin disminuir la protección de la salud de las personas, el bienestar de los consumidores y el medio ambiente. El desafío aquí es identificar aquellos instrumentos que sean capaces de lograr un equilibrio aceptable entre los dos objetivos. En el ámbito de los servicios, y de especial interés para el Reino Unido, en el ámbito de los servicios financieros, este tipo de cooperación parece indispensable (en términos de aumentar el acceso a los mercados extranjeros) ya que es difícil de conseguir (la importancia sistémica de los mercados financieros hace que esta sea una de las áreas más sensibles para la regulación (nacional)).²⁷

Solución de Controversias Inversionista-Estado (SCIE): Como el mecanismo tradicional, basado en gran medida en el arbitraje comercial, y que se encuentra en muchos acuerdos de inversión y comerciales existentes para hacer frente a las disputas de inversión ha sido, recientemente, objeto de fuertes críticas, la presión para la reforma es probable que se expanda en el futuro cercano. En sus

²⁷ Más allá de la configuración regional, el Reino Unido podrían desempeñar un papel fundamental en las negociaciones plurilaterales actualmente lideradas por 23 Miembros de la OMC sobre el Acuerdo de Comercio de Servicios (TISA).

TLC más recientes (por ejemplo, con Canadá y Vietnam), la UE ya ha presentado un nuevo sistema de tribunales de inversión (STI) compuesto por un Tribunal y un mecanismo de apelación permanentes compuestos por personas designadas por las partes contratantes y sujetos a estrictas normas éticas destinadas a garantizar la independencia y la imparcialidad. También se ha sugerido (por parte de la UE y las Naciones Unidas) la creación de un tribunal multilateral de inversiones que podría sustituir en el futuro a los actuales sistemas SCIE en los acuerdos de inversión y comercio existentes y futuros y potencialmente reforzar la coherencia y la eficiencia de una importante y controvertida política comercial moderna.

Los valores no comerciales: El proceso de integración europea ha demostrado, sin duda, que mientras una mayor integración económica se está llevando a cabo, mayor es la necesidad de abordar una serie de cuestiones no comerciales. Una gran parte del debate en el derecho económico internacional y la política en los últimos veinte años se ha centrado en asegurar que los acuerdos internacionales de liberalización del comercio y el fomento de la inversión extranjera no restrinjan inapropiadamente la capacidad de los Estados para regular el interés público (por ejemplo, la salud pública, la protección del consumidor, los derechos laborales, la moral pública, el medio ambiente). Sin embargo, más recientemente se han hecho esfuerzos para asegurar que estos acuerdos, además de garantizar el llamado ‘derecho a regular’, estén redactados de manera de contribuir más directamente a la promoción de un conjunto más amplio de valores y objetivos más allá de la liberalización del comercio y protección de la inversión. Por ejemplo, varios países (entre Canadá y la UE) ahora reconocen expresamente su compromiso con (i) el desarrollo sostenible como un objetivo central de sus acuerdos de libre comercio y (ii) fomentar la contribución del comercio y la inversión de dicho objetivo. CETA, por ejemplo, incluye compromisos para la protección de los derechos de los trabajadores y el medio ambiente. Existe un amplio margen, sin embargo, para aumentar aún más los beneficios que los acuerdos comerciales puedan tener en un conjunto más amplio de intereses. Por ejemplo, las disciplinas tradicionales de protección de la inversión podrían estar acompañadas por otros nuevos de regulación de la inversión que se centran, por ejemplo, en la disciplina de la conducta contraria a la competencia, el gobierno corporativo, los impuestos y contratos estatales.²⁸

²⁸ Peter Muchlinski en “Las empresas multinacionales y la Ley” (OUP, 2007). 13

Conclusión

La tarea por delante para el Reino Unido en su camino hacia su propia política comercial es desalentadora. Muchas decisiones de política compleja e interrelacionada tendrán que ser abordadas. Un enfoque cuidadoso y minucioso tiene que basarse en consultas con todas las partes interesadas, la sociedad civil —y, por supuesto, implica el Parlamento. Las decisiones tomadas en los próximos años tendrán un impacto profundo y duradero en el Reino Unido en las próximas décadas.

Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero

*Flávia Piovesan*¹
*Akemi Kamimura*²

Resumen ejecutivo³

El artículo que sigue presenta una reflexión sobre el derecho a la diferencia a la luz de la concepción contemporánea de los Derechos Humanos, especialmente en atención a la protección contra la violencia y discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género de las Naciones Unidas, la cual crea —para estos efectos— un especialista independiente en estas materias.

Es dable señalar que en el ámbito mundial la criminalización de prácticas y expresiones LGBTI ha ido disminuyendo, mientras que lo que ha aumentado es la protección contra la violencia y la discriminación. Así, a lo largo de la historia la necesidad de cambiar la situación de violencia en materia de derechos humanos ha obligado a ver a la especificidad de quien sufre este tipo de discriminación como sujeto de derecho, mirándolo desde su peculiaridad y particularidad. En este sentido, se comienza a visualizar a mujeres, niños,

¹ Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007; 2008; 2015; e 2016); Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (2009-2014, Heidelberg). Foi membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e é membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

² Advogada; mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; especialista em direitos humanos das mulheres pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade do Chile.

³ Traducción de Andrea Aguilera Pacheco.-

pobladores afrodescendientes, pueblos indígenas, migrantes, personas con discapacidad, entre otros, como sujetos de derecho. Surge, en consecuencia, el derecho a la diferencia, inmediatamente al lado del derecho a la igualdad.

Es a la luz de esta política de reconocimiento que se pretende avanzar en la reevaluación positiva de identidades discriminadas y negadas; en la deconstrucción de estereotipos y preconceptos, y caminar hacia la valorización de la diversidad cultural.

En orden a proteger estas diferencias, tanto el sistema europeo como el interamericano consagran una cláusula de igualdad y la prohibición de discriminación, incluso en cuanto a la orientación sexual e identidad de género. Así, los diversos sistemas de protección de derechos humanos interactúan en beneficio de los individuos protegidos. Al adoptar el valor de la primacía de la persona, estos sistemas se complementan con el fin de darle mayor efectividad a la tutela y promoción de derechos fundamentales, tanto en cuanto al derecho a la igualdad como a la prohibición de cometer discriminación. En este orden de cosas, una de las decisiones de la ONU durante el mes de junio del año 2016 es la creación del especialista independiente sobre protección contra la violencia y la discriminación basada en orientación sexual e identidad de género de la ONU. La creación de este actor es esencial para una mayor visibilidad de la violencia y discriminación, además de la posibilidad de generar un mayor diálogo en torno a esta temática.

En conclusión, y a pesar de que las criminalizaciones de las prácticas homosexuales siguen en algunos países y persisten casos de violencia basados en orientación sexual e identidad de género, ha emergido la lucha contra la homofobia a nivel internacional, mediante la iniciativa antes mencionada, entre otras que se tratan en extenso en el presente artículo.

Resumo

Com objetivo de focar o processo de construção do direito à diversidade sexual, em sua dinâmica e complexidade, considerando a vocação emancipatória dos direitos humanos como idioma do respeito à alteridade, o artigo apresentará uma reflexão sobre o direito à diferença à luz da concepção contemporânea de direitos humanos, proteção nos sistemas regionais e no sistema global de direitos, com especial enfoque à recente criação, em 2016, do mandato de especialista independente das Nações Unidas para proteção contra violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero.

Palavras-chave: LGBTI - orientação sexual e identidade de gênero - direitos humanos - ONU

1. Introdução

Com objetivo de focar o processo de construção do direito à diversidade sexual, em sua dinâmica e complexidade, considerando a vocação emancipatória dos direitos humanos como idioma do respeito à alteridade, o artigo apresentará uma reflexão sobre o direito à diferença à luz da concepção contemporânea de direitos humanos, proteção nos sistemas regionais e no sistema global de direitos, com especial enfoque à recente criação, em 2016, do mandato de especialista independente das Nações Unidas para proteção contra violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero.

No âmbito mundial, a criminalização de práticas e expressões LGBTI tem diminuído, ao passo que tem aumentado a proteção contra violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero, assim como reconhecimento de relações e famílias LGBTI.

De acordo com dados da *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA)*,⁴ em maio de 2017, em 124 Estados não havia previsão de punição por práticas homossexuais consensuais entre adultos no âmbito privado, por outro lado, 72 Estados criminalizam relações homossexuais, dentre os quais 45 aplicam a lei punitiva tanto para mulheres como para homens. Foi considerado que em oito Estados aplica-se, ou permite-se, a pena de morte em caso de práticas homossexuais consensuais entre adultos, na esfera privada.

Conforme levantamento da ILGA, em 72 Estados há proteção constitucional ou normativa em relação à orientação sexual; em 63 Estados há legislação ampla ou específica quanto à não-discriminação, inclusive quanto a proibição de doação de sangue, proteção contra violência doméstica entre casais do mesmo sexo, bullying associado a orientação sexual e identidade de gênero. Quanto a crimes de ódio e incitação ao ódio, 43 e 39 Estados foram identificadas legislações nesse sentido, respectivamente. Em 23 Estados no mundo foram reconhecidos ou possibilitados os casamentos homoafetivos; e 28 Estados possibilitam a adoção por casais homossexuais.

⁴ International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association: Carroll, A.; Mendos, L.R., *State Sponsored Homophobia 2017: A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition* (Geneva; ILGA, May 2017).

2. O Direito à diferença à luz da concepção contemporânea de direitos humanos

No dizer de Joaquín Herrera Flores,⁵ os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana e à prevenção do sofrimento humano. O *“victim centric approach”* é a fonte de inspiração que move a arquitetura protetiva internacional dos direitos humanos —toda ela destinada a conferir a melhor e mais eficaz proteção às vítimas reais e potenciais de violação de direitos.

Ao longo da história as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu versus o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. A diferença era visibilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo). Nesta direção, merecem destaque as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e de outras práticas de intolerância.

O temor à diferença é fator que permite compreender a primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcada pela tônica da proteção geral e abstrata, com base na igualdade formal —eis que o legado do nazismo pautou-se na diferença como base para as políticas de extermínio, sob o lema da prevalência e da superioridade da raça pura ariana e da eliminação das demais.

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, as populações afro-descendentes, os povos indígenas, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

⁵ Joaquín Herrera Flores, *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*, mimeo, p.7.

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

Para Nancy Fraser,⁶ a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades. O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas sócio-econômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural.

Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade.

3. Proteção dos direitos à orientação sexual e identidade de gênero nos Sistemas Regionais de Proteção os Direitos Humanos

No âmbito dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, tanto o sistema europeu quanto o sistema interamericano consagram a cláusula

⁶ Ver Nancy Fraser, *From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Postsocialist age* em seu livro *Justice Interruptus. Critical reflections on the “Postsocialist” condition*, NY/London, Routledge, 1997; Axel Honneth, *The Struggle for Recognition: The moral grammar of social conflicts*, Cambridge/Massachusetts, MIT Press, 1996; Nancy Fraser e Axel Honneth, *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*, London/NY, verso, 2003; Charles Taylor, *The politics of recognition*, in: Charles Taylor et. al., *Multiculturalism – Examining the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994; Iris Young, *Justice and the politics of difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990; e Amy Gutmann, *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

da igualdade e da proibição de discriminação, inclusive quanto à orientação sexual e identidade de gênero.

A Convenção Europeia de 1950, em seu artigo 14, acolhe a cláusula da proibição da discriminação, ressaltando que “o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou qualquer outra situação”.

A cláusula da proibição da discriminação é enunciada enfaticamente pela Convenção Americana de 1969, ao estabelecer o dever dos Estados-partes de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (artigo 1º). À cláusula da não discriminação soma-se o princípio da igualdade formal, por meio do qual “todas as pessoas são iguais perante a lei, tendo direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei” (artigo 24). Assim como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana, ao admitir a suspensão de garantias e a restrição a direitos em casos de guerra, perigo público, ou outra emergência, explicitamente adverte que tal suspensão não poderá, de forma alguma, implicar discriminação fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social, enunciando, ainda, um núcleo inderrogável de direitos (artigo 27).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que a não-discriminação, junto com a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei sem nenhuma discriminação constitui um princípio fundante, básico, geral e fundamental relativo à proteção internacional dos direitos humanos.⁷

No sistema europeu emerge um vasto e significativo repertório jurisprudencial concernente aos direitos da diversidade sexual, que teve como agenda inaugural o combate à criminalização de práticas homossexuais consensuais entre adultos, no final da década de 80. Posteriormente, outras violações foram enfrentadas pelo sistema europeu, como a discriminação baseada em orientação sexual (no final da década de 90), casos relativos ao reconhecimento de direitos de

⁷ Discursos e palestras durante a Sessão Especial de Reflexão e Análise sobre a natureza de uma futura Convenção Interamericana contra o Racismo e todas formas de Discriminação e Intolerância, realizada na sede da OEA em Washington, entre 28 e 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/cajp.rdi15.orig.doc>>, acesso em 23/03/07.

transsexuais (decisões favoráveis são proferidas a partir de 2002), adoção por homossexuais (decisões favoráveis são proferidas a partir de 2008) e o direito ao casamento (são os casos mais recentes decididos a partir de 2010).⁸

Já no sistema interamericano, o *leading case* é o caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, decidido pela Corte Interamericana em 24 de fevereiro de 2012, com relevante alusão à jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos sobre a matéria.

4. Proteção dos Direitos à Diversidade Sexual no Sistema Global de Direitos Humanos

Testemunha-se o processo de internacionalização dos direitos humanos e de humanização do Direito Internacional. Neste contexto, a Declaração de 1948 vem a inovar a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa.

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos —do

⁸ Para maiores informações, ver: Flávia Piovesan, Proibição da discriminação por orientação sexual nos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos, In: *Temas de Direitos Humanos*, Saraiva, 10a edição, 2017.

“mínimo ético irreduzível”. Os tratados internacionais refletem a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na busca de assegurar o “mínimo ético irreduzível”.

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da ONU com os sistemas regionais, por sua vez, integrados pelos sistemas interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e principiologia próprias do Direito dos Direitos Humanos.

Sob o prisma do sistema global de proteção, constata-se que o direito à igualdade e a proibição da discriminação foram enfaticamente consagrados pela Declaração Universal de 1948, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A Declaração Universal de 1948, em seu artigo I, desde logo enuncia que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Prossegue, no artigo II, a endossar que “toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Estabelece o artigo VII a concepção da igualdade formal, prescrevendo que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei”. Portanto, se o primeiro artigo da Declaração afirma o direito à igualdade, o segundo artigo adiciona a cláusula da proibição da discriminação de qualquer espécie, como corolário e consequência do princípio da igualdade. O binômio da igualdade e da não discriminação, assegurado pela Declaração, sob a inspiração da concepção formal de igualdade, impactará a feição de todo sistema normativo global de proteção dos direitos humanos.

Com efeito, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, já em seu artigo 2º (1), consagra que “os Estados-partes no Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto,

sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”. Uma vez mais, afirma-se a cláusula da proibição da discriminação para o exercício dos direitos humanos. A relevância de tal cláusula é acentuada pelo artigo 4º do Pacto, ao prever um núcleo inderrogável de direitos, a ser preservado ainda que em situações excepcionais e ameaçadoras, admitindo-se, contudo, a adoção de medidas restritivas de direitos estritamente necessárias, “desde que tais medidas não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social”. A concepção da igualdade formal, tal como na Declaração, é prevista pelo Pacto, em seu artigo 26, ao determinar que “todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. (...) a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”.

O Comitê de Direitos Humanos, em sua Recomendação Geral nº.18, a respeito do artigo 26, entende que o princípio da não discriminação é um princípio fundamental previsto no próprio Pacto, condição e pressuposto para o pleno exercício dos direitos humanos nele enunciados. No entender do Comitê: “A não discriminação, assim como a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei sem nenhuma discriminação, constituem um princípio básico e geral, relacionado à proteção dos direitos humanos”.⁹

Ressalte-se que, em 1994, no caso *Toonem vs. Austrália*, o Comitê de Direitos Humanos sustentou que os Estados estão obrigados a proteger os indivíduos da discriminação baseada em orientação sexual.¹⁰

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, em seu artigo 2o, estabelece que os Estados-partes comprometem-se a garantir que os direitos nele previstos serão exercidos sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou

⁹ No mesmo sentido, destaca a Recomendação Geral n.14 do Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, adotada em 1993: “Non-discrimination, together with equality before the law and equal protection of the law without any discrimination, constitutes a basic principle in the protection of human rights”.

¹⁰ Caso *Toonem vs. Austrália*, Human Rights Committee, Communication n. 941/2000 – CCPR/C/78/D/941/2000.

de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. Uma vez mais, consagra-se a cláusula da proibição da discriminação. Em sua Recomendação Geral n.20, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais observou que a expressão “outra situação” constante do artigo 2º do Pacto inclui orientação sexual. Realçou o dever dos Estados-partes de assegurar que a orientação sexual de uma pessoa não signifique um obstáculo para a realização dos direitos enunciados no Pacto, como, por exemplo, direitos previdenciários, adicionando que a cláusula da proibição da discriminação alcança o critério da identidade de gênero.¹¹

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em sua Recomendação Geral n. 16, adotada em 2005, afirma ainda que “guarantees of non-discrimination and equality in international human rights treaties mandate both *de facto and de jure equality*. *De jure* (or formal) equality and *de facto* (or substantive) equality are different but interconnected concepts”.

A Declaração Universal e os Pactos invocam, assim, a primeira fase de proteção dos direitos humanos, caracterizada pela tônica da proteção geral, genérica e abstrata, sob o lema da igualdade formal e da proibição da discriminação.

A segunda fase de proteção, reflexo do processo de especificação do sujeito de direito, será marcada pela proteção específica e especial, a partir de tratados que objetivam eliminar todas as formas de discriminação que afetam de forma desproporcional determinados grupos, como as minorias étnico-raciais, as mulheres, dentre outros.

Neste contexto é que se insere a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela ONU em 1965, inaugurando, deste modo, o sistema especial de proteção.¹² Não há até o momento o consenso internacional suficiente para avançar na adoção de uma Convenção sobre a Eliminação da Discriminação por Orientação Sexual. Em mais de 70 países, práticas homossexuais ainda são criminalizadas e apenas em 1990 é que a Organização Mundial de Saúde excluiu a homossexualidade do catálogo classificatório de doenças.

¹¹ Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Recomendação Geral n.20 (E/C.12/GC/20).

¹² No campo do sistema especial de proteção, merecem também menção a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares (1990) e a Convenção sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência (2006).

Desde seu preâmbulo, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial assinala que qualquer “doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum”. Adiciona a urgência em se adotar todas as medidas necessárias para eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações e para prevenir e combater doutrinas e práticas racistas.

O artigo 1o da Convenção define a discriminação racial como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais”. Vale dizer, a discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.

Daí a urgência em se erradicar todas as formas de discriminação, baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenham como escopo a exclusão. O combate à discriminação racial é medida fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.

Os instrumentos internacionais que integram o sistema especial de proteção invocam uma proteção específica e concreta, que, transcendendo a concepção meramente formal e abstrata de igualdade, objetivam o alcance da igualdade material e substantiva, por meio, por exemplo, de ações afirmativas, com vistas a acelerar o processo de construção da igualdade em prol de grupos socialmente vulneráveis.

5. Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Conselho de Direitos Humanos da ONU

Nesse contexto de proteção dos direitos à diversidade no sistema ONU, vale registrar as iniciativas adotadas no âmbito dos mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas, em especial no Conselho de Direitos Humanos. Não obstante a consagração do princípio da igualdade e não-discriminação nos instrumentos internacionais, a primeira resolução da ONU sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero foi aprovada apenas em julho de 2011, Resolução 17/19, pelo Conselho de Direitos Humanos.

Aprovada por 23 votos a favor e 19 votos contrários, e 3 abstenções, a Resolução 17/19 do Conselho de Direitos Humanos¹³ determinou a realização de um estudo sobre leis discriminatórias, práticas e atos de violência contra indivíduos em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero, em todas regiões do mundo, abordando inclusive como o direito internacional dos direitos humanos pode ser utilizado para combater a violência e violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual e identidade de gênero. Ao expressar a extrema preocupação do Conselho de Direitos Humanos em face de violência e discriminação baseada em orientação sexual e identidade de gênero, essa resolução também estabeleceu a realização de um painel de discussão durante a 9ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos com base nas informações e fatos a serem divulgados no estudo requisitado, com vistas a promover diálogo construtivo, informado e transparente sobre questões relativas a leis discriminatórias, práticas e atos de violência contra pessoas baseadas em sua orientação sexual e identidade de gênero, assim como sobre propostas de acompanhamento e monitoramento de recomendações a serem apresentadas no mencionado estudo.

Em novembro de 2011 foi apresentado o relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre leis discriminatórias, práticas e atos de violência contra pessoas baseadas em sua orientação sexual e identidade de gênero (A/HRC/19/41). O relatório destacou padrões de violência sistemática e discriminação baseadas na orientação sexual e identidade de gênero, os

¹³ A Resolução 17/19 foi aprovada com 23 votos favoráveis (Argentina, Bélgica, Brasil, Chile, Cuba, Equador, França, Guatemala, Hungria, Japão, Maurício, México, Noruega, Polônia, República da Coreia, Eslováquia, Espanha, Suíça, Tailândia, Ucrânia, Reino Unido, EUA, Uruguai), 19 votos contrários (Angola, Barein, Bangladesh, Camarões, Djibuti, Gabão, Gana, Jordânia, Malásia, Maldivas, Mauritania, Nigéria, Paquistão, Catar, República da Mongólia, Rússia, Arábia Saudita, Senegal, Uganda) e 3 abstenções (Burkina Faso, China e Zâmbia).

quais por vezes colocam em risco muitas pessoas pela simples percepção de homossexualidade ou identidade trans.

Violências e discriminações persistem, não obstante as obrigações e parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos. Destacam-se os princípios da universalidade, igualdade e não-discriminação, consagrados em diversos instrumentos internacionais e considerados fundamentais na ótica dos direitos humanos. Em relação aos deveres dos Estados, o estudo ressalta o dever de proteger direito à vida, liberdade e integridade pessoal independentemente de orientação sexual e identidade de gênero; o dever de prevenir a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes com base em orientação sexual ou identidade de gênero; dever de proteger o direito à privacidade e a não ser submetido a detenção arbitrária com base em orientação sexual e identidade de gênero; dever estatal de proteger indivíduos contra discriminação baseada em orientação sexual e identidade de gênero; e dever de proteger o direito à liberdade de expressão, associação e assembleia de forma não-discriminatória.

O relatório aponta ainda diversas formas de violência baseada em orientação sexual e identidade de gênero, leis e práticas discriminatórias —incluindo assassinatos, violência sexual e física, tortura, detenção arbitrária, negação de direito de reunião, expressão e informação, criminalização de práticas homossexuais consensuais entre adultos, pena de morte, discriminação no ambiente de trabalho, na assistência à saúde, educação, dentre outras. Algumas respostas adotadas para enfrentar essa situação foram relatadas, tais como treinamento de funcionários responsáveis pela aplicação da lei para sensibilização sobre discriminação e violência contra pessoas LGBT e para reconhecimento, registro e respostas em casos de ocorrência de tais crimes; campanhas de sensibilização; iniciativas de combate à homofobia e transfobia em instituições de ensino; elaboração de relatórios e produção de dados; dentre outras.

Por fim, o relatório A/HRC/19/41 aponta uma série de recomendações aos Estados-partes, não exaustivas, que incluem: investigar prontamente todas as ocorrências de assassinatos e outros graves incidentes de violência perpetrada contra indivíduos com base em sua orientação sexual e identidade de gênero, seja percebida ou real, seja em ambiente público ou privado, perpetrada por atores estatais ou não-estatais; adotar medidas para prevenir tortura e outras formas de tratamento cruéis, desumanas ou degradantes baseadas na orientação sexual e identidade de gênero, e investigar, processar e punir tais atos; assegurar que ninguém seja devolvido ao território em que haja risco de vida ou ameaça à liberdade com base em perseguição baseada em

orientação sexual ou identidade de gênero; leis e políticas de asilo reconheçam perseguição com base em orientação sexual e identidade de gênero como fundamento válido para concessão de asilo; afastar leis de criminalização de práticas homossexuais consensuais entre adultos e assegurar que leis penais não sejam utilizadas para ameaças ou detenção de indivíduos em razão de orientação sexual ou identidade de gênero; adotar legislação anti-discriminação inclusive por orientação sexual e identidade de gênero; implementar programas de treinamento e sensibilização para agentes responsáveis pelo uso da força; facilitar reconhecimento jurídico de livre orientação sexual e identidade de gênero; dentre outras recomendações.

Em maio de 2015, foi apresentado o relatório sobre discriminação e violência contra indivíduos baseadas em sua orientação sexual e identidade de gênero. O relatório atualiza parâmetros internacionais de proteção e diagnóstico da situação de violência homofóbica e transfóbicas, discriminação baseada em orientação sexual e identidade de gênero. Ademais, o relatório aponta recomendações aos Estados-membros, a instituições nacionais de direitos humanos e ao Conselho de Direitos Humanos.

Em junho de 2016, o Conselho de Direitos Humanos da ONU criou o mandato do Especialista Independente sobre proteção contra violência e discriminação com base em orientação sexual e identidade de gênero, por meio da Resolução 32/2. O mandato, por três anos, inclui avaliar a implementação dos instrumentos internacionais de direitos humanos existentes para promover os direitos da população LGBTI; alertar e acompanhar casos de violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero, identificar e enfrentar as causas da violência e da discriminação baseada em orientação sexual e identidade de gênero; enfrentar formas múltiplas, interseccionais e agravadas de violência e discriminação com base em orientação sexual e identidade de gênero; trabalhar em diálogo e cooperação com Estados e outros atores relevantes; dentre outras atribuições.

Vale destacar que a Resolução 32/2 foi aprovada pelo Conselho de Direitos Humanos, em 30 de junho de 2016, com 23 votos favoráveis, 18 votos contrários e 6 abstenções.¹⁴ Após processo de seleção para o cargo, em novembro de 2016,

¹⁴ A Resolução 32/2 foi aprovada pelo Conselho de Direitos Humanos em 30 junho de 2016 com 23 votos favoráveis: Albânia, Bélgica, Bolívia, Cuba, Equador, El Salvador, França, Geórgia, Alemanha, Letônia, México, Mongólia, Países Baixos, Panamá, Paraguai, Portugal, República da Coreia, Eslovênia, Suíça, Macedônia, Reino Unido, Venezuela, Vietnã. Votaram contrariamente à resolução: Argélia, Bangladesh, Burundi, China, Congo, Costa do Marfim, Etiópia, Indonésia, Quênia, Quirguistão, Maldivas, Marrocos, Nigéria, Catar, Rússia, Arábia Saudita, Togo, Emirados Árabes Unidos. E 6 abstenções: Botswana, Gana, Índia, Namíbia, Filipinas, África do Sul. A criação do cargo havia sido proposta ao Conselho por Brasil, Argentina, Chile, Colômbia, México e Uruguai.

Vitit Muntarhorn assumiu o primeiro mandato, por três anos, de especialista independente das Nações Unidas para proteção contra violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero.

A criação desse mandato mostra-se essencial para maior visibilidade da questão da violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero, além de possibilitar maior diálogo e enfrentar polarização ao destacar que todos os Estados e regiões enfrentam desafios para promoção dos direitos da população LGBTI e combater a violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero, ao mesmo tempo em que permite a divulgação de experiências exitosas e boas práticas no enfrentamento dessas violações e na promoção e respeito dos direitos humanos dessa população.

Em janeiro de 2017 foi realizada uma consulta pública sobre proteção contra violência e discriminação baseadas em orientação e sexual e identidade de gênero —oportunidade em que Estados, organismos das Nações Unidas e outros atores relevantes tiveram a oportunidade de trocar experiências e dialogar com o especialista independente na definição do escopo de seu trabalho, definir prioridades e desenvolver estratégias efetivas. A consulta também possibilitou a discussão sobre cinco questões-chave, inter-relacionadas e mutuamente interligadas, para enfrentar os desafios decorrente da violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero: descriminalização, não-estigmatização, reconhecimento jurídico da identidade de gênero, inclusão cultural com diversidade de gênero e diversidade sexual, promoção de empatia.

A descriminalização se refere a abrogar leis que criminalizam condutas e práticas homossexuais consensuais e identidade de gênero, e promover reformas legislativas nesse sentido. Em relação à não-estigmatização, o especialista independente destaca a necessidade de diálogo e sensibilização de diversos atores relevantes para prevenir e enfrentar estereótipos e preconceitos suportados por pessoas com base na orientação sexual e identidade de gênero; trabalhar com setores da saúde e relacionados para enfrentar o estigma na área médica que conduz à violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero; e abolir práticas de “correção” que visam alterar a orientação sexual e identidade de gênero das pessoas.

O reconhecimento jurídico da identidade de gênero abrange a afirmação em lei e na prática do direito das pessoas de terem sua identidade de gênero reconhecida socialmente e em documentos oficiais, independentemente de cirurgias, tratamentos ou outras medidas. A inclusão cultural com diversidade de gênero e diversidade sexual envolve identificar e disseminar interpretações

inclusivas de religiões e outras crenças que abram espaço para diversidade de gênero e sexual; trabalhar com lideranças religiosas, políticas, comunitárias e de opinião para disseminar respeito e proteção a todas as pessoas, independentemente de orientação sexual e identidade de gênero; e possibilitar a associação das pessoas e participação na vida familiar e mudanças na sociedade. Por fim, a promoção de empatia inclui um processo de educação e de socialização em direitos humanos para enfrentar a violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero das pessoas desde a infância; prevenir o discurso de ódio e práticas discriminatórias; envolver professores, pais, comunidades, crianças e adolescentes no desenvolvimento e compreensão da orientação sexual e da identidade de gênero.

Com base nessa consulta pública, buscou-se debater o trabalho a ser realizado sob o mandato do especialista independente das Nações Unidas para proteção contra violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero. Serão apresentados relatórios anuais ao Conselho de Direitos Humanos e à Assembleia Geral da ONU. O primeiro relatório (A/HRC/35/36) foi apresentado em abril de 2017.

6. Conclusões

A história de combate à violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero tem como marco a década de 90. Há uma história pré e pós 90 no que se refere à proteção dos direitos da diversidade sexual, concentrando as últimas duas décadas avanços extraordinários. Estes avanços têm sido obtidos, sobretudo, na arena jurisprudencial dos sistemas global e regionais, diante da ausência de um consenso que consagre um instrumento normativo global e regional concernente aos direitos da diversidade sexual.

O desafio maior é expandir, otimizar e densificar a força catalizadora da jurisprudência protetiva global e regional. O ponto de partida é a convergência —endossada por Comitês da ONU e pelas Cortes Européia e Interamericana— de que a igualdade e a proibição da discriminação constitui uma cláusula aberta a abarcar o critério da orientação sexual. Consequentemente, a orientação sexual não pode justificar a restrição, limitação e redução de direitos humanos.

Considerando a força cogente e inderrogável do princípio da igualdade e da não discriminação (elevado a jus cogens), há que se reforçar os deveres dos Estados em proibir a discriminação fundada em orientação sexual e assegurar

a igualdade por meio de legislação, políticas públicas e remédios judiciais. Endossa-se as clássicas obrigações dos Estados de respeitar (não violar), proteger (obstar que terceiros violem) e implementar direitos humanos (adotando todas as medidas necessárias à sua realização). Sob esta perspectiva, deflagra-se o processo de afirmação dos direitos da diversidade sexual, marcado por reivindicações morais distintas a compor e a re-significar o alcance do direito à igualdade e à diferença.

Ao mesmo tempo em que a criminalização das práticas homossexuais remanesce em alguns países e que persistem casos de violência baseada em orientação sexual e identidade de gênero, emerge a luta pelo combate à homofobia no plano internacional, mediante recentes iniciativas adotadas internacionalmente, como já destacado por este estudo. Isto é, se ainda há uma geografia mundial na qual é crime ser homossexual, por outro lado, há o contrapoder da vertente global e regional que, ao revés, afirma ser crime violar direitos de pessoas LGBTI. Daí o desafio da transformação cultural¹⁵.

A inovadora jurisprudência global e regional tem sido capaz de romper com a indiferença às diferenças, na afirmação do direito à igualdade com respeito às diversidades. Os direitos humanos simbolizam o idioma da alteridade: ver no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano. Para Luigi Ferrajoli Ferrajoli¹⁶, os direitos humanos simbolizam a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica.

As iniciativas no âmbito internacional e a jurisprudência dos sistemas global e regionais europeu e interamericano revelam a importância da justiça em assegurar que direitos triunfem, por vezes, de forma contra-majoritária, no exercício de um contrapoder emancipatório radicado no princípio da prevalência da dignidade humana, de forma que todas as pessoas possam, de fato, livre e plenamente exercer o direito de ser, com autonomia e dignidade.

¹⁵ Para Navi Pillay: "Laws criminalizing homosexuality pose a serious threat to the rights of lesbian, gay, bisexual and transgender individuals, exposing them to the risk of arrest, detention and, in some cases, torture and execution. (...) We also know that criminalization perpetuates stigma and contributes to a climate of homophobia, intolerance and violence. (United Nations High Commissioner for Human Rights, January/2011).

¹⁶ Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma, Bari, Laterza, 2002, p.338.

El informe de la CIDH sobre estándares interamericanos de derechos de los migrantes, refugiados y otras personas en situación de movilidad

*Felipe González Morales*¹

Introducción

Recientemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH” o “la Comisión”) publicó un Informe sobre estándares interamericanos acerca de personas en situación de movilidad.² Dichas personas corresponden a los colectivos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata y desplazados internos. Se trata de un conjunto de colectivos que, desde el año 2012, se encuentran agrupados en una misma Relatoría Temática de la Comisión. En este artículo se analizarán —de manera sintética— los principales aspectos cubiertos en dicho informe.

El informe sistematiza los desarrollos en la materia del Sistema Interamericano a través de las diversas funciones de la Comisión y la Corte Interamericana (en adelante, “la Corte”). En el caso de la Comisión, ellas corresponden al sistema de casos, a las medidas cautelares, a los informes sobre países y temáticos, y a las visitas a los Estados. En lo que se refiere a la Corte, ellas consisten en sus labores contenciosa y consultiva, así como a las medidas provisionales.

¹ El autor es Director del Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad Diego Portales y Relator Especial sobre Derechos de los Migrantes de Naciones Unidas. En su carácter de Relator sobre Migrantes, Refugiados y otras personas en situación de movilidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —cargo que desempeñó hasta diciembre de 2015—, supervisó la preparación del informe analizado en este artículo.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Movilidad Humana: Estándares Interamericanos: Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata y desplazados internos: normas y estándares del sistema interamericano de derechos humanos*, Washington, D.C., 31 de diciembre 2015, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>

Es importante tener en cuenta que el Sistema Interamericano carece de instrumentos referidos de manera específica a la situación de migrantes, refugiados u otras personas en situación de movilidad, poseyendo —únicamente— algunas disposiciones al respecto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, por lo que la labor interpretativa de la Corte y la Comisión sobre el tema resulta especialmente relevante. A dichos instrumentos cabe agregar la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, la cual, si bien no es estrictamente un instrumento de la Organización de Estados Americanos (OEA), fue endosada por la Asamblea General de esta, que llamó a los Estados a implementarla.

La labor interpretativa de la Corte y la Comisión se extiende, además, a algunos instrumentos de Naciones Unidas, en la medida que ellos son aplicables en el continente americano, y que sirven para ilustrar el sentido y alcance de los tratados y declaraciones interamericanos. Entre tales instrumentos de la ONU se encuentran la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo, las dos convenciones sobre apatridia, el Protocolo contra la trata de personas, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, etc.

En relación con la sistematización de estándares realizada en el informe en análisis, en lo que se refiere al sistema de casos y a las medidas cautelares de la Comisión, es relevante anotar que una parte importante del trabajo de dicho órgano sobre el tema se refiere a Estados Unidos. Como dicho país no ha reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, las decisiones a su respecto tienen menos visibilidad que las de los Estados que sí han hecho tal reconocimiento. De allí que el informe cumpla, también, una función de difusión de los estándares desarrollados, a propósito de sus casos y medidas cautelares acerca de EE.UU.

También es significativo que el informe no se refiera solamente a la jurisprudencia de casos de la Comisión y la Corte, sino que abarque —asimismo— las otras funciones de dichos organismos, señaladas más arriba. Ello debido a que el volumen de denuncias que llegan al Sistema Interamericano sobre el tema es reducido. El hecho de que dicho sistema haya desarrollado una jurisprudencia paradigmática sobre una serie de aspectos de los colectivos en situación de movilidad, puede inducir a error y hacer pensar que el volumen de denuncias es importante, cuando en rigor —salvo respecto de EE.UU.— se

trata de una cantidad reducida, lo cual demuestra la especial vulnerabilidad de estos colectivos que, por temor, falta de acceso a la justicia y/o carencia de información, utilizan escasamente el sistema de denuncias.

Criminalización y detención migratoria

Como constata el informe, en los últimos años se ha producido en los Estados de la OEA una tendencia hacia la descriminalización de la migración irregular. En muchas legislaciones de la región, la migración irregular ya no se encuentra tipificada como un delito, sino que constituye —a lo sumo— una falta administrativa. El Sistema Interamericano ha contribuido a ello por medio de diversos informes de países de la Comisión³ y a través de casos paradigmáticos como Vélez Loor en la Corte⁴ que, interpretando los instrumentos interamericanos, han sostenido de manera reiterada que la sanción penal de la migración irregular es incompatible con dichos instrumentos.

Sin embargo, la tendencia hacia la descriminalización no ha ido, necesariamente, acompañada de una reducción de la detención por razones migratorias. Si bien dicha reducción ha tenido lugar en una serie de países, precisamente en aquellos dos que son los mayores receptores de migrantes de la OEA —EE.UU. y México—, a pesar de que la migración irregular no constituye un delito (en México se derogó el tipo penal respectivo en la década pasada), la detención migratoria en vez de menguar, ha aumentado. Se trata ahora, claro, de una detención de carácter administrativo, pero que, en realidad, en muchas de sus características se asemeja en la práctica a la detención penal.

Más aún, esto ha traído consigo un efecto paradójico: el de verse reducida la salvaguarda del derecho a un debido proceso para los migrantes. Como no se trata ya de una detención de naturaleza penal, sino administrativa, el acceso a la justicia, el derecho a la defensa, el derecho a recurrir y otros componentes de un debido proceso, se ven afectados.

³ Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detención y Debido Proceso (2011); Derechos Humanos de los Migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México (2013).

⁴ Corte IDH, Caso Vélez Loor vs. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

El informe de la CIDH se refiere también a la cuestión de la detención migratoria infantil. A este respecto, el informe sistematiza los estándares desarrollados por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva sobre niñez migrante⁵, así como por la propia Comisión en varios informes sobre países.⁶ Conforme a esos parámetros, la detención migratoria infantil es incompatible con los instrumentos interamericanos de derechos humanos. La incompatibilidad se refiere no sólo a los niños no acompañados, sino también a aquellos que se encuentren junto a sus familias. Ello es sin perjuicio de que los niños puedan ser albergados en establecimientos abiertos. La Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva sobre niñez migrante, observa que “los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.”⁷

Todos los aspectos anteriores dicen relación con el hecho de que la detención migratoria constituye una privación de libertad. El lenguaje empleado por los Estados suele ocultar esta característica, al evitar utilizar la expresión “detención” para referirse a la privación de la libertad por razones migratorias. Los estándares interamericanos son claros en este sentido, ya que, independientemente de la nomenclatura empleada, la privación de libertad por razones migratorias debe ser excepcional tratándose de adultos y queda excluida en el caso de los niños.

Alcances del principio de no devolución

Es un principio jurídico de larga data y bien asentado en el Derecho Internacional el que un Estado no puede devolver a su país de origen o enviar a un tercer país a un extranjero que se encontrará en situación de riesgo para su vida o

⁵ Corte IDH, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014.

⁶ CIDH, Refugiados y Migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados, 2015.

⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, ob. cit., párr. 160.

integridad personal en caso de que la devolución tenga lugar. Este principio aparece consagrado en diversos tratados generales de derechos humanos y en los instrumentos internacionales contra la tortura.

En el caso del Sistema Interamericano, a pesar de no existir un instrumento específico sobre migrantes, refugiados u otros colectivos en situación de movilidad, tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XXVII) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran el derecho de asilo (art. 22.7) y esta última regula además en detalle el derecho de circulación y residencia en su art. 22, reconociendo expresamente, entre otros, el principio de no devolución, al señalar que “[e]n ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas” (numeral 8). En el numeral 9, establece la prohibición de expulsiones colectivas.⁸

El informe de la CIDH sobre estándares interamericanos hace referencia especial a las medidas cautelares y provisionales adoptadas en conexión con esta materia, ya que es justamente a través de ellas que la Comisión y la Corte han desarrollado una jurisprudencia al respecto. En particular, la Comisión ha adoptado medidas cautelares al respecto en numerosas ocasiones en relación con EE.UU. y así ha dispuesto dejar sin efecto la orden de deportación en diversos casos, como Andrea Mortlock⁹ o Wayne y Armendáriz¹⁰, ambos contra EE.UU. En la Corte, un caso de los últimos años con incidencia en la materia es de Wong-Ho-Wing contra Perú, que se refería a un nacional chino que alegadamente podía correr riesgo de que fuera aplicada la pena de muerte si era extraditado a su país.¹¹

En la medida cautelar y el informe de fondo del caso de Andrea Mortlock, el núcleo del asunto consistía en que en caso de ser deportada desde EE.UU. a su país de origen, Jamaica —desde donde había salido hacía décadas—, su

⁸ Corte IDH, Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁹ CIDH, Medida Cautelar 184/05, 19 de agosto 2005; Informe de Admisibilidad y Fondo Caso 12.534, Caso Andrea Mortlock (EE.UU.), 25 de julio de 2008.

¹⁰ CIDH, Informe 81/10 Caso 12.562, Fondo, Wayne Smith, Hugo Armendáriz et al (EE.UU.), 12 de julio de 2010.

¹¹ CIDH, Informe N°78/13 Caso 12.794, Fondo, Wong Ho Wing (Perú), fecha de remisión a la Corte 30 de octubre de 2013; Corte IDH, Wong Ho Wing vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 30 de junio de 2015. Dado que Perú ha abolido la pena de muerte, resultaría violatorio de la Convención Americana el extraditar a una persona a un Estado en el cual exista el riesgo de que le sea aplicada dicha pena.

vida correría serio riesgo, ya que se trataba de persona que vivía con VIH/SIDA cuyo tratamiento por medio de la triterapia se vería discontinuado. Respecto de Wayne y Armendáriz, el asunto concernía otros aspectos, ya que se refería a la protección de la vida familiar: se trataba de dos personas que llevaban décadas viviendo en EE.UU., con arraigo y descendientes y otros familiares cercanos allí. La normativa estadounidense prohíbe a los jueces realizar consideraciones humanitarias a efectos de suspender o dejar sin efecto una orden de deportación, prohibición que la Comisión Interamericana ha sostenido vulnera los estándares interamericanos.

Refugiados

En relación con los estándares en materia de refugiados en el Sistema Interamericano, es necesario subrayar la importancia que posee para el mismo la Declaración de Cartagena de Derecho de los Refugiados. Aunque, como ya señalamos, ella no es propiamente un instrumento de dicho sistema, la Asamblea General de la OEA la endosó, llamando a los Estados miembros a implementarla. Su aspecto central es que ella contiene una “definición ampliada” del concepto de refugiado, incorporando elementos objetivos, yendo más allá de las situaciones de fundado temor a que se refiere la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Naciones Unidas de 1951. Así, ella incluye “a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.”¹² Cabe destacar que la normativa interna de dieciséis Estados de la región incluye la definición ampliada de refugiado recomendada por la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados.

En relación con las solicitudes de asilo o refugio, en el Caso de la familia Pacheco Tineo, la Corte Interamericana definió, conforme a la Convención Americana y otros instrumentos internacionales aplicables, las siguientes obligaciones para los Estados:

¹² Declaración de Cartagena, Sección III, conclusión tercera.

“1. Deben garantizarse al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, para someter su solicitud ante las autoridades. (...)”

2. La solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal;

3. Las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas (...);

4. Con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad;

5. Si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre como recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello (...) y

6. El recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada.”¹³

Las garantías mínimas al debido proceso se aplican a cualquier persona, con independencia de su edad y condición de estancia en el país, lo que significa que una persona migrante en situación irregular en un país se encuentra en situación de igualdad con otros justiciables para defender sus derechos e intereses. Por tanto, señala la Corte Interamericana, el Estado debe respetar y asegurar dichas garantías mínimas en todo proceso, lo cual implica:

1. Derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio
2. Derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado
3. Derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales
4. Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete
5. Acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular

¹³ Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas), párr. 159.

6. Derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante
7. Derecho a que la decisión que se adopte sea debidamente fundamentada
8. Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos
9. Plazo razonable de duración del proceso.

Cuando se trate de niñas o niños, por una parte, los Estados tienen la obligación de adaptar los estándares anteriores de manera de hacerlos eficaces a unas y otros, y, por otra, la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva sobre niñez migrante, añade otros dos obligaciones, que mencionamos más abajo.

Respecto de la adaptación de las obligaciones estatales a situaciones que afecten a la infancia, la Opinión Consultiva observa la necesidad de tomar una serie de medidas específicas. Entre ellas se encuentra, primeramente, la de asegurar “la existencia de personal capacitado para comunicarle a la niña o niño, de acuerdo al desarrollo de sus capacidades cognitivas, que su situación está siendo sometida a consideración administrativa o judicial garantizará que el derecho a la defensa pueda ser ejercido por la niña o niño, en el sentido de entender lo que está sucediendo y poder dar su opinión en lo que estime pertinente.”¹⁴ Asimismo, la Corte establece que “las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios no especializados” y que las personas a cargo de tales decisiones deben hallarse “debidamente capacitadas, de forma que puedan identificar las necesidades especiales de protección de la niña o niño, de conformidad con el interés superior.”¹⁵ La Opinión Consultiva agrega que “las niñas y niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños”,¹⁶ y que “cualquier declaración de una niña o niño [migrante] debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos, la posibilidad de no declarar, la asistencia del representante legal y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla.”¹⁷ Además, se resalta por la Corte que “el acceso a la comunicación y asistencia consular se convierte en un derecho que cobra una especial relevancia y que debe ser garantizado y

¹⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, ob. cit., párr. 116, párrafo 117.

¹⁵ *Ibíd.*, párrafo 121.

¹⁶ *Ibíd.*, párrafo 122.

¹⁷ *Ibíd.*, párrafo 123.

tratado de manera prioritaria por todos los Estados¹⁸ y que el tipo de asistencia jurídica que se le proporcione debe ser especializada.¹⁹

En lo que se refiere a las obligaciones adicionales, ellas consisten en el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados, y en el de considerar el interés superior del niño al momento de adoptar la decisión a su respecto.

En cuanto a lo primero, debido a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las niñas o niños no acompañados o separados, se requiere por la Corte para iniciar el proceso judicial o administrativo pertinente nombrar un tutor competente lo antes posible, como garantía procesal indispensable para el interés superior del niño.²⁰ El tutor nombrado se debe mantener hasta la mayoría de edad del niño, hasta que abandone el territorio o hasta que cese la causa por la cual fue nombrado. En este tiempo, el tutor debe actuar con conocimiento de los aspectos que existen en la vida del niño, siendo un vínculo entre la niña o el niño y los organismos estatales, y teniendo capacidades especializadas a fin de conseguir asegurar y proteger el interés superior de la niña o del niño. Dicho nombramiento debe estar sujeto a una continua evaluación que permita conocer la buena práctica de la tutoría para el fin que se pretende, es decir, otorgar al niño mecanismos de protección acordes a su especial situación de vulnerabilidad.

En lo concerniente al segundo aspecto, es decir, a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada, dicha fundamentación debe recoger los hechos, los motivos y las normas que conforman la decisión adoptada y, en el caso de las niñas y niños, debe constar la forma en que se tuvieron en cuenta la opinión del niño y la evaluación de su interés superior, los cuales se encuentran íntimamente ligados²¹.

¹⁸ *Ibíd.*, párrafo 128.

¹⁹ *Ibíd.*, párrafo 131.

²⁰ *Ibíd.*, párrafo 116.

²¹ Lo anterior, se cita en la Opinión Consultiva emitida por la Corte, en palabras del Comité de los Derechos del Niño, como que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior)] si no se respetan los componentes del artículo 12 [(derecho a participar y que su opinión sea tenida en cuenta)]”. Del mismo modo, “el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado. Corte IDH, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, Opinión Consultiva OC-21/14, cit., párrafo 74.

Desplazados internos

En relación con los desplazados internos, el informe en análisis señala que el desplazamiento forzado interno afecta a múltiples derechos humanos, tales como el derecho de circular libremente en el territorio del Estado; el derecho de escoger libremente el lugar de residencia; el derecho a la integridad personal; el derecho a la vida privada y familiar; el derecho a la propiedad; y el derecho al trabajo. Añade el informe que “en el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, derechos específicos son, además, el derecho a no ser separados de la familia, el derecho a una especial protección y cuidado, y el derecho a la educación. En el caso de las mujeres, el derecho a la adopción de medidas por la vulnerabilidad a la violencia por su condición de desplazadas. En el caso de comunidades y pueblos indígenas y afrodescendientes, el derecho a sus tierras y territorios ancestrales y tradicionales, y el derecho a su cultura.”²²

También es relevante la cuestión de los desplazados y el cambio climático. La CIDH valora en su informe “el reconocimiento que hicieron los Estados de América Latina y el Caribe en la Declaración de Brasil de 2014 con relación a los desafíos que plantean el cambio climático y los desastres naturales, así como el desplazamiento de personas que estos fenómenos generen en la región.”²³ El cambio climático y diversos desastres naturales ocurridos en los últimos años han provocado desplazamiento interno y migración internacional, desde países sin servicios adecuados ni políticas de desarrollo sostenible.

Personas apátridas

Respecto de las personas apátridas, la migración en la región —a menudo forzada— pone en riesgo de llegar a serlo a numerosas personas, especialmente a niños y niñas, al no contar con un registro de nacimiento. También hay casos de apatridia por la situación de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero. La Comisión Interamericana en su informe sobre movilidad humana señala la excepcionalidad de las situaciones de apatridia en los Estados de la OEA. Ello gracias a la aplicación combinada de los principios de *ius soli* y de *ius sanguinis* en la mayoría de los Estados de la región.

²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Movilidad Humana: Estándares Interamericanos (cit.), párrafo 235.

²³ *Ibid.*, párrafo 64.

No obstante —añade—, como se señala en la Declaración de Brasil, subsisten vacíos legislativos y omisiones en la práctica estatal a nivel regional para prevenir la apatridia.²⁴ Por último, otro serio problema que advierte la Comisión Interamericana se refiere a leyes sobre nacionalidad en algunos países que no reconocen la igualdad de las mujeres en relación con los hombres para el otorgamiento de la nacionalidad a sus hijos.

Este tema fue analizado *in extenso* por la Comisión en un Informe reciente sobre República Dominicana.²⁵

Víctimas de trata

En su informe sobre estándares, la Comisión Interamericana constata que “[s]i bien hay una gran variedad de instrumentos jurídicos internacionales que contienen normas y medidas prácticas para combatir la explotación de personas, no había un instrumento universal que abordase todos los aspectos de la trata de personas.”²⁶ El Protocolo contra la Trata de Personas —también conocido como Protocolo de Palermo— viene a desempeñar en este sentido un importante papel, al adoptarse con miras a prevenir dicho delito, sancionar a los tratantes y proteger a las víctimas, en especial mediante el amparo de sus derechos humanos internacionalmente reconocidos. El Protocolo establece, asimismo, la primera definición internacional vinculante de la trata de personas. El informe además resalta que treinta y dos Estados de la OEA han ratificado el referido protocolo.

El informe de la CIDH señala que “[e]n el contexto de la migración las víctimas de trata de personas conforman otro grupo en situación de extrema vulnerabilidad. La discriminación de género y el machismo presentes en muchos países de la región son factores que explican el impacto desproporcionado que tiene la trata de personas en la victimización de mujeres; sin embargo, los hombres también suelen ser víctimas de diversas formas de trata de personas.”²⁷ El informe también da cuenta de la victimización de niñas y niños, correspondiendo aquellas a un 20% del total de víctimas y estos a un 10%.

²⁴ *Ibíd.*, párrafo 56.

²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de Derechos Humanos en República Dominicana (2015).

²⁶ *Ibíd.*, párrafo 114.

²⁷ *Ibíd.*, párrafo 66.

La Comisión también observa que debido a sus características, la trata de personas es uno de los delitos con mayores niveles de subregistro, constatando importantes carencias en lo referido a la información sobre el perfil de los perpetradores y de las víctimas. De acuerdo a lo indicado por el informe, “[e]n las Américas, la trata con fines de trabajo forzoso y con fines de explotación sexual se registran en proporciones similares. En Norteamérica, Centroamérica y el Caribe más del 50% de las víctimas identificadas son explotadas en trabajos forzosos, mientras que en Sudamérica el porcentaje es alrededor de 40%.”²⁸

En cuanto a las normativas internas de los Estados de la OEA, el informe establece que la mayoría de ellos posee una legislación específica para prevenir y sancionar la trata de personas. Ello se ha producido, especialmente, como consecuencia de la ratificación del Protocolo de Palermo por muchos de ellos, el cual impone dicha obligación. No obstante, la CIDH observa que en algunos países la legislación es parcial.

Además, el informe da cuenta de los altos niveles de impunidad en la materia en la región, al no apreciarse un aumento relevante en las investigaciones y condenas por el delito de trata de personas. Señala el informe que “[c]uando se comparan las cifras de los casos denunciados y sus sospechosos con el número de condenas, este último es apenas un 10% del primero. En cuanto a los casos sancionados —añade el informe—, el 80% de los perpetradores condenados en las Américas son personas que tratan nacionales de su propio país y que han sido procesados por su Estado. Un 17% de los perpetradores son nacionales de otros países de la región, y sólo el 3% son ciudadanos de países de otra región.”²⁹

Derecho a igual protección y a no ser discriminado

Varios tratados e instrumentos internacionales, incluida la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias, consagran y garantizan el derecho a igual protección ante la ley y el derecho a no ser discriminado. Como lo ha señalado la Corte Interamericana

²⁸ *Ibíd.*, párrafo 67.

²⁹ *Ibíd.*, párrafo 72. Se ha eliminado una referencia contenida en el texto original.

de Derechos Humanos, “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona.”³⁰

El desarrollo del Derecho Internacional ha resultado en la consolidación de ciertos principios de derechos humanos con la categoría de *jus cogens*, es decir, que se trata de normas generales imperativas de derecho internacional que no pueden ser alteradas o suprimidas por otras leyes o tratados. Así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-18 de 2003, en la que analiza los derechos de los trabajadores indocumentados: “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.”³¹

Como consecuencia directa de la vigencia de estos principios de *jus cogens*, los Estados tienen un deber afirmativo de corregir toda situación de hecho o disposiciones legales vigentes bajo su jurisdicción territorial. Desde luego, ello no implica que los Estados no puedan realizar distinciones razonables y objetivas entre poblaciones diferentes, lo cual está permitido por el derecho internacional y forma parte también de la jurisprudencia de la CIDH y de la Corte Interamericana.

Las garantías de debido proceso resultan fundamentales también para la determinación de otros derechos de los trabajadores migratorios, lo que incluye los derechos laborales. Todo Estado ciertamente goza de la facultad de regular las condiciones y requisitos del trabajo, y de no permitir el empleo de los migrantes indocumentados, y lo mismo es cierto de los empleadores privados. En ninguna de estas circunstancias se estaría incurriendo en violaciones de los principios de *jus cogens* consistentes en la igualdad ante la ley y la no discriminación.

Los derechos laborales corresponden a todos los trabajadores, con independencia de su condición migratoria. En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado de manera clara que “una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación

³⁰ Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, párrafo 55.

³¹ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, OC-18/03, Opinión Consultiva de 17 de septiembre de 2003, párrafo 101.

alguna.”³² El Estado debe ser el garante último de tales derechos y es responsable ante la comunidad internacional por su protección, independientemente de que la relación laboral, sea con el Estado o con una entidad privada que opera dentro de su jurisdicción territorial.³³ La Comisión Interamericana también se ha pronunciado, recientemente, al respecto en un caso acerca de EE.UU.³⁴

Los derechos laborales de los que goza todo migrante por su condición de trabajador incluyen el derecho a asociarse libremente, a la negociación colectiva, a salarios justos, a la seguridad social, a condiciones de trabajo seguras y salubres, y al pago de horas extraordinarias. Se trata de derechos inalienables para todo trabajador, sin importar el Estado en que se encuentren, y surgen desde el momento en que son empleados.

El respeto de los derechos básicos de los migrantes no puede entenderse como un impedimento para que los Estados definan y apliquen sus propias políticas migratorias de manera razonable. Por el contrario, el Estado tiene un papel necesario en la implementación de políticas migratorias adecuadas a su propia realidad. La Corte Interamericana ha señalado al respecto que “en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores.”³⁵ Señaló igualmente la Corte Interamericana que las medidas que pueden tomar los Estados incluyen el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, aunque aclaró que los Estados están obligados a establecer mecanismos para asegurar que no se incurra en discriminación alguna y que de tal manera “se

³² *Ibíd.*, párrafo 133.

³³ En su Opinión Consultiva 18, la Corte Interamericana añade que “No es admisible que un Estado de empleo proteja su producción nacional, en uno o varios sectores, fomentando o tolerando la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaliéndose de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente”. *Ibíd.*, párr. 170.

³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°50/16, Caso 12.834, Fondo (Publicación), Trabajadores Indocumentados, Estados Unidos de América, 30 de noviembre de 2016,

³⁵ *Ibíd.*, párr. 169.

garantiza una vida digna al trabajador migrante, protegiéndole de la situación de vulnerabilidad e inseguridad en que usualmente se encuentra, y se organiza así eficiente y adecuadamente el proceso de producción local o nacional.”³⁶

Conclusiones

Dado que el Sistema Interamericano carece de un instrumento específico que establezca estándares en materia de migraciones y de otras situaciones de movilidad humana, tales como refugiados, desplazados y otros colectivos, el Informe reciente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se ha analizado someramente en este artículo, resulta relevante para una sistematización de aquellos parámetros que se han desarrollado en la jurisprudencia interamericana a partir de la interpretación de instrumentos de carácter general, tales como la Declaración Americana y la Convención Americana.

Similarmente, puesto que a nivel de Naciones Unidas sí existen instrumentos específicos, como la Convención sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias, las convenciones sobre refugiados, las referidas a situaciones de apatridia y otras, su desarrollo interpretativo también resulta importante en el contexto regional interamericano, como se refleja en el informe de la CIDH al que se viene haciendo mención.

Los estándares contenidos en el informe de la CIDH debieran ser de utilidad para los Estados y la sociedad civil, incluyendo, desde luego, los colectivos en situación de movilidad. El Informe contribuirá, además, al fortalecimiento del trabajo de la propia Comisión y de la Corte Interamericana, al dar mayor sistematicidad al trabajo que han llevado a cabo en la materia.

³⁶ *Ibíd.*, párr. 169.

2

SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

¿Dónde están los límites de la revisión judicial? El caso de la Norma Secundaria de Calidad Ambiental del Río Valdivia y los Tribunales Ambientales como entidad de control

Catalina Medel¹

What are we watching for and how do we evaluate what we see? What makes a government decision good or bad, right or wrong? [...] if we are to set judges to watch bureaucrats, we must either tell the judges the answers to these questions or expect them to figure out for themselves [...] In reality we have given the judges a task of surveillance not so different than that of the citizens in general. Judges cannot dodge these very difficult questions of rightness and goodness.

Shapiro, 1988.

Resumen

El presente artículo busca analizar el rol de los tribunales ambientales como sede de revisión de cuentas, a través de la problemática planteada por la sentencia que anuló la norma secundaria de calidad ambiental de la cuenca del río Valdivia. En un Estado moderno, enfocado en la regulación y no en la provisión de servicios —como Chile—, los tribunales de justicia cumplen un rol relevante como sede de rendición de cuentas, al analizar la legalidad o ilegalidad de las decisiones tomadas por las autoridades de la Administración del Estado. Sin embargo, y tal como se argumentará en este artículo, el ámbito de revisión judicial de los tribunales ambientales es más amplio que la versión tradicional, en vista de las razones que están detrás de su creación y del diseño institucional seleccionado por el legislador.

¹ Abogada Universidad de Chile. Estudiante del Doctorado en Derecho, Universidad de Chile. MSc in Regulation, London School of Economics and Political Science. Profesora de Diseño Institucional e Industrias Reguladas, Universidad Adolfo Ibáñez.

Palabras Clave: Diseño institucional, revisión judicial, tribunales medioambientales, medioambiente.

1. Introducción

El día 29 de septiembre del año 2016, el Tercer Tribunal Ambiental, con sede en Valdivia (“Tribunal Ambiental”) resolvió respecto de tres reclamaciones interpuestas por la Corporación para el Desarrollo de la Región de los Ríos, Celulosa Arauco y la Forestal Calle Calle, en contra del Decreto Supremo N° 1 de 2015 del Ministerio del Medio Ambiente, que establece la Norma Secundaria de Calidad Ambiental (“NSCA”) de la cuenca del río Valdivia. En su sentencia, el Tribunal Ambiental acogió, en parte, las reclamaciones de ilegalidad realizadas por las empresas, en cuanto consideró que existía una “falta de motivación suficiente del decreto reclamado, como resultado de las diversas deficiencias sustantivas y adjetivas de los AGIES [análisis generales de impacto económico y social].”²

Ante la sentencia del Tribunal Ambiental, el Consejo de Defensa del Estado (“CDE”) interpuso un recurso de casación en el fondo, argumentando, entre otras cosas, que no existía falta de motivación suficiente del decreto reclamado, y que las decisiones en relación a los AGIES eran decisiones discrecionales — técnicas— de la Administración del Estado. En este sentido, el CDE señaló que “las decisiones basadas en la discrecionalidad técnica deben ser fiscalizadas, pero únicamente para verificar la legalidad del procedimiento mediante el cual fueron dictadas, sin enjuiciar la decisión propiamente tal. Si la autoridad controladora revisara la decisión discrecional, se estaría extralimitando en sus funciones.”³ Es decir, el CDE cuestionó el rol que había tomado el Tribunal Ambiental como sede de rendición de cuentas, en cuanto habría excedido sus competencias al pronunciarse respecto de la necesidad de los AGIES al dictar la NSCA.

Al respecto, una de las reclamantes, Celulosa Arauco, basado en un informe en derecho de Luis Cordero Vega, señaló que “[l]os Tribunales ambientales, como órganos especializados, no se encuentran sometidos al mismo ámbito

² Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, Rol 25-2016, Corporación para el Desarrollo de la Región de los Ríos con Ministerio Medio Ambiente.

³ Consejo de Defensa del Estado, Recurso de Casación en el Fondo interpuesto en contra de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental Rol 25-2016, p. 26.

de deferencia que los tribunales generalistas, sino que cuentan con estándares de revisión más amplios pues son una respuesta institucional frente al fortalecimiento de la Administración en materia de políticas ambientales.⁴

En un Estado moderno enfocado en la regulación y no en la provisión de servicios, como Chile,⁵ los tribunales de justicia cumplen un rol relevante como sede de rendición de cuentas, al analizar la legalidad o ilegalidad de las decisiones tomadas por las autoridades de la Administración del Estado.⁶ En ese sentido clásico, el rol de los tribunales ambientales estaría limitado a controlar la legalidad de las decisiones de la Administración del Estado en relación a temas medioambientales. Sin embargo, las razones detrás de la creación de los tribunales ambientales, y la forma en que fueron diseñados, parecen alejarse del sentido clásico de revisión judicial. Más bien como se discutirá en este artículo, pareciera ser que se escogieron a los tribunales ambientales como entes con competencias amplias de revisión.

Se argumentará que los tribunales ambientales no han sido considerados como un foro clásico de rendición de cuentas, sino que tienen un amplio margen de decisión, en cuanto (i) su creación responde a un balance de poder en el espacio regulatorio medioambiental y a la necesidad de estabilidad y certeza respecto de dicha regulación, y (ii) su diseño permite que haya un control técnico de las decisiones de la Administración.

Este artículo está estructurado de la siguiente manera: en primer lugar, se analizará en la sección dos la arquitectura institucional medioambiental; en la siguiente sección se analizará el rol de la revisión judicial, desde una perspectiva clásica y una más contemporánea; en la sección cuatro se analizarán las razones por las cuales se considera que los tribunales ambientales no son un clásico foro de rendición de cuentas, sino que son un foro de revisión amplio y que, exactamente, esto es lo que se refleja en la decisión tomada en relación a la NSCA de la cuenca del Río Valdivia. Finalmente, en la sección cinco se expondrán las conclusiones.

Algunas prevenciones: este trabajo no tiene por fin tomar una posición en relación a si la revisión judicial clásica o una visión contemporánea es mejor o peor; tampoco de si la labor de los tribunales ambientales es preferible bajo una

⁴ Celulosa Arauco, escrito de 'Acompaña Documento', presentado ante la Corte Suprema en la causa Rol 83.344-2016, Corporación para el Desarrollo de la Región de los Ríos con Ministerio de Medio Ambiente.

⁵ Ver, en este sentido, Majone, Giandomenico, "The rise of the regulatory state in Europe", en *West European Politics*, Vol. 17, N°3, (Routledge), 1994.

⁶ Sistema clásico de contrapesos en el Estado.

u otra interpretación. Lo que se quiere mostrar por medio de este análisis es un diseño institucional especial (analizado por Cordero y Tapia en su artículo ‘La revisión judicial de las decisiones regulatorias’) y las razones por las que se considera que ese diseño especial de revisión judicial es el que los legisladores tomaron al crear los tribunales ambientales.

2. El diseño institucional ambiental

El diseño actual de los reguladores medioambientales fue moldeado por una gran reforma que se desarrolló entre los años 2008 y 2012. Esta reforma fue gatillada, en parte, por un informe de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (“OCDE”), en el cual se recomendaba a Chile fortalecer su institucionalidad medioambiental.⁷ En el contexto de la apuesta de Chile para hacerse miembro de la OCDE, esta reforma buscó hacerse cargo de los problemas que existían en la institucionalidad ambiental.⁸ Un problema, en todo caso, siguió latente: la dependencia de las entidades reguladoras del gobierno central.⁹

En el Mensaje ingresado por el Ejecutivo, la reforma planteaba un diseño clásico de administración, el cual se basaba en la creación de un Ministerio de Medio Ambiente, una Superintendencia del Medio Ambiente y un Servicio de Evaluación Ambiental, sujeto a un sistema tradicional de rendición de cuentas: la posibilidad de interponer una reclamación ante la Corte de Apelaciones.¹⁰ Sin embargo, al poco tiempo del ingreso del proyecto, incumbentes del proceso y parte de los legisladores solicitaron la inclusión de un tribunal especial, el cual debía actuar como un experto independiente, funcionando como un contrapeso a los poderes que se le estaban otorgando a la Superintendencia del Medio Ambiente.¹¹ Los tribunales ambientales fueron una exigencia para

⁷ OCDE, *Environmental Performance Reviews, Chile, Conclusions and Recommendations*, 2005, disponible en <http://www.oecd.org/env/country-reviews/34856244.pdf>.

⁸ Ver Historia de la Ley 20.417, disponible en www.leychile.cl.

⁹ Ver OCDE, *Regulatory Policy in Chile: Government Capacity to Ensure High-Quality Regulation*, OECD Reviews of Regulatory Reform, (OECD Publishing), 2016.

¹⁰ De esta forma funciona en el área de telecomunicaciones y en electricidad, respecto de la Subsecretaría de Telecomunicaciones y respecto de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (sin perjuicio del rol del Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos).

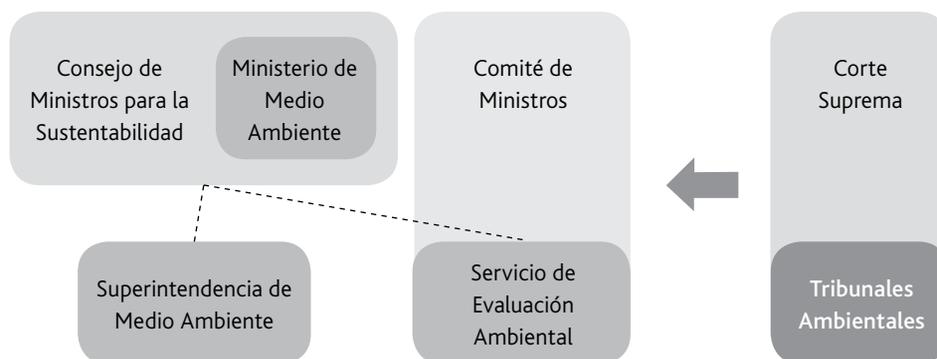
¹¹ Así, en la tramitación de la Ley N° 20.417 el Consejo Minero señaló que: “[l]a tendencia actual en materia de regulación es la separación de las facultades de fiscalización de la potestad sancionatoria por lo que se sugiere la creación de tribunales tributarios. En este contexto, se propone mantener a la Superintendencia como un organismo fiscalizador eficaz y otorgar la

llevar a cabo la reforma ambiental.¹² El proyecto de los tribunales ambientales fue ingresado al Congreso con fecha 28 de octubre de 2009.

La naturaleza de los mencionados tribunales fue modificada durante la tramitación del proyecto de ley. Si bien al principio eran concebidos como tribunales administrativos de anulación, con “facultad de sustitución y reemplazo de las decisiones ambientales”,¹³ terminaron siendo aprobados como tribunales especiales con competencia para revisar la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones de la Administración del Estado.¹⁴

Hoy la institucionalidad ambiental se ve así:¹⁵

Figura 1



Fuente: <http://portal.mma.gob.cl/organigrama-institucionalidad-ambiental/>

Tal como se aprecia en la Fig. 1, el aparato regulatorio depende, completamente, del gobierno central —incluso entidades eminentemente técnicas, como el Servicio de Evaluación Ambiental. El Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Ministerio del Medio Ambiente son los encargados de formular las políticas,

potestad sancionatoria a un tribunal administrativo ambiental.” Historia de la Ley N° 20.417, p. 136. Ver, asimismo, la discusión en torno a las razones por las cuales los tribunales ambientales no fueron considerados en un principio en el proyecto de ley de reforma de la institucionalidad ambiental, Historia de la Ley N° 20.417, pp. 703 y ss.

¹² Ver Plumer, Marie Claude, “Los Tribunales Ambientales: Se completa la Reforma a la Institucionalidad Ambiental”, Anuario de Derecho Público (Universidad Diego Portales) 2013, disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2013/Anuario2013_todo.pdf.

¹³ Plumer, ob. cit. p.302.

¹⁴ Boettiger, Camila, “La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria”, Revista Actualidad Jurídica 29 (Universidad del Desarrollo), 2014, pp. 297 y 298.

¹⁵ No se incluye el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, en cuanto aún se encuentra en trámite.

normativa e instrumentos medioambientales. En particular, el Ministerio es quien lidera y coordina las cuestiones medioambientales, mientras que el Consejo opera como un lugar de encuentro para discusión de los lineamientos y políticas en dicha materia.

La Superintendencia de Medio Ambiente es el ente fiscalizador por excelencia, cumpliendo el rol de implementar la normativa ambiental, fiscalizar y sancionar su incumplimiento. Sin embargo, para ejercer parte de sus herramientas más severas, necesita de un control *ex ante* por parte de los tribunales ambientales.¹⁶ Por su parte, el Servicio de Evaluación Ambiental es el ente que administra la evaluación de proyectos y los permisos necesarios para desarrollar dichos proyectos.

Los tribunales ambientales son aquellos ante los cuales se puede solicitar la revisión de las decisiones tomadas por la Superintendencia de Medio Ambiente y del Servicio de Evaluación Ambiental e incluso de las tomadas por el Ministerio de Medio Ambiente. Son tribunales autónomos sujetos a la supervigilancia de la Corte Suprema.¹⁷

El último actor en este espacio regulatorio es la Corte Suprema. No sólo cumple un rol en tanto a su supervigilancia y como tribunal de casación de las decisiones tomadas por los tribunales ambientales, sino que —directamente— como foro tomador de decisiones en materias medio ambientales, conociendo de dichas materias a través de recursos de protección.¹⁸

¹⁶ De acuerdo a lo establecido en el artículo 17 de la Ley N° 20.600, los tribunales ambientales deben “[a]utorizar las medidas provisionales señaladas en las letras c), d) y e) del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, así como las suspensiones señaladas en las letras g) y h) del artículo 3° de esa ley, y las resoluciones de la Superintendencia que apliquen las sanciones establecidas en las letras c) y d) del artículo 38 de la misma ley, elevadas en consulta. Será competente para autorizar estas medidas el Tribunal Ambiental del lugar en que las mismas vayan a ser ejecutadas”.

¹⁷ Durante la tramitación del proyecto de tribunales ambientales, la Corte Suprema negó dicho carácter y señaló que se trataba más bien de órganos administrativos.

¹⁸ Por ejemplo, en el caso de Mina Invierno, y en relación a la pertinencia o no de abrir un proceso de participación ciudadana, la Corte Suprema decidió acoger el recurso de protección y obligar a la autoridad competente a incorporar un proceso de participación ciudadana en la tramitación de la declaración de impacto ambiental de la tronadura de Mina Invierno. Lo interesante de este caso (y reconocido así en el voto disidente) es que este tipo de conflictos ambientales debiese ser analizado por los tribunales ambientales y no por la Corte Suprema, a través de un recurso de protección, ya que una vez dictada la Ley N° 20.600, se entendía que se restringiría la vista de las causas a través de recursos de protección, como la misma Corte Suprema había señalado en el caso Crystal Lagoons en 2014.

3. El rol de la revisión judicial en un Estado regulador

Los sistemas de rendición de cuentas (o de *accountability*) entregan legitimidad a políticos y a autoridades públicas, puesto que otorgan la posibilidad de verificación de su actuación por parte de terceros.¹⁹ Es un mecanismo en el cual una autoridad da cuenta, explica o justifica sus acciones ante un tercero, de manera *ex post*. Esta es una de las cuestiones que diferencian al control de un sistema de rendición de cuentas: el control puede darse *ex ante* o *ex post* de la actuación del controlado, como sucede con la Superintendencia de Medio Ambiente y las autorizaciones que tiene que solicitar a los tribunales ambientales. La rendición de cuentas siempre es *ex post*.²⁰

Este mecanismo puede aplicarse a diferentes actores, por razones diversas y en distintos foros. Es una trilogía representada por las preguntas ¿quién debe rendir cuentas? ¿respecto de qué? ¿ante quién?²¹ Responder estas preguntas respecto de las autoridades administrativas determina el foro donde se debe rendir cuentas; la sede es distinta si la rendición de cuentas se refiere a promesas hechas en el dominio político, o si se refiere a estándares de actuación en relación a las exigencias establecidas por el sistema jurídico. Por ejemplo, las promesas políticas de campaña se evaluarán a través de una cuenta pública anual o a través de procedimientos específicos ante el Congreso. En cambio, cuando nos referimos a una rendición de cuentas respecto del cumplimiento de estándares legales de parte de las autoridades, entendemos que son los tribunales de justicia los que constituyen un foro para dicha rendición de cuentas.²²

Este tipo de rendición de cuentas —respecto de los estándares de conducta establecidos por el sistema jurídico— es lo que, usualmente, se denomina como revisión judicial.²³ De acuerdo a Bridges, Meszaros y Sunkin, “la revisión judicial es la forma principal por la cual las cortes [...] supervisan la

¹⁹ Ver, en este sentido, Boven, Mark, *Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework*, en *European Law Journal*, 13 (4), 2007, pp.447-468; Lodge, Martin and Lindsay Stirton, *Accountability in the Regulatory State*, en Robert Baldwin, Martin Cave and Martin Lodge (editores), *The Oxford Handbook of Regulation*, 2010, pp. 349-370; Mulgan, Richard, ‘Accountability’: An Ever-Expanding Concept?, en *Public Administration*, 78(3), 2000, pp. 555-573.

²⁰ Ver, Boven, ob. cit. y, Mulgan ob. cit.

²¹ Baldwin, Robert, Martin Cave and Martin Lodge, *Understanding Regulation*, 2da. edición, (Oxford University Press), 2012, p. 342.

²² Ver, en este, sentido Busuioc, Madalina, *European Agencies: Law and Practices of Accountability*, Oxford (Oxford University Press), 2013 y Ogus, Anthony, *Regulation: Legal Form and Economic Theory* (Hart Publishing), 2004, pp. 99 y ss.

²³ *Ibidem*.

conducta de gobiernos centrales y locales y de otras autoridades públicas.²⁴ Los tribunales de justicia son parte del sistema de pesos y contrapesos del estado moderno, y su rol —en cuanto a foro de rendición de cuentas— ha tomado más importancia con el desplazamiento del Estado benefactor y a su nuevo rol como Estado regulador. En un Estado Regulador es crucial la posibilidad de solicitar la revisión de las decisiones de las autoridades de la administración.²⁵

La revisión judicial, como sistema de rendición de cuentas, tiene ciertas particularidades que lo hacen único. En primer lugar, sólo existe cuando una decisión de una autoridad es reclamada ante los tribunales de justicia; es un foro que no es permanente, ni en su aspecto temporal ni en relación a las autoridades.²⁶ No todas las decisiones de las autoridades son revisadas, y algunas autoridades tienen más reclamaciones que otras. Todo depende de si aquellos legitimados para hacerlo deciden reclamar de las decisiones de las autoridades de la administración ante los tribunales de justicia.

En segundo lugar, la revisión judicial trae a las cortes cuestiones de política pública que, generalmente, corresponderían a los poderes Ejecutivo y Legislativo.²⁷ Al ser llamados los tribunales a revisar la legalidad o ilegalidad de las decisiones tomadas por autoridades de la Administración del Estado, es posible que tomen parte de decisiones de regulación y de políticas públicas.²⁸

Sin embargo, los tribunales como sede de rendición de cuentas no están llamados a reemplazar la decisión sujeta a revisión con una interpretación propia. Pero, ¿cuándo puede considerarse que un tribunal está sobrepasando sus fronteras como revisor? La respuesta no es sencilla. El problema es que los límites de la revisión pueden ser difusos: en primer lugar, es imposible establecer códigos de conducta que establezcan, claramente, todo lo que pueden y no pueden hacer a las autoridades, y de esa manera limitar el rol de los tribunales de justicia. Y, en segundo lugar, si establecemos los límites desde el rol de los tribunales, podemos encontrar distintas formas de establecerlos,

²⁴ Traducción libre '[j]udicial review is the principal means by which the courts [...] exercise supervision over the conduct of central and local government and other public authorities.' Bridges, Lee, George Meszaros and Maurice Sunkin, *Judicial Review in Perspective*, 2da edición, (Cavendish Publishing Limited), 1995.

²⁵ Ver Rose-Ackerman, Susan, *The Regulatory State*, en Michel Rosenfeld and Andrés Sajó editores, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (Oxford University Press), 2012, pp. 671-686.

²⁶ Horowitz, Donald L., *The Courts as Guardians of the Public Interest*, *Public Administration Review*, 37(2), 1977, pp. 148-154.

²⁷ Baldwin, Cave y Lodge, ob. cit., p. 345.

²⁸ *Ibíd.*

como una regla aplicable a todo tipo de tribunales (una versión clásica), o como una regla dependiente del diseño institucional (como la versión contemporánea propuesta por Cordero y Tapia).

3.1. Los límites clásicos de la revisión judicial

La revisión judicial supone analizar un reclamo respecto de la legalidad de una decisión. Esto, inmediatamente, nos da luces respecto de lo que los tribunales no deben revisar: cuestiones que tengan que ver con promesas políticas o con expectativas respecto de la actuación de la autoridad que no estén establecidas en la ley. Por ejemplo, si se espera que una autoridad tome decisiones respecto de una protección mayor al medio ambiente que la establecida en la ley, y no lo hace, no es posible exigirle que rinda cuentas ante los tribunales de justicia.

Entonces, ¿en qué se deberían enfocar? La revisión judicial ha sido definida como “un instrumento de derecho administrativo, que incluye un grupo de remedios disponibles en los tribunales para reclamar la legalidad o legitimidad de actos u omisiones de autoridades públicas.”²⁹ Como señala Sunstein, los tribunales como sede de rendición de cuentas entregan un “seguro” frente a actuaciones arbitrarias o ilegales de la autoridad.³⁰ La ilegalidad puede consistir en falta de competencia, en la falta de un debido proceso, en la falta de proporcionalidad, razonabilidad o legitimidad de la decisión.³¹

DeLong, ha representado la revisión judicial como un análisis de tres etapas:³²

- i) una primera etapa en la cual los tribunales analizan si el procedimiento seguido por la autoridad regulatoria es correcto y si se encuentra ajustado a lo establecido en la ley;
- ii) una segunda etapa en la cual los tribunales deben determinar si la decisión tomada por la autoridad está dentro de su competencia; y
- iii) por último, debe determinar la razonabilidad (y proporcionalidad) de la decisión tomada por la administración.

²⁹ Drewry, Gavin, *Judicial Politics in Britain: Patrolling the Boundaries*, en Mary L. Volcansek editores, *Judicial Politics and Policy—Making in Western Europe*, London (Franc Cass & Co. Ltd.), 1992, p. 19. Traducción libre: “[A]n instrument of administrative law, encompassing a cluster of remedies available in the courts for challenging the legality or fairness of acts or omissions by public authorities.”

³⁰ Sunstein, Cass, *On the Costs and Benefits of Aggressive Judicial Review of Agency Action*, *Duke Law Journal* (3), 1989, p. 525.

³¹ Ogus, ob. cit, pp. 99 y ss.

³² DeLong, James, *New Wine for a New Bottle: Judicial Review in the Regulatory State*, *Virginia Law Review*, 72 (2), 1986, pp. 399-445.

En *Chevron U.S.A, INC. con Natural Resources Defense Council*,³³ en un caso concerniente a ciertos estándares establecidos por la autoridad ambiental norteamericana, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció un proceso de dos etapas para determinar el funcionamiento de la revisión judicial en relación a la discrecionalidad administrativa: (i) en relación a la interpretación de una autoridad relativa a una regulación, el tribunal revisor debe —primero— analizar si el legislador determinó claramente o no la cuestión en discusión; y (ii) si el legislador no lo ha determinado, el tribunal sólo puede analizar y determinar si la decisión de la autoridad regulatoria es razonable.³⁴ Esta perspectiva restrictiva de la revisión judicial, es lo que ha sido denominada como deferencia de los tribunales de justicia a la experiencia y profesionalismo de las autoridades administrativas.³⁵

En suma, los tribunales deben determinar, aparte del cumplimiento de normas procedimentales, si la Administración tiene derecho a realizar una determinada interpretación (es decir, si tenía discrecionalidad para tomar una decisión) y si dicha interpretación es razonable. La razonabilidad, de acuerdo a Craig, tiene relación con el balance y proporcionalidad con el cual la autoridad ha tomado la decisión.³⁶

Sin embargo, la razonabilidad no autoriza a los tribunales revisores a dejar de lado la interpretación de una autoridad respecto de un determinado hecho, basado en que pueden encontrarse interpretaciones alternativas, que pueden tener más valor (o sentido) para un tribunal de justicia. Este test de razonabilidad no está hecho para abrir las puertas a los tribunales para tomar decisiones regulatorias.³⁷

El propósito de la revisión judicial no es replicar el proceso de toma de decisiones de una autoridad regulatoria,³⁸ sino más bien se trata de asegurar que las decisiones tomadas por la autoridad administrativa se encuentren

³³ Corte Suprema de Estados Unidos, *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, disponible en <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/837>.

³⁴ Esta doctrina ha sido confirmada en diferentes casos analizados por la Corte Suprema de Estados Unidos, por ejemplo, en *Astrue, Commissioner of Social Security v. Capato*, on behalf of B.N.C et al (2012) o en *Holder, Attorney General v. Martinez Gutierrez* (2012).

³⁵ Ver *Lodge and Stirton*, ob.cit.

³⁶ Craig, Paul, "The Nature of Reasonableness Review, Current Legal Problems", Oxford legal Studies Research Paper No. 78/2013, 2013, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2298612, p. 2.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ DeLong, ob. cit., pp. 399 y ss.

acordes al sistema jurídico.³⁹ El propósito central detrás de la idea de la revisión judicial, es proteger ciertos principios y valores tan valiosos que no pueden ser dejados sin supervisión.⁴⁰

3.2. Los límites contemporáneos

Una visión más amplia de los límites de la revisión judicial y quizás más contemporánea —como ellos mismos indican—, es la que proponen Cordero y Tapia.⁴¹ Ellos enfocan su teoría desde el punto de vista del diseño institucional y como dichas decisiones afectan los límites del control judicial. Así, existirían dos variables que determinarían el alcance de la revisión: (i) la especialidad o generalidad del tribunal, es decir si tienen una competencia especial respecto de las decisiones de la autoridad de la Administración del Estado; y (ii) el ámbito de la revisión, si es amplia o si se encuentra restringida a analizar sólo cuestiones de derecho. Ellos señalan que: “Así, si el organismo de revisión es generalista y carece de expertise, es altamente probable que tenga un incentivo a ser deferente con la Administración, al menos respecto de cuestiones de hecho y, posiblemente, también de política pública. Por tanto, en principio el estándar de revisión no debiera permitirle ir más allá de las cuestiones de derecho, como una forma de restringir la “tentación” de desviarse de dicha deferencia, pues, dado su carácter generalista, el resultado podría resultar dañino para los objetivos que el sistema regulatorio persigue. La situación es exactamente la contraria en el caso de un órgano revisor especializado en un área determinada. Éste tiene escasos incentivos a ser deferente con la Administración, pues su propio conocimiento (ya sea acumulado en el tiempo o adquirido por conocimientos en una determinada ciencia o arte) y la justificación tras su creación le permiten examinar con confianza no sólo el derecho, sino también las cuestiones de hecho y de política pública involucradas. Por tanto, si este organismo es restringido por el estándar, no parece que hubiera existido razón alguna para crear tal organismo en primer lugar, pues se perderían los beneficios de la especialización.”⁴²

³⁹ Turner, Ian, *Judicial Review, Irrationality and the Limits of Intervention by the Courts*, *King’s Law Journal*, 21(2), 2010 pp. 311-331.

⁴⁰ Rawlings, Richard, *Changed Conditions, Old Truths: Judicial Review in a Regulatory Laboratory*, en Dawn Oliver, Tony Prosser and Richard Rawlings editores, *The Regulatory State: Constitutional Implications*, (Oxford University Press) 2010, pp. 283-205.

⁴¹ Cordero, Luis y Javier Tapia, “La Revisión Judicial de las Decisiones Regulatorias: Una Mirada Institucional”, *Revista Estudios Públicos* 139, (Centro de Estudios Públicos), 2015, pp.7-65.

⁴² Cordero y Tapia, ob. cit. p. 12.

Por lo tanto, en el caso de un tribunal generalista, debiésemos esperar revisiones deferentes respecto de las decisiones de la autoridad administrativa; en cambio cuando un tribunal ha sido creado con una competencia especial y está compuesto por personas con capacidades y experiencia similar a las que ostentan las autoridades administrativas, debiésemos esperar que tenga un alcance mayor de revisión, controlando incluso los niveles técnicos de decisión.⁴³ El test de razonabilidad propuesto por DeLong y Chevron, en este caso, no sólo se referiría si la interpretación ha seguido el procedimiento y si es admisible, sino que habría que analizar la razonabilidad técnica de la decisión.

4. Las fronteras de revisión de los tribunales ambientales

De lo analizado en los párrafos anteriores se debería entender que existen, en principio, dos fronteras posibles cuando estamos hablando de una sede de rendición de cuentas: la primera, deferencia por las decisiones de la autoridad; y la segunda, un mayor nivel de revisión. La pregunta, entonces, se refiere a cuál es la frontera de revisión de los tribunales ambientales. La respuesta está tanto en la ley, como en las razones de la creación de los tribunales ambientales y en su diseño.

4.1. La Ley: no puede reemplazarse la decisión discrecional de la autoridad

Uno de los primeros límites a la revisión judicial que pueden realizar los tribunales ambientales está establecido en el artículo 30 de la Ley N° 20.600, el cual establece que “La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada. En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, **así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados**” [énfasis agregado].

La primera de las fronteras de revisión que podemos encontrar, entonces, se refiere a la imposibilidad de que los tribunales ambientales reemplacen con su interpretación, el contenido discrecional de actos de la Administración. De esta

⁴³ Cordero y Tapia, ob.cit. p. 32.

misma forma lo ha reconocido el tribunal ambiental respectivo en el caso de la NSCA de la cuenca del Río Valdivia, donde señaló que “[...] este Tribunal no puede imponer su propia interpretación al respecto, sino que debe evaluar si la interpretación administrativa está permitida, y, además, si la Administración se ha ceñido a su propia interpretación.”⁴⁴

4.2. Las razones de su creación y su diseño: la revisión no sólo se refiere a cuestiones de ponderación de hechos o de derecho, se refiere a revisión dentro de la competencia técnica

Tal como se señaló en los párrafos anteriores, los tribunales ambientales nacieron como una forma de incluir una entidad experta e independiente, que tuviese poderes de control y de resolución de conflictos de cuestiones medioambientales, balanceando el poder sancionatorio que se le estaba otorgando a la Superintendencia de Medio Ambiente. Asimismo, los tribunales ambientales funcionarían como una sede ya no sólo de rendición de cuentas, sino que de control de las decisiones tomadas por la Superintendencia, y además podrían revisar decisiones tomadas por el Servicio de Evaluación Ambiental y por el Ministerio de Medio Ambiente.⁴⁵

Sin embargo, el balance (y función natural de la revisión judicial) no es la única razón de su creación. En la creación de los tribunales ambientales la independencia,⁴⁶ el expertise⁴⁷ y la certeza⁴⁸ jugaron un rol relevante, que también moldearía su diseño. El aparato político estuvo dispuesto a delegar

⁴⁴ Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, Rol 25-2016, Corporación para el Desarrollo de la Región de los Ríos con Ministerio Medio Ambiente, foja 3817.

⁴⁵ Ver, en este sentido, Historia de la Ley N° 20.600, disponible en www.leychile.cl, pp. 45 y 46. “La Ministra Directora de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, Ana Lya Uriarte [...] Informó, a continuación, que el objetivo explícito del proyecto consiste en estructurar un Tribunal con competencia contenciosa administrativa amplia en materia ambiental, de manera que no solamente vaya a revisar las resoluciones de la Superintendencia —y cumplir, de este modo, un rol de contrapeso de ese organismo— sino que conocerá todas aquellas resoluciones de carácter administrativo que se relacionan con materias ambientales. Por ello, lo que se busca es lograr la mayor eficiencia y eficacia en cuanto a las materias revisables, y, desde luego, asegurar las garantías del debido proceso para todos los sujetos concernidos en sus procedimientos. Explicó que la naturaleza del Tribunal corresponde a la de una instancia de revisión, dotado de un carácter de organismo especializado, en términos tales que su conformación —tres abogados y dos miembros provenientes del mundo de la ciencia o de la economía— busca abordar la temática ambiental en sus complejidades y características propias. Por ello, acotó, se exige a quienes lo integren poseer conocimientos en las materias técnicas propias de este ámbito” [énfasis agregado].

⁴⁶ *Ibidem* p. 49.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 236; ver Boettiger, *ob. cit.*, pp. 294 y ss.

⁴⁸ *Ibidem*; asimismo ver Plumer, *ob. cit.*

poderes a una entidad jurisdiccional para que ella hiciera una revisión autónoma y técnica que diera certeza jurídica a la inversión.⁴⁹

La delegación de poderes a entidades independientes nace de un análisis en el cual los políticos determinan un balance entre los costos y beneficios de tomar las decisiones por sí mismos o de delegar dichas funciones.⁵⁰ Los políticos realizan esta delegación de poderes porque creen que una entidad independiente desempeñará un rol que ellos no pueden cumplir: entregar estabilidad y certeza en el tiempo o la toma de decisiones impopulares sin que les afecte su capital político.⁵¹

La entrega de estabilidad y certeza se relaciona con los problemas de tiempo—consistencia de las promesas políticas. Los políticos sólo pueden mantener sus promesas mientras estén ejerciendo un cargo, sin poder anticipar si sus sucesores podrán cambiar las decisiones previamente tomadas. Sin embargo, esta certeza y la exclusión de comportamiento oportunista es esencial en Estados modernos, porque puede impactar directamente las decisiones de inversión. Asimismo, a través de la delegación los políticos pueden protegerse a sí mismos de la incertidumbre, al permitirles evitar que su rival tenga el control respecto de ciertas materias públicas.⁵² Es decir, se evita que, con el cambio de gobierno, se modifiquen ciertas reglas de largo plazo que son necesarias para ciertos sectores de la sociedad. En este sentido, en la tramitación de la Ley N° 20.600 el diputado Vallespín señaló que: “Primero, serán competentes para conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los decretos supremos —del gobierno que sea— que establezcan las normas primarias o secundarias de calidad ambiental, y las normas de emisión; los que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas, y los que establezcan planes de

⁴⁹ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁰ Voigt, Stefan and Eli M. Salzberger, Choosing Not to Choose: When Politicians Choose to Delegate Powers, *Kyklos*, 55, 2002, pp. 289-310.

⁵¹ En este sentido, ver Thatcher, Mark, The third force? Independent regulatory agencies and elected politicians in Europe, *Governance*, 18 (3), 2005, pp. 347-373. Gilardi, Fabrizio, Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis, *Journal of European Public Policy*, 2002, 9(6), pp. 873-893. Gilardi, Fabrizio, Institutional change in regulatory policies: regulation through independent agencies and the three new institutionalisms, in J. Jordana and D. Levi-Faur, *The Politics of Regulation, Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, (Edward Elgar) 2004, pp. 67-89.

⁵² Moe, Terry, The politics of structural choice: toward a theory of public bureaucracy, en Oliver Williamson editor, *Organization Theory: From Chester Barnard to the Present and Beyond*, (Oxford University Press), 1995, pp. 116-153.

prevención o de descontaminación, todos instrumentos fundamentales para la sustentabilidad del desarrollo” [énfasis agregado].⁵³

La delegación también ocurre en razón de asimetrías de información y de la necesidad de expertise del tomador de decisiones. Ciertas áreas de la regulación⁵⁴ pueden ser demasiado complejas o requerir conocimiento específico que los políticos —o entidades como los tribunales ordinarios— no tienen, incrementando los costos de la regulación debido a la ayuda que necesitan para tomar dichas decisiones, haciéndolo ineficiente. De esta forma, la delegación a expertos reduce los costos de toma de decisiones y reduce la probabilidad de fallas en la regulación.⁵⁵

En la tramitación de la Ley N° 20.417 se reconoció la necesidad de expertise técnica que no tienen los tribunales ordinarios de justicia. Al respecto, el diputado Girardi señaló que “[l]a justicia ordinaria —que resuelve en 5, 6, ó 10 años— no sirve para nada, porque en esta materia los jueces no son idóneos. Tenemos que contar con una judicatura especializada.”⁵⁶ Los tribunales ambientales fueron creados como entes, eminentemente, técnicos y fueron diseñados para poder tomar decisiones más allá de cuestiones legales, estando compuesto por un cuerpo multidisciplinario de abogados y profesionales ligados a las ciencias.

El artículo 2 de la Ley N° 20.600 establece que: “Cada Tribunal Ambiental estará integrado por tres ministros. Dos de ellos deberán tener título de abogado, haber ejercido la profesión a lo menos diez años y haberse destacado en la actividad profesional o académica especializada en materias de Derecho Administrativo o Ambiental. El tercero será un licenciado en Ciencias con especialización en materias medioambientales y con, a lo menos, diez años de ejercicio profesional.”

Esta trilogía de razones de creación-diseño permite afirmar que los tribunales ambientales tienen un margen amplio de revisión. En primer lugar, y aplicando la tesis de Cordero Tapia, los tribunales ambientales debiesen tener un ámbito amplio de revisión judicial y no sólo uno deferente. Por otro lado, no parece lógico estimar que se crearon entidades independientes como los tribunales

⁵³ Historia de la Ley 20.600, p. 752.

⁵⁴ Es relevante señalar, para evitar la confusión, que la regulación puede ser visto como un continuo consistente en tres etapas: (1) fijación de estándares de conducta; (2) implementación, fiscalización y sanción; y (3) rendición de cuentas; en este sentido los políticos también pueden ser una sede de rendición de cuentas: por ejemplo, el Ministerio de Medio Ambiente podría ser una sede de rendición de cuentas de la Superintendencia de Medio Ambiente.

⁵⁵ Ver Thatcher, Mark *Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation*, *West European Politics*, 25 (1), 2002, pp. 125-147; y nota supra 49.

⁵⁶ Historia de la ley 20.417, p. 894.

ambientales, con el solo efecto de realizar un análisis que se “circunscriba a los aspectos procesales y a verificar que no existan vulneraciones flagrantes del derecho, lo que implica un control de los aspectos estrictamente reglados y de la suficiencia de la motivación para evitar la arbitrariedad.”⁵⁷ En dicho caso habría sido suficiente con el primer diseño planteado por el Ejecutivo, en el cual los tribunales ordinarios cumplían el rol de sede de rendición de cuentas. Más bien, se creó una sede especial con competencia técnica que, además, debe justificar sus sentencias con fundamentos técnicos.⁵⁸ Esta especialidad técnica “permite a [los tribunales especiales] emular las capacidades administrativas y ejercer un mayor espacio de discreción.”⁵⁹

Por último, y si considerásemos un esquema de revisión clásica, tampoco sería posible salvar los problemas de tiempo-consistencia ligadas a las decisiones políticas; sólo pueden salvarse esos problemas cuando pueden revisarse los fundamentos técnicos de las decisiones por un ente independiente, generando un real espacio de control para que las decisiones estén basadas en cuestiones técnicas. De otro modo, no sería posible realizar ese control profundo necesario para evitar la toma de decisiones basadas en cuestiones de índole político.

Cuando el Tribunal Ambiental declara la nulidad de la NSCA de la cuenca del Río Valdivia, lo que está haciendo es, justamente, cumplir con el rol que le otorgó el legislador. En efecto, no está reemplazando el contenido discrecional —límite impuesto por el artículo 30 de la Ley N° 20.600— ni tampoco invadiendo “en el ámbito de las facultades técnicas de la Administración”⁶⁰, sino que está ejerciendo su amplio margen de revisión como ente independiente y técnico; está haciendo un análisis de razonabilidad de la toma de decisiones de la autoridad, desde un punto de vista técnico y legal. En ese análisis de razonabilidad, puede exigirse determinados estándares a la fundamentación técnica.

Las decisiones de la Administración del Estado, aun cuando estén basadas en la discrecionalidad técnica, no sólo deben ser verificadas legalmente — como señaló el CDE—, sino que también deben ser verificadas técnicamente. Si admitiésemos que los tribunales ambientales son una sede de rendición

⁵⁷ Cordero y Tapia, ob. cit., p. 32.

⁵⁸ El artículo 25 de la Ley 20.600 dispone que “[l]a sentencia de los Tribunales Ambientales se dictará con arreglo a lo establecido en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, debiendo, además, en su caso, enunciar los fundamentos técnico-ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia.”

⁵⁹ Cordero y Tapia, ob. cit., p. 29.

⁶⁰ Consejo de Defensa del Estado, ob. cit., p. 26.

de cuentas de naturaleza deferente (o con ámbito de revisión restringido), le estaríamos dando un carácter similar al de los tribunales ordinarios, cuestión contraria a lo que los legisladores esperaban del rol de los tribunales ambientales.

5. Conclusiones

Los tribunales ambientales fueron creados como órganos para controlar y ejercer un balance dentro del sistema medioambiental. Si los circunscribimos a los estándares de revisión clásicos, ellos dejarían de cumplir dicha función. Su diseño no parece responder a una revisión deferente de las decisiones de la administración, sino más bien a un control profundo de que las decisiones que se tomen estén de acuerdo a la normativa aplicable y a los estándares técnicos exigibles. Bajo el esquema actual de órganos dependientes del gobierno central, este tipo de control pareciera ser necesario. Los tribunales ambientales al ser independientes y de corte técnico entregan estabilidad y certeza al sistema ambiental; pareciera ser que el legislador creó tribunales especiales para hacer frente a agencias regulatorias, y que entre ambas diseñen un espacio regulatorio en particular. No es la primera vez que el legislador lo hace, por tanto, la pregunta es si lo va a seguir haciendo y si nuestro diseño institucional regulatorio debiese tender a este tipo de arquitectura.

A la fecha de entrega de este documento, aún debe ser resuelta la casación en el fondo presentada por el CDE ante la Corte Suprema. No sabemos cómo irá a fallar la Corte, sin perjuicio de su sentencia relacionada con la Norma Primaria de Calidad Ambiental de MP10, en la cual afirmó la decisión del Segundo Tribunal Ambiental en relación a los estándares de fundamentación exigibles a la autoridad.

La aplicación de principios del Derecho penal en el Derecho administrativo sancionador. Comentarios a partir del último fallo Bocamina

*Francisca Moya Marchi*¹

Resumen

El presente artículo comenta un reciente fallo de casación y sentencia de reemplazo relativo a una multa establecida en el marco de un procedimiento sancionador ambiental, contra la Central Termoeléctrica Bocamina. Ella se destaca por mantener la postura de la Corte Suprema respecto de la aplicación de principios del Derecho penal en el Derecho administrativo sancionador, presentando algunas novedades relativas a la intencionalidad en la realización de la conducta punida y la sujeción del órgano regulador a tribunales especiales.

Introducción

Lejos de pasar de moda o de perder vigencia, la definición sobre los límites de la aplicación de los principios del Derecho penal en el Derecho administrativo sancionador ha cobrado cada vez más relevancia. Destacadas decisiones de nuestros tribunales y publicaciones de connotados académicos reeditan, cada tanto, esta discusión. A este respecto, los autores nacionales se agrupan construyendo un abanico casi completo de opiniones, que va desde quienes otrora señalaron que la mera existencia de la sanción administrativa era inconstitucional, hasta quienes hoy abogan por la exclusión total de herramientas provenientes de disciplinas ajenas al Derecho administrativo en la resolución del procedimiento sancionador. Por el ancho camino del medio, ha transitado

¹ Abogada Universidad de Chile. Ayudante Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

la consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema que, si bien reconoce la aplicación de los principios provenientes del Derecho penal, se ha apurado en aclarar que dicha aplicación debe hacerse “con matices”, a fin de proteger la intención del legislador y la efectividad del procedimiento administrativo.

La carencia de una regulación general como la que se pretendió implementar hace casi quince años, y la presencia de regulaciones poco sistemáticas en cada sector de referencia, han entregado a la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional la definición del sentido y alcance de una aplicación “matizada”. Esa fragilidad normativa hace que en esta materia siempre sea bueno estar atentos a las más recientes opiniones de la Corte. Lo anterior, por cierto, es una de las razones por las cuales esta sentencia ha sido destacada para ser comentada en la presente publicación; sin embargo, no es la única. Las otras razones dicen relación con el caso particular. El complejo de producción eléctrica Bocamina I y II es, especialmente, interesante por tratarse de una central termoeléctrica en base a carbón que cuenta, a su haber, con un nutrido prontuario jurisprudencial. De hecho, a la fecha, la Corte Suprema ha emitido ocho fallos en relación a esta generadora, siendo el más comentado de ellos el que se pronunció incorporando la distinción entre acto terminal o de trámite, como veremos más adelante.

1. La importancia de la Central Bocamina

En primer lugar, vale la pena detenerse en este fallo sólo por el hecho de tratarse de esta central termoeléctrica, en particular. El complejo de generación termoeléctrica Bocamina tiene larga data en nuestro país. De hecho, fue el sexto en su tipo en comenzar a operar en Chile. Bocamina I comenzó su funcionamiento en 1970, como una planta generadora perteneciente a la Empresa Nacional de Electricidad. Esta unidad tiene una capacidad instalada de 128 MW. Por su parte, la segunda central termoeléctrica de carbón, denominada Bocamina II, entró en funcionamiento el año 2012, y cuenta con una potencia instalada de 350 MW.

Ambas centrales se encuentran situadas en sector de Lo Rojas, en la comuna de Coronel, aproximadamente a 30 kilómetros de la ciudad de Concepción, en una zona caracterizada por su potencial carbonífero. Actualmente, este complejo aporta el 6% de la energía consumida por el Sistema Interconectado Central (SIC).

Como sabemos, Bocamina es una planta de generación termoeléctrica, es decir, una planta de producción de energía eléctrica en forma de calor derivado de la combustión de carbón.² Esta tecnología ha sido muy cuestionada por el impacto que estas centrales tienen en el equilibrio térmico de los ecosistemas fluviales o marítimos, debido a los vertidos de agua provenientes del proceso de vaporización. Ello, principalmente, por dos razones: por un lado, por las emisiones de carbono que estas producen; y, por el otro, por el demandante consumo de agua que estas requieren para funcionar.³

La construcción de la Central Bocamina II, y su posterior ampliación y optimización, fue muy resistida por la población adyacente al proyecto. Desde el comienzo de su construcción, en el año 2008, tanto la comunidad local aledaña a las instalaciones, como las asociaciones de pescadores artesanales y las organizaciones ambientalistas se movilizaron en contra de la construcción de la nueva planta. Luego, si bien no consiguieron detener su materialización sí lograron —en varias oportunidades— cuestionar los estándares con los cuales ésta se estaba implementando, y paralizar sus faenas.⁴

Lo que suceda con las plantas termoeléctricas y cuáles sean sus posibilidades de seguir operando, es un elemento clave a considerar para el desempeño productivo de nuestro país, especialmente, si consideramos que la generación en base a carbón equivale a un 21% de la matriz energética nacional y no se pretende que disminuya en los años venideros. En este sentido, la Estrategia Nacional de Energía —desarrollada durante los últimos años—, no considera disminuir dicho porcentaje, sino que apuesta por la mantención de la participación de la matriz carbonífera en el escenario general de la producción de energía.⁵ Es

² Las plantas termoeléctricas se basan en la combustión de combustibles fósiles, los cuales también pueden ser, por ejemplo, petróleo o gas natural.

³ Lo segundo se ha vuelto cada vez más relevante en los últimos años. Amenazada por las tasas de crecimiento demográfico, los patrones de consumo y la demanda de los sectores competidores del uso del agua, la disponibilidad de agua es una preocupación creciente para satisfacer las necesidades de generación de energía. Véase, para estos efectos, Chandela et al., *The potential impacts of climate-change policy on freshwater use in thermoelectric power generation*, Energy Policy, Volume 39, Issue 10, October 2011, pp. 6234-6242..

⁴ De muestra algunos ejemplos de la situación de la planta en los últimos años: <http://www.emol.com/noticias/economia/2014/11/06/688727/corte-suprema-detiene-la-central-bocamina-de-endesa.html>, <http://radio.uchile.cl/2014/01/10/suprema-ordena-paralizar-las-centrales-termoelectricas-bocamina-i-y-ii-de-endesa/>, <http://www.lasegunda.com/Noticias/Economia/2013/12/900694/Justicia-ordena-paralizar-operaciones-de-termoelectrica-Bocamina-II-de-Coronel>.

⁵ Véase, para ello: http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/10/3_Estrategia-Nacional-de-Energia-2012-2030_Energia-para-el-Futuro.pdf

más, se señala que nuestra proyección de matriz futura no puede prescindir de combustibles fósiles como el carbón, pues éste proporciona estabilidad técnica y económica a nuestro sistema eléctrico.⁶

2. La historia jurisprudencial de la Central

En segundo lugar, esta sentencia es relevante pues constituye el más reciente episodio de una larga historia judicial. Y es que la historia de la construcción y de la ampliación de la planta termoeléctrica Bocamina ha sido especialmente polémica y, como correlato de ello, particularmente litigiosa.

La Corte Suprema se ha pronunciado en siete oportunidades sobre la Central Bocamina II, mediante los siguientes fallos: CS Rol N° 3.141-2012, CS Rol N° 9.852-2013, CS Rol N° 11.713-2014, CS Rol N° 15.737-2014, CS Rol N° 37.122-2015, CS Rol N° 5.838-2015 y CS Rol N° 17.736-2016. De estas siete acciones, cinco de ellas fueron apelaciones de recursos de protección, y las siguientes dos fueron casaciones a recursos de reclamación en contra del Superintendente del Medio Ambiente (contemplados en el artículo 56 de la Ley N° 20.417, que crea el Ministerio del Medioambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente).

Además, en su mayoría han desarrollado temas importantes para la evolución del Derecho administrativo en su vía sancionadora o ambiental. Así, por ejemplo, uno de estos temas fue la determinación del carácter de los actos de la administración, específicamente, respecto del carácter de acto terminal o acto trámite. En este primer caso, Bocamina, CS Rol N° 3141-2012, la Corte Suprema confirmó la jurisprudencia del caso Campiche.⁷ En ese sentido, estimó que la resolución de calificación ambiental, en tanto acto terminal, tiene la aptitud para vulnerar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Señaló, también, que una decisión contenida en un acto inicial del procedimiento de evaluación ambiental, que declara la admisibilidad y que no contiene una

⁶ La estabilidad está referida a la independencia con la que ha operado el carbón de fenómenos como la sequía que llevó al país a racionamientos de suministro eléctrico a fines de la década de los 90, las restricciones en el suministro de gas natural argentino acontecidas desde el año 2004 y la menor hidrología que nos ha afectado en años recientes. Estrategia Nacional de Energía, página 25.

⁷ Corte Suprema, Rol N°1219-2009. En esta sentencia, que paralizó las faenas de la Central Termoeléctrica Campiche, la Corte Suprema modificó la jurisprudencia expresada hasta la fecha en relación al estándar exigido para demostrar un interés directo en la acción de protección, y respecto del tipo de acto capaz de vulnerar los derechos de un titular.

decisión final de la Administración —sino que colabora con la substanciación normal del procedimiento—, es suficiente para vulnerar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Otras materias relevantes tratadas a propósito de la central termoeléctrica fueron la definición de la competencia de los tribunales ordinarios y la procedencia de acciones generales, versus acciones especiales.⁸ Respecto de la pérdida de competencia de los tribunales ordinarios, la Corte Suprema —en los fallos CS Rol N° 11.713-2014 y CS Rol N° 15.737-2014— sostiene que desde la dictación de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, son estos tribunales especiales los convocados a conocer de estas materias restringiendo el rol de la Corte para conocer vía apelación de la protección. No obstante lo anterior, una opinión contraria fue sostenida en ambos casos por el ministro Haroldo Brito, quien como integrante de la tercera sala señaló que hay una competencia que subsiste para la Corte Suprema, en la medida en que a ésta le corresponde analizar todas aquellas materias que puedan configurar un acto ilegal que atente en contra de una garantía, sin importar la existencia de acciones especiales.⁹

Finalmente, la jurisprudencia de Bocamina también se ha pronunciado sobre la “sedentariedad” de los tribunales especiales, una materia poco frecuente en nuestro país. Al respecto, ha señalado que la constitución del Tercer Tribunal Ambiental en una ciudad distinta de aquella en la que tiene su asiento —la ciudad de Valdivia— con el objeto de recibir los alegatos de un caso particular, no puede, en caso alguno, implicar una vulneración del orden público necesario para la estructura de un litigio. En ese sentido, no es posible considerar que la condición circunstancialmente “ambulante” de la magistratura vicie el procedimiento o acarree su nulidad.

⁸ Dado que no es objeto de este trabajo analizar la historia jurisprudencial de un proyecto, se adjunta un anexo donde se sistematizan los fallos anteriores a la sentencia en comento.

⁹ De manera anecdótica podemos destacar que los jueces considerados comúnmente como más relevantes en materia ambiental, no han participado de esta abultada cantidad de decisiones emitidas. Por ejemplo, el ministro Sergio Muñoz integró la Tercera Sala solo en cuatro de ellas y fue su redactor sólo en dos oportunidades. Por su parte, el ministro Pedro Pierry, de quien se ha dicho que jugó un rol clave en la aproximación de la Corte hacia la revisión de los actos de la autoridad ambiental (de un control más exigente de los aspectos relativos a la legalidad externa como la competencia y el procedimiento y de la legalidad interna como la motivación), tampoco se encontró presente en ninguno de los casos que analizados. Para un análisis más profundo véase Matías Guiloff. (2016). Pedro Pierry y la gramática del control judicial de los actos de la autoridad ambiental. En *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo Chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau* (343-356). Valparaíso: Ediciones Universitarias Valparaíso.

3. La sentencia

Como se señaló en párrafos anteriores, la tercera razón por la que conviene destacar esta sentencia, dice relación con su relevancia para la discusión actual sobre los límites del Derecho administrativo sancionador. Con todo, vale la pena reconocer que se trata de una sentencia conservadora, pues reitera la jurisprudencia expresada por la Corte Suprema en los últimos años y no de una sentencia innovadora que busque correr el cerco de la aplicación de conceptos ajenos a la disciplina administrativa, como son los principios del Derecho penal. No obstante lo anterior, ciertos aspectos en ella son llamativos, como se indicó anteriormente. Por ejemplo, es especialmente llamativo y un tanto contradictorio que la Corte Suprema se pronuncie a favor de una mayor discrecionalidad para el órgano sancionador en un caso en que la Superintendencia fue forzada a corregir la extensión de la multa fijada, a imagen y semejanza de la decisión del tribunal especial.

La pregunta por el grado de libertad que corresponde al sancionador en la fijación de la multa se hace inminente. ¿Será que la Corte Suprema considera innecesaria la explicitación de la específica determinación de la multa en todos y cada uno de los elementos, y suficiente la referencia a la causal de la intencionalidad invocada? ¿O será que la interpretación de la Corte, en pos de evitar la reiteración de argumentos, es que la Superintendencia no requiere justificar su decisión cuando ella está motivada por una sentencia del tribunal especial? Así, aun cuando la Corte Suprema distingue al regulador de un mero asignador formal de sanciones tarifadas, la libertad que le entrega está circunscrita a lo establecido previamente por el Tribunal Ambiental. No obstante lo anterior, es positivo que la Corte Suprema no haya optado por argumentar a favor de la tarificación de las multas, conservando un espacio de incertidumbre en la decisión del monto final.

Con todo, este nuevo capítulo de una postura ya revisada, nos sirve como excusa para realizar algunos comentarios a la postura expresada por la suprema magistratura. Veamos entonces la historia de este juicio de casación.

3.1. Antecedentes del fallo:

Casi terminando el 2016, la Corte Suprema tuvo la oportunidad de pronunciarse una vez más sobre las instalaciones y funcionamiento de la Central Termoeléctrica Bocamina. En este caso, se trató de una casación en forma y fondo de un reclamo regulado en el artículo 56 de la Ley N° 20.417 de 2010, presentado

por la Empresa Nacional de Electricidad (en adelante, ENDESA) en contra de la Resolución Exenta N° 404, del 20 de mayo de 2015, la cual —a su vez— alteró la Resolución Exenta N° 421, del 11 de agosto de 2014, de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, SMA).¹⁰

Ambas resoluciones exentas fueron dictadas en el marco de un proceso sancionatorio iniciado por la SMA por la “Ampliación Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad”, específicamente, por la operación del proyecto de “optimización” de la central, que contempla el cumplimiento de una serie de compromisos ambientales, como la cobertura de canchas que acopian el carbón, el confinamiento de las unidades que generaban ruido y la instalación de nuevos filtros para la captación de agua de mar pertenecientes al sistema de enfriamiento de la central.

La primera Resolución Exenta señalada —la correspondiente al N° 421, del 11 de agosto de 2014— impuso una sanción equivalente a 977 UTA respecto a la infracción D.1, consistente en haberse realizado la operación sin contar con la resolución de calificación ambiental (RCA) correspondiente. Esta sanción fue impugnada por ENDESA y dicha reclamación fue acogida mediante sentencia definitiva dictada en CS Rol N° 6-2014.¹¹ Paradójicamente, el tribunal acogió la reclamación para destacar que la SMA habría obviado el elemento “intencionalidad” al evaluar la conducta infraccional establecida en el artículo 40 letra d) de la Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, y que su debida consideración debiera redundar en una multa de mayor envergadura. En cumplimiento de dicha sentencia, el órgano sancionador dictó una nueva resolución —la N° 404, del 20 de mayo de 2015— corrigiendo su error y aumentando en 500 UTA, resultando un total de 1.477 UTA (equivalentes a casi 800 millones de pesos) por considerar que existió un actuar intencionado de la empresa de no dar cumplimiento a la normativa ambiental.

La sanción corregida también fue reclamada ante el Tercer Tribunal Ambiental en procedimiento Rol R-13-2015. En este caso, la magistratura determinó que la SMA, al dictar la resolución reclamada, no actuó conforme a derecho, puesto que —al considerar el elemento “intencionalidad”— no fundamentó ni justificó el incremento en la sanción ni incorporó elementos de juicio que permitan evaluar el incremento en guarismo de la sanción. Luego, por dictamen de fojas 3.885, emitido por el Tercer Tribunal Ambiental, se acogió la reclamación y se dejó

¹⁰ Corte Suprema, Rol N° 17.736-2016, del 13 de diciembre de 2016.

¹¹ De fecha 27 de marzo de 2015, del Tercer Tribunal Ambiental y acumulada con el Rol R 7-2014.

sin efecto la Resolución Exenta N° 404, de 20 de mayo de 2015, por no hallarse ajustada a derecho. Ello, por cuanto la Superintendencia del Medio Ambiente, al subir la sanción en 500 UTA, no habría expuesto las razones de esa cifra, con lo que impide un control jurisdiccional de la proporcionalidad del castigo.

Finalmente, la sentencia de casación que analizamos rechazó los recursos interpuestos contra la sanción, confirmó la aplicación de la multa y dictó sentencia de reemplazo a favor de la Administración, considerando que no fue controvertida la existencia de antecedentes que dieran cuenta del conocimiento que ENDESA habría tenido respecto del hecho de haber construido una central con capacidad superior a aquella cuya autorización, posteriormente, solicitaría, de lo que se revela su intencionalidad de no dar cumplimiento a la normativa vigente, sin que exista, como lo señala la sentencia que revisamos, razón alguna para excluir la aplicación de este particular elemento en la regulación de la sanción.¹²

3.2. La fundamentación de la intencionalidad:

Como puede anticiparse en los hechos descritos previamente, la principal discusión de este fallo versa sobre el deber de fundamentar la fijación del monto correspondiente al factor de intencionalidad de la sanción en materia ambiental, y la intensidad de dicha justificación.¹³ Concretamente, en este caso la Corte está llamada a resolver si dicho deber de fundamentación se satisface o no con la sola referencia que la SMA hace a un fallo dictado con anterioridad.

Respecto de la intencionalidad, la Corte Suprema se pronuncia señalando que ésta constituye un parámetro para agravar el castigo y define los requisitos para su valoración. Para ello, señala la sentencia de casación, la infracción debe haber sido cometida de manera consciente, es decir, (i) en conocimiento de la norma por parte del infractor, (ii) en conocimiento de la conducta misma y (iii) en conocimiento de sus alcances jurídicos. Esto, pues la Corte reafirma el rol preventivo del sistema de sanciones ambientales al señalar que, la situación de que el riesgo ambiental no se hubiese materializado, no es fundamental para la

¹² Corte Suprema, Rol N° 17.736-2016, del 13 de diciembre de 2016, considerando vigésimo primero.

¹³ Ello, pues la decisión del Tercer Tribunal Ambiental -casada en la sentencia que aquí comentamos- establecía que la Superintendencia debió señalar el valor de seriedad utilizado en la determinación de la sanción por operar sin Resolución de Calificación Ambiental, exponiendo y justificando cuál es el factor de incremento relativo a la intencionalidad de la conducta. Este componente, reconoce el tribunal especialista, consiste en un porcentaje sujeto a la discrecionalidad de la SMA, pero cuya proporcionalidad debe ser evaluada por el Tribunal, situación que no es posible en la medida en que el órgano sancionatorio no exponga detalladamente las razones que ameritan su aplicación.

determinación de sanción, puesto que el sólo conocimiento de su probabilidad es un elemento relevante de valorar por parte de la autoridad al momento de determinar la incidencia de la intencionalidad en la regulación de la multa.

En relación a la fundamentación de la sanción, la Corte Suprema nos recuerda que la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.880, al referirse al contenido del pronunciamiento final de un procedimiento administrativo, establece en su artículo 41 que la resolución que contenga la decisión deberá ser fundada. Dicha fundamentación, señala la Corte, “pasa por dejar claramente acreditados los elementos de hecho que componen la vulneración, la forma en que aquéllos satisfacen el supuesto legal y la explicitación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al determinar la naturaleza del reproche y, de ser éste pecuniario (multa), la cuantía del mismo.”¹⁴ Luego, y a fin de evaluar si los antecedentes fueron debidamente expuestos, la Corte Suprema plantea que es necesario atender a la naturaleza propia de la sanción administrativa, para lo que recurre a su jurisprudencia anterior, en la que ya ha sido declarado en numerosas oportunidades que la sanción penal y la sanción administrativa constituyen manifestaciones de un único poder estatal sancionatorio, el denominado *ius puniendi* estatal. Queda clarísimo con esto que la Corte Suprema, al igual que la doctrina y la jurisprudencia constitucional, da por superada la discusión en torno al fundamento y legitimidad del Derecho administrativo sancionador tan debatida en su momento¹⁵ y se dedica al análisis sobre la forma en que debe ser ejercida la potestad sancionadora.¹⁶

¹⁴ Corte Suprema, Rol N° 17.736-2016, del 13 de diciembre de 2016, considerando décimo cuarto.

¹⁵ El máximo esplendor de esta discusión se produjo a partir de la revisión de la constitucionalidad de la Ley de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones y de la creación de la figura de un “interventor” para la gestión de las mismas realizada por el Tribunal Constitucional en STC Rol N° 184, redactada por el mismísimo profesor Soto Kloss. En esta sentencia, el autor da rienda suelta a su animadversión contra la actividad sancionadora del Estado, calificando la sanción administrativa como ilegítima y, por cierto, inconstitucional. Favorablemente, esta interpretación ha sido abandonada por el Tribunal Constitucional para dar paso a un análisis más complejo y funcional a la realidad material de la actividad sancionadora, desde una perspectiva que no niega su existencia, sino todo lo contrario, la reconoce y valida como forma de intervención de la Administración. Con todo, la posición del profesor Soto Kloss puede ser revisada sin filtros en Soto Kloss, Eduardo, Derecho administrativo penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración, en Boletín de Investigaciones, 44-45, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1979/1980, pp. 95-103.

¹⁶ Cordero Eduardo, “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online]. 2014, n.42 [citado 2017-05-29], pp.399-439. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100012&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012>.

Posteriormente, la argumentación de la sentencia reconoce que nuestro país carece de una normativa general que regule el ámbito sancionatorio, como pudo haber sido el olvidado mensaje de ley presentado por el Presidente de la República con el que se buscaban establecer las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios y modificar la Ley N° 19.884, ingresado al Congreso Nacional el 25 de marzo de 2004. Esta orfandad determina, en opinión de la Tercera Sala, que el sistema deba responder a la legislación sectorial y no a la aplicación automática de las normas y principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador. Así, dicha aplicación debe efectuarse en aquellos casos en que corresponda, “dentro de los márgenes del procedimiento administrativo en general y del sancionatorio en particular, sin perder de vista el contexto que tuvo presente el legislador para optar por una u otra sanción.”¹⁷ Este criterio, establecido también por el Tribunal Constitucional,¹⁸ es conocido como la aplicación con matices del estatuto constitucional establecido en el numeral tercero del artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República.¹⁹

Avanzando en la argumentación de la sentencia de reemplazo, la Suprema Magistratura se refiere a la cuantía o duración de las sanciones, estableciendo que se trata de una cuestión de neta dogmática que debe resolverse con cabal sujeción a las reglas prescritas en la ley. No obstante lo anterior, la Corte también reconoce que la pena debe guardar proporcionalidad con el delito y que, si bien no es material sino jurídica, encuentra su punto de partida en la dimensión del injusto. A su vez, y citando al profesor Cury, el injusto “deriva de la evaluación del disvalor de acción y resultado del hecho típico y que constituye un marco más o menos amplio y flexible, dentro del cual compete efectuar las precisiones encaminadas a regular un castigo que se adecúe a la culpabilidad personal del autor y entonces la sanción será verdaderamente proporcionada al delito específico de que se trata, cuando su intensidad corresponda idealmente a la culpabilidad por el injusto.”²⁰ Asimismo, reconoce que para la determinación de esta proporción, tanto el derecho penal y como el administrativo contemplan, con el objeto de considerar la dignidad integral de las personas, márgenes de

¹⁷ Corte Suprema, Rol N° 17.736-2016, del 13 de diciembre de 2016. Sentencia de reemplazo, considerando décimo.

¹⁸ STC N° 480, de 27 de julio de 2006.

¹⁹ Así lo ha resuelto esta Corte en reiteradas oportunidades. A modo de ejemplo, véase los Nos. 1.079-2014 y 3.389-2015.

²⁰ Cury, Enrique, *Derecho Penal*, Séptima Edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, página 698.

apreciación y discrecionalidad para el regulador que lo distingue de un mero asignador formal de sanciones tarifadas.

Así, para la Corte resulta razonable que la Ley N° 20.417 entregue solamente un tope respecto al monto de las multas que deban imponerse, permitiendo al órgano administrativo determinar la cuantía de la sanción pecuniaria “en toda la extensión del quantum establecido por el legislador, atendida la calificación que efectúa de los hechos”. Sin embargo, lo anterior no significa que la Suprema le reste importancia a la proporcionalidad, sino todo lo contrario. Es más, hace suyas las palabras del profesor Eduardo Cordero que plantean que, en el ámbito del Derecho administrativo, la proporcionalidad cumple una importante función de control de las potestades discrecionales, entre las cuales el autor cuenta a las potestades sancionadoras.²¹

Según dispone la Corte, para la revisión de la magnitud de la intencionalidad deberá estarse, como se mencionó más arriba, al conocimiento de la norma por parte del infractor, de la conducta misma y de sus alcances jurídicos, así como también a las características peculiares del infractor. Asimismo, y por tratarse de la intencionalidad de un componente cualitativo y no cuantitativo, la Suprema considera satisfecho el deber de fundamentación en la medida en que la Resolución Exenta N° 404 reconduce su justificación a actuar en cumplimiento de lo resuelto por el Tercer Tribunal Ambiental, en autos Rol R-6-2014, haciendo propias las premisas del fallo dedicadas a configurar la intencionalidad, estableciendo antecedentes no controvertidos sobre el conocimiento que habría tenido la empresa de encontrarse infringiendo la ley. Parte de esos antecedentes, señala la Corte, constatan por un lado, el conocimiento que ENDESA tuvo respecto de que encargó la construcción de una central con capacidad superior a aquella cuya autorización había obtenido y, por otro, las modificaciones unilateralmente realizadas por la empresa, como el cambio del tipo de generador de vapor, del sistema de refrigeración, el aumento de la potencia del turbogenerador, el manejo de residuos y otros capaces de causar daños ambientales.²²

²¹ Cordero, Eduardo, “Los Principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno”, *Revista de Derecho Valparaíso*, N° 42, julio 2014.

²² Especialmente establecidos en los racionios centésimo décimo a centésimo vigésimo segundo.

Corolario

La sentencia recientemente comentada es eficiente en establecer que, tal como ha sido defendido por el profesor Nieto, de la pretendida identidad ontológica entre la sanción penal y administrativa no se sigue la identidad de régimen jurídico aplicable.²³ Lamentablemente, es deficiente en esclarecer si la posibilidad de una cierta textura abierta se produce por un giro decidido hacia la fundamentación de los deberes del regulador, en el marco del procedimiento administrativo propiamente tal, que abandone definitivamente la aplicación inmediata de los principios del Derecho penal. Asimismo, como fue en párrafos anteriores, llama la atención que la intención de otorgar una mayor discrecionalidad para la determinación de cuantía se satisfaga, en opinión de la Corte, en la remisión a la decisión de un tribunal especial y no en la defensa de un espacio de autonomía para el órgano sancionador.

Se extraña, también, un mayor desarrollo de la fisonomía propia del Derecho administrativo y su regulación autónoma, sobre todo debido a que un primer esbozo ya había sido planteado por la mismísima Corte en el caso Mackenna.²⁴ Enhorabuena en nuestro país ya no existe un cuestionamiento relevante a la existencia de potestades sancionadoras de la Administración y se asienta paulatinamente la idea de que la protección del bien común pasa, primordialmente, por una Administración eficiente, con atribuciones robustas para proteger intereses públicos y privados. En ese sentido, pareciera necesario partir por reconocer, como lo hace Quezada en su más reciente publicación, la necesidad de dotar a la Administración de herramientas adecuadas para disciplinar aquellos poderes privados que convierten en “vanas quimeras” las pretensiones de igualdad en un determinado mercado o procedimiento sancionador.²⁵

Esas herramientas le permitirán a nuestra disciplina ir ganando independencia del Derecho penal y administrativizar la función sancionadora, en vez de “acudir a categorías propias de otras disciplinas que no han sido construidas en base a la lógica que subyace a esta (eficacia y eficiencia en la materialización del interés público).”²⁶ Este camino desde la simplicidad principialista a la

²³ Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo sancionador*, Cuarta edición, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 161 y SS. Acá podría tratarse de ibídem, toda vez que es la misma cita anterior.

²⁴ Corte Suprema, Rol 1.079-2014, caso Mackenna.

²⁵ Quezada, Flavio, *Procedimiento administrativo sancionador en la Ley N° 19.880*, Santiago, Librotecnia, 2017, pp. 34.

²⁶ Quezada, Flavio, *Procedimiento administrativo sancionador en la Ley N° 19.880*, Santiago, Librotecnia, 2017, página 33.

complejidad funcional implica hacernos algunas preguntas para descubrir, en el sentido de reconocer, la lógica de las sanciones administrativas, los objetivos pretendidos en la imposición de una sanción particular y las razones que explican y justifican dicha diversidad sancionatoria.²⁷

Desde esa perspectiva, la jurisprudencia de la Tercera Sala en materia de Derecho administrativo sancionador culmina el año 2016 arrastrando una deuda pendiente. Esa deuda se torna todavía más significativa si miramos los más recientes razonamientos del Tribunal Constitucional en el Caso Cascadas.²⁸ Con lo poco auspiciosa de la nueva jurisprudencia constitucional, pareciera que la Corte Suprema está destinada a actuar, al menos, como un guardián de las atribuciones que permiten el correcto desempeño de la actividad sancionadora de la Administración. Esperamos que así sea.

²⁷ Letelier, Raúl, “Garantías penales y sanciones administrativas. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema en el llamado caso Mackenna”. Diario Constitucional. Santiago, 5 de noviembre de 2014.

²⁸ STC Rol N° 2922 y 3236-16. Ambos respecto de la legalidad de la discrecionalidad establecida a favor de la en el artículo 29 del DL N° 3.538, de 1980, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros.

La comisión para el mercado financiero y el perímetro regulatorio del regulador: algunas notas sobre sus implicancias

*Diego Morales L. & George Lambeth V.*¹⁻²

Resumen

La publicación de la Ley N° 21.000, que crea la Comisión para el Mercado Financiero, moderniza el modelo de supervisión financiera y constituye un avance en el esfuerzo por disminuir la brecha regulatoria que nos separa de los modernos sistemas comparados. Este artículo pretende llamar la atención sobre algunos aspectos específicos de dicha ley relacionados con el modelo institucional de supervisión financiera y, especialmente, los avances aún pendientes a la forma de determinación de su perímetro regulatorio.

1. El modelo de supervisión financiera en la regulación chilena

El buen desempeño del mercado financiero, su estabilidad y el resguardo de la fe pública en su adecuado funcionamiento resultan cruciales para mantener una economía robusta. Al mismo tiempo, los supuestos de legitimación del mercado suponen, al menos teóricamente, un constante escrutinio de los agentes e instituciones financieras que participan en él. Para estos efectos, implementar

¹ Abogado, Universidad de Chile. Profesor invitado del Departamento de Derecho Público de la Universidad Adolfo Ibáñez. Abogado, Universidad de Chile, Profesor Departamento de Derecho Público de la Universidad Alberto Hurtado.

² Los autores trabajaron en el Ministerio de Hacienda como asesores en el diseño y tramitación de la Ley N° 21.000. Sin perjuicio de lo anterior, las opiniones vertidas en el presente artículo son de exclusiva responsabilidad de ellos y no representan necesariamente la opinión del Ministerio de Hacienda.

y mantener un buen diseño regulatorio junto con una institucionalidad que sea capaz de proveer las herramientas para una correcta supervisión, resulta crucial.³

Sin perjuicio de su relevancia para el desarrollo del mercado, las instituciones financieras son por definición vulnerables toda vez que se caracterizan, entre otros, por: (i) mantener estructuras de capital inestables;⁴ (ii) los mercados en que participan se encuentran altamente interconectados;⁵ y, (iii) aparecen expuestas a evidentes riesgos de contagio ante *shocks*, pánicos o pérdidas de confianza de depositantes, inversionistas y asegurados.⁶ A su vez, los riesgos de corridas o quiebres en la cadena de pagos pueden materializarse rápidamente,⁷ sumado al hecho que los costos que enfrenta la sociedad como consecuencia de una crisis financiera son enormes y exceden con creces el costo privado de las instituciones financieras que la produjeron⁸ (amplificados debido al nivel de interconexión e interdependencia en dichos mercados).⁹

En razón de la relevancia de la estabilidad de los sistemas financieros y a los riesgos antes anotados, se justifica la preocupación de los gobiernos y diferentes entidades supranacionales¹⁰ por robustecer y modernizar los sistemas de supervisión financiera a nivel local y regional.¹¹ De hecho, luego

³ Cooper, Jeremy. "The integration of financial regulatory authorities – the Australian experience", Comissão de Valores Mobiliários (Securities and Exchange Commission of Brazil), 30th Anniversary Conference 'Assessing the Present, Conceiving the Future', 4-5 September 2006, p. 1.

⁴ La intermediación financiera mantiene una relación capital-deuda muy inferior a la mayoría de las actividades productivas. En virtud de lo anterior, la fragilidad o caída de una institución financiera genera un efecto gigantesco sobre el público. Véase, Licandro, José Antonio. "Mecanismos de resolución bancaria e intervención temprana en Uruguay" (2007), p. 2.

⁵ Para comprender la naturaleza de los riesgos sistémicos, véase, Brunnermeier, Markus *et al.* "The fundamental principles of financial regulation", Geneva Reports on the World Economy 11, (Centre for Economic Policy Research) 2009, cap. 2.

⁶ Armour, John. "Bank Resolution Regimes: Designing the right model?" Borrador preliminar (2010), p. 1. Este documento se encuentra disponible en versión electrónica en el sitio: <http://bfsia.org/wp-content/uploads/papers/2010/Bank%20Resolution%20Regimes%20%20Designing%20the%20Right%20Model%20-%20Armour.pdf> [última visita 10 de junio de 2017].

⁷ Davies, Geoffrey y Dobler, Marc. "Bank resolution and safeguarding the creditors left behind", Quarterly Bulletin 2011 Q3, p.1.

⁸ Brunnermeier, Markus *et al.* "The fundamental principles of financial regulation" (2009), p. xv.

⁹ El impacto mundial que han tenido las últimas grandes crisis financieras sufridas en Asia (1997) y Estados Unidos (2009), dan cuenta del nivel de interdependencia de los mercados financieros a nivel global.

¹⁰ Los problemas relacionados con la estabilidad financiera a nivel regional han hecho surgir entidades como IOSCO o el Grupo de los 30, al mismo tiempo que han llamado la atención de entidades como la OCDE y el Banco Mundial, que han desplegado enormes esfuerzos por guiar a diversos países a mejorar sus prácticas en materia de supervisión financiera.

¹¹ Véase, por ejemplo, la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva

de la última gran crisis financiera, numerosos países han iniciado instancias de revisión de sus modelos de supervisión y se han generado importantes reformas de sus regulaciones y, especialmente, a los modelos institucionales de supervisión.¹²⁻¹³ La idea detrás de la determinación de un modelo de supervisión es maximizar las posibilidades de que los organismos competentes consigan mantener el adecuado funcionamiento del mercado financiero, que resuelvan tempranamente hipótesis de riesgo y que puedan reaccionar con agilidad ante el surgimiento de crisis.¹⁴

Desde una perspectiva institucional, por lo tanto, la elección de un modelo de supervisión financiera pretende hacer que el desempeño de la función de resguardo de la estabilidad del sistema financiero y la fe pública en el correcto funcionamiento del mercado (por nombrar algunos de los objetivos centrales de cualquier modelo de regulación financiera), sea fácticamente realizable. En tal sentido, la determinación de la estructura del modelo institucional resulta esencial al momento de hacer probable la consecución de dicho objetivo.¹⁵ Pero la estructura no se agota en la determinación del objetivo y la orgánica de una institución (haría trivial la observación anterior), pues aquella implica también una definición del modo o la manera en que se pretende conseguir el objeto mediante esa estructura.

82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n°1093/2010 y (UE) n°648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.

¹² Nos referiremos con alguna detención más adelante. Por ahora, vale considerar que muchas veces las causas—contingentes— que han generado fallas en un modelo de supervisión han resultado determinantes en la elección del sistema hacia el cual se termina migrando. Así, por ejemplo, las causas que generaron la falla del sistema de supervisión del Reino Unido en la caída del banco Northern Rock en 2007-2008 explican en buena medida la decisión del paso desde un modelo de supervisión integrado hacia uno de *twin peaks*. Según los expertos, la Financial Services Authority (regulador integrado) habría privilegiado velar por uno de sus objetivos, la protección de los consumidores, poniendo en riesgo la estabilidad del sistema, otra de los bienes jurídicos que debía proteger. En razón de lo anterior, y con la intención de separar objetivos que eventualmente podrían contraponerse, se pasó a un modelo de *twin peaks*, en el que existe un regulador prudencial que vela por la estabilidad financiera (Prudential Regulation Authority) y otro de vocación conductual que persigue que las transacciones se materialicen en condiciones de equidad y honestidad (Financial Conduct Authority). Véase, Song, Hyun “Reflection on modern bank runs: A case study of Northern Rock”, borrador, 2008, http://www.imfmetac.org/Upload/Link4_734_106.pdf [última visita 2 de junio de 2017].

¹³ Para algunas consideraciones acerca del aumento incremental de la regulación financiera luego de haberse detectado un fraude o gatillado una crisis financiera, véase, Brunnermeier, Markus *et al.* “The fundamental principles of financial regulation” (2009), cap. 1.

¹⁴ Davies, Geoffrey y Dobler, Marc. “Bank resolution and safeguarding the creditors left behind”.

¹⁵ Sobre la relación de la estructura y la función en las instituciones jurídicas, Atria, Fernando. La Forma del Derecho. Marcial Pons. 2016. Pp. 136 y ss.

Por lo mismo, la sola determinación del objetivo en base a una orgánica específica, no garantiza la probabilidad de obtención del fin de un modelo de supervisión financiera. Desde una perspectiva funcional, un elemento central en la probabilidad de ese objetivo, es la definición del ámbito de competencia del órgano llamado a supervisar el mercado financiero. Por ámbito de competencia entendemos, para los efectos de estas notas, el alcance de la potestad o las facultades entregadas a un órgano para que, mediante un procedimiento establecido al efecto, pueda actuar (mediante las formas que le reconoce la ley) válidamente en la consecución de su objetivo.¹⁶

En el contexto institucional chileno, el ámbito de competencia de los órganos supervisores financieros, siguen un modelo cuyo alcance está determinado por la naturaleza jurídica de los sujetos que, definidos previamente, actúan en el mercado financiero. Este modelo de competencia, cuyas bases fueron sentadas en 1925 como consecuencia de las recomendaciones de la Misión Kemmerer,¹⁷ recibe la denominación de modelo por silos o industrias, y aunque ha permitido soportar con relativo éxito, el impacto de las crisis financieras globales en nuestra economía¹⁸, tanto la literatura como la experiencia institucional comparada y acontecimientos recientes en nuestro mercado financiero, han puesto en evidencia numerosas falencias en el sistema de supervisión chileno: (i) posibilidad de arbitrajes regulatorios; (ii) riesgos de las actividades de *shadow banking*; (iii) descoordinación regulatoria entre organismos supervisores; (iv) problemas asociados a la forma de delimitación del perímetro regulatorio; (v) reclamos sobre vulneración de garantías fundamentales de personas y entidades sancionadas; (vi) puntos ciegos de supervisión; (vii) carencia de

¹⁶ Para la definición de norma de competencia, seguimos a Moreso y Vilajosana, Introducción a la Teoría del Derecho. Marcial Pons. Cap. VI. *Cfr* con la tesis de Von Wrighth en Von Wrighth, Georg. Norm and Action. A Logical Enquiry. London: Routledge 85 Kegan Paul, para quien la verdadera naturaleza de una norma de competencia es de carácter permisivo.

¹⁷ Larraín, Matías. "Notas al último intento de reforma del sistema de supervisión financiera" Anuario de Derecho Público (UDP), 2012. Para un análisis histórico institucional del rol que cumplió la Misión Kemmerer en Chile, véase, Drake, Paul. "La Misión Kemmerer a Chile: consejeros norteamericanos, estabilización y endeudamiento, 1925-1932", Cuadernos de Historia. (Departamento de Ciencias Históricas de la Universidad de Chile), 1984). Para un breve repaso sobre la evolución institucional de nuestro sistema de supervisión, véase, Larraín, Guillermo y Larraín, Matías. "Hacia una reforma de la institucionalidad financiera en Chile" Documento de Trabajo. (Facultad de Gobierno UDD), 2010, pp. 18 y ss.

¹⁸ Véase, De Gregorio, José. "Chile frente a la recesión mundial del 2009", Documentos de Política Económica. (Banco Central de Chile). 2009.

visión sistémica y de supervisión de riesgos consolidados; (viii) imposibilidad de supervisar conglomerados financieros, entre otros.¹⁹

Es precisamente en este contexto económico y de desarrollo institucional, que la reciente promulgación de la Ley N° 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero (en adelante, la CMF) intenta enfrentar varias de las fragilidades y problemas de los mercados financieros especialmente desde una perspectiva orgánica, con el objeto de mejorar la posición en que se encuentran los supervisores ante eventuales crisis o episodios de riesgo financiero. De este modo, esta ley constituye un avance significativo en materia de supervisión financiera, de diseño institucional y racionalidad de las actuaciones de los órganos administrativos. Sin perjuicio de lo anterior, y como se verá en lo que sigue, el artículo 3° de la Ley N° 21.000 mantiene la definición del ámbito de competencia en base a la naturaleza jurídicas de los sujetos que participan del mercado financiero. Esto trae aparejada una serie de consecuencias negativas que impiden que el regulador cumpla, de manera satisfactoria, el objetivo de una correcta supervisión del mercado y de un resguardo a su estabilidad.

Sumado a lo anterior, el Gobierno acaba de ingresar una reforma sustancial a la legislación bancaria, donde se propone disolver la actual Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (en adelante, SBIF), para que sea la CMF el organismo encargado de la supervisión del mercado financiero, incluyendo al sistema bancario. Ahí se propone un nuevo artículo 3° a la Ley N° 21.000, referido al ámbito de competencia o “perímetro regulatorio”, donde se mantiene la lógica de silos, incorporando a su enumeración de sujetos regulados, a las entidades que actualmente fiscaliza la SBIF (principalmente bancos, emisores no bancarios de medios de pago y cooperativas de ahorro y crédito).²⁰ Por lo

¹⁹ Varias de dichas falencias fueron identificadas en el “Informe de la Comisión Investigadora de la actuación de los organismos públicos competentes en relación al eventual fraude de empresas de Inversión”, de 15 de septiembre de 2016, y que versaba sobre los casos AC Inversions, IM Forex e Investing Capital.

²⁰ Así, el Proyecto de Ley que Moderniza la Legislación Bancaria, establece en su artículo 2, la incorporación de los siguientes dos numerales nuevos al actual artículo 3°. Dichos numerales son del siguiente tenor: “8. Las empresas bancarias, cualquiera sea su naturaleza, así como las empresas dedicadas a la emisión y operación de tarjetas de crédito, tarjetas de pago con provisión de fondos o de cualquier otro sistema similar, siempre que importen que el emisor u operador contraiga habitualmente obligaciones de dinero para con el público en general o ciertos sectores o grupos específicos de él. 9. Las cooperativas de ahorro y crédito sujetas a su fiscalización en virtud de lo dispuesto en el decreto con fuerza de ley N° 5 de 25 de septiembre de 2003, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Cooperativas.”. Bolefín N° 11.269-05, Proyecto de Ley que Moderniza la Legislación Bancaria, disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11781&prmBol etin=11269-05 [última visita, 18 de junio de 2017].

mismo, esto vuelve aún más necesario evaluar la pertinencia de una modificación de la naturaleza de la forma de determinación del perímetro regulatorio de la CME, de manera tal de transitar completamente de un modelo de naturaleza de silos a uno integrado con componentes funcionales.

2. Migración de modelo de supervisión financiera. Desde un esquema de silos a un sistema integrado

En la experiencia comparada, se observan principalmente cuatro modelos de supervisión financiera:²¹ (i) por silos; (ii) funcional; (iii) integrado; y, (iv) por objetivos o de cumbres gemelas (también denominado de *twin peaks*).²²

El modelo institucional por silos o industrias, constituye el enfoque tradicional de supervisión —presente en Chile hasta la actualidad— y que fija los perímetros regulatorios de los organismos supervisores atendiendo a la naturaleza jurídica de las entidades fiscalizadas (bancos, compañías de seguro, corredoras de bolsa, etc.). En términos de competencia, el alcance del ejercicio de las facultades que la ley concede al órgano, comprende un listado de sujetos o entidades, previamente definidos por ley. En tal sentido, el supervisor financiero se transforma en un fiscalizador de entidades que desempeñan actividades financieras y no en el supervisor del mercado financiero como ámbito de actuación de una multiplicidad de entidades. El fundamento asociado a un modelo de silos tendría relación con la especialización del regulador en una determinada industria.

Por su parte, en los denominados modelos funcionales, la supervisión se encuentra determinada por la actividad que realiza una entidad específica sin importar su naturaleza jurídica.²³ Los beneficios de los modelos funcionales

²¹ Véase, Group of Thirty. "The Structure of Financial Supervision: Approaches and Challenges in a Global Marketplace" (2008), p. 23 y ss. Aunque desde su publicación, algunas legislaciones modificaron el modelo. Para una explicación de cada sistema, véase, Larraín, Matías. "Notas al último intento de reforma al Sistema de Supervisión Financiera" (2012), pp. 405 y ss.

²² Este modelo de supervisión ha sido implementado en Australia, Italia, Portugal, Canadá, Holanda y Reino Unido. Ídem, p. 31-33 y 54-55. En lo que sigue, se tuvo en cuenta el análisis en el Informe de Reforma a la Regulación y Supervisión Financiera (Comisión Desormeaux), pp. 30 y ss.

²³ Francia e Italia emplearon durante largo tiempo un sistema de supervisión funcional, sin perjuicio de que ambas legislaciones han transitado recientemente a modelos denominados "de cumbres gemelas". Utilizan el esquema puramente funcional en la actualidad, legislaciones como Brasil y España.

se siguen del hecho de que será “un mismo regulador el encargado de aplicar reglas consistentes a una actividad, independientemente del estatus jurídico de la entidad que la desempeña, lo que disminuye el riesgo de arbitraje regulatorio”.²⁴ Sin embargo, los sistemas de supervisión basada en funciones enfrentan el problema de que —para ser operativos— requieren que las actividades desarrolladas por los agentes de mercado quepan de forma clara dentro de una determinada categoría, lo que resulta cada vez más complejo debido al dinamismo observado en el desarrollo de los mercados y al empleo de instrumentos financieros cada vez más sofisticados. Además, presenta dificultades adicionales, en tanto se corren riesgos de contiendas de competencia entre reguladores, de desincentivar la innovación financiera de los partícipes del mercado, de aumentar los costos de coordinación y de no permitir que exista una supervisión integrada o sistémica, o que se haga cargo de una supervisión de conglomerados.²⁵

En seguida, se encuentran los modelos denominados de supervisión integrada, donde existe un regulador único para la totalidad del sistema financiero, combinando objetivos conductuales y prudenciales.²⁶ Sus ventajas se explican en virtud de que evita la duplicación de esfuerzos entre organismos reguladores, limita las hipótesis de arbitraje regulatorio, impide el surgimiento de conflictos de competencia entre organismos supervisores, aporta una mirada sistémica, dota de cierta adaptabilidad al sistema y, además, genera economías de escala y de ámbito en las actividades de supervisión.²⁷ Además, ofrece, al menos en principio, una mejor aproximación a la supervisión de conglomerados financieros.²⁸ Sin embargo, la experiencia ha permitido constatar que en grandes mercados, los sistemas de supervisión integrada tienden a elevar los riesgos de sesgo del

²⁴ En el mismo sentido, Larraín, Matías. “Notas al último intento de reforma al Sistema de Supervisión Financiera” (2012), p. 405.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Este modelo ha sido adoptado en Alemania, Austria, Dinamarca, Japón, Malasia, Nueva Zelanda, Singapur, Suecia y Suiza. En Sudamérica, aunque con matices, es utilizado en Bolivia y Colombia. Cabe tener presente que este modelo fue abandonado en 2010 por el Reino Unido, que adoptó un sistema de cumbres gemelas. Informe Comisión Desormeaux. pp. 31-33.

²⁷ Informe Comisión Desormeaux. pp. 53-54.

²⁸ Larraín, Matías. “Notas al último intento de reforma al Sistema de Supervisión Financiera” (2012), p. 406.

regulador²⁹ y puede generar tensiones entre objetivos disímiles que han de ser perseguidos por un mismo órgano (*v.gr.* prudenciales o conductuales).^{30,31}

Finalmente, los modelos de regulación por objetivos, de cumbres gemelas o de *twin peaks* buscan alcanzar economías de ámbito entre reguladores con objetivos compatibles y disociar las funciones entre las que podría existir tensión. Así, un organismo o cumbre se erige como regulador prudencial —velando por la solvencia y estabilidad financiera— mientras el otro desarrolla actividades de fiscalización y regulación de carácter conductual —procurando que las transacciones de un mercado se materialicen en términos transparentes, razonables y justos—. ³²⁻³³

Como se indicó, el modelo chileno actual es uno basado en supuestos institucionales o de silos. Sin perjuicio de que, como modelo de supervisión, fue efectivo durante una parte importante del siglo pasado, en el contexto actual de desarrollo e interacción de los mercados, el modelo de silos ya evidencia sus limitaciones, especialmente al momento de supervisar correctamente las actividades desarrolladas por grupos o conglomerados financieros, a la par de ser poco efectivo al momento de fiscalizar el uso de instrumentos y servicios financieros cada vez de mayor complejidad.

Por esta razón, la mayoría de los países con mercados financieros robustos han decidido recurrir a otros modelos de supervisión.³⁴ En efecto, el último tiempo se ha observado una tendencia mundial a migrar desde sistemas institucionales

²⁹ En la medida en que exista un único organismo supervisor integrado, no existirá otro servicio que pueda llamar la atención sobre un error, omisión o desprolijidad en la supervisión. Este riesgo disminuye en la medida en que existan dos o más organismos supervisores. Lo anterior es especialmente cierto para el caso de grandes mercados financieros. Larraín. Op. Cit. Pp. 53 y ss.

³⁰ Informe Comisión Desormeaux. pp. 53-54. Larraín, Matías. “Notas al último intento de reforma al Sistema de Supervisión Financiera” (2012), pp. 406.

³¹ Sobre las complicaciones que pueden presentarse al radicar funciones u objetivos disímiles, y en ocasiones contrapuestos, en un mismo órgano, véase, OCDE. “Best Practice Principles for Regulatory Policy: The Governance of Regulators”, 2014, pp. 33-36. Este último problema llevó al Reino Unido a abandonar un sistema integrado de supervisión financiera luego de la caída del Banco Northern Rock. Según algunos expertos, la FSA (sigla en inglés, era el regulador integrado) habría privilegiado velar por uno de sus objetivos, la protección de los consumidores, poniendo en riesgo la estabilidad del sistema, otra de los bienes jurídicos que debía proteger.

³² Informe Comisión Desormeaux pp. 54-58.

³³ El enfoque de cumbres gemelas o de separación por objetivos ha sido recomendado por el Grupo de los 30 en 2009 y una serie de expertos en materia de supervisión bancaria, entre ellos destacan Stanley Fischer y Marvyn King.

³⁴ Informe Comisión Desormeaux, p. 53.

o puramente funcionales, hacia modelos integrados y de cumbres gemelas. Este proceso se explica porque estos últimos se encuentran mejor preparados para abordar la creciente complejidad de los mercados financieros, la integración de los mercados internacionales, la creciente presencia de conglomerados financieros y la necesidad de contar con una mirada sistémica y consolidada en la supervisión de los mercados involucrados.

3. Sobre la necesidad de ampliación del perímetro regulatorio de la comisión para el mercado financiero y las exigencias de coordinación regulatoria

3.1. Presentación del problema

La sola consagración por ley del traspaso de funciones de la SBIF a la CMF no garantiza el paso definitivo a un modelo integrado de supervisión financiera. Sobre este punto, aún hay un camino por avanzar en la medida que el actual proyecto de ley no contempla un paso de un modelo de silos a un modelo integrado capaz de tomar en consideración las actividades que ha de supervisar. En el contexto de nuestro debate sobre el paso a un modelo integrado de supervisión, la pregunta acerca del perímetro regulatorio se relaciona con: (i) la técnica de atribución de competencias que se emplee en favor del órgano supervisor; (ii) su extensión y límites; y, (iii) las potestades que de ella se deriven.

El tratamiento del problema de la delimitación del perímetro regulatorio de un organismo supervisor debe enfrentarse desde dos perspectivas relacionadas. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, su tratamiento resulta equivalente al de cualquier sistema de atribución de competencias y mantiene una relación directa con el principio de legalidad de las actuaciones de los órganos administrativos.

Por otra parte, y desde una mirada de diseño institucional, la pregunta relevante es algo más compleja y se refiere a cuál es la extensión del ámbito competencial de un supervisor financiero que nos permite alcanzar un equilibrio óptimo entre regulación y mercado; entre facultades gubernamentales e iniciativa privada. La especial complejidad del problema de diseño institucional se explica en virtud de la existencia de un marcado *trade-off* que se presenta en dos niveles interrelacionados pero que analíticamente tiene sentido distinguir para evidenciar las tensiones que se encuentran presentes al momento de definir el modelo de supervisión financiera. En el primero de ellos, el balance se da entre

amplitud y restricción del perímetro regulatorio. En el segundo, en relación con la mayor o menor intensidad regulatoria al interior de dicho perímetro.³⁵

En el primer nivel, uno de los problemas que se observa en la determinación del perímetro es la manera en que se distribuirán los errores tipo I o falsos positivos, en virtud de los cuales quedarían comprendidos al interior del perímetro, sujetos o actividades que, en principio, no debiesen ser fiscalizadas; y los errores tipo II o falsos negativos, donde quedarían sin supervisión sujetos o actividades que, en principio, sí debieran ser fiscalizadas por los organismos reguladores.

Una delimitación del perímetro regulatorio demasiado estrecha capturaré únicamente las hipótesis de riesgo más evidentes o palpables. El beneficio de este tipo de delimitación competencial es que evita que el organismo regulador deba utilizar recursos y destinar tiempo a fiscalizar entidades de poco riesgo. El problema es que ciertamente numerosas actividades riesgosas quedarán fuera del foco de supervisión, por lo que el sistema de fiscalización quedará expuesto a la materialización de los mismos.³⁶

Por el contrario, una ampliación excesiva del perímetro regulatorio implicará incorporar a entidades que no ameritan estar sujetas a un sistema de supervisión estricto. En este tipo de soluciones institucionales se privilegiará supervigilar más entidades de aquellas que son necesarias, para efectos de que ninguna actividad de riesgo pueda quedar libre de fiscalización. Sistemas de este tipo son, por ejemplo, la política de persecución de carteles en materia de libre competencia —que tiene como correlato institucional su regla *per se*³⁷— y el

³⁵ En cualquier caso, hay una interrelación entre la decisión referida al primer nivel, con la decisión respecto del segundo nivel. Esto es; en ciertas circunstancias puede ser recomendable un ámbito restrictivo, sin perjuicio de una importante intensidad regulatoria en el segundo nivel. Para una aplicación de esa clasificación en el contexto de la supervisión financiera chilena, véase, Pardow, Diego. La Experiencia Chilena Disuadiendo Ilícitos Corporativos. Octubre 2012. Derecho Público Iberoamericano, N° 1, pp. 55-83.

³⁶ Así, optar por este tipo soluciones regulatorias implicará una marcada tendencia en favor evitar los Errores Tipo I o falsos positivos y, como contrapartida, estará más dispuesta a tolerar la presencia de Errores del Tipo II o falsos negativos. Esta forma de distribución de errores es, por ejemplo, la adoptada en Derecho Penal donde se privilegia permitir que varios culpables puedan quedar libres (falsos negativos) para evitar que un inocente vaya a la cárcel (falso positivo). Para una breve explicación acerca del compromiso del derecho penal con la evitación de los errores tipo I, véase, Grunberg, J. y Montt, S. “Prueba de la Colusión”, Informe en Derecho presentado en FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros, Rol C N° 194-2009. Santiago, 2010.

³⁷ Para una explicación de la regla *per se* utilizada en materia de libre competencia a la luz de una elección institucional acerca de la forma en que se distribuyen Errores Tipo I y Errores Tipo II, véase, Grunberg, J. y Montt, S. “Prueba de la Colusión”, Informe en Derecho presentado en FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros, Rol C N° 194-2009. Santiago, 2010.

derecho ambiental —que tiene como consecuencia su enfoque o principio precautorio—. ³⁸

Ahora bien, el problema de un sistema que tolera demasiados falsos positivos es que trae aparejadas ineficiencias en la administración de recursos del regulador y efectos perniciosos para el adecuado funcionamiento del mercado financiero (*v.gr.* desincentivos a la innovación, reducción en la oferta de nuevos productos y servicios, suavización de la competencia entre agentes de mercado, entre otras). Por tanto, dicho *trade-off* vuelve insoslayable la pregunta acerca de qué tipo de errores estamos más dispuestos a tolerar en materia de supervisión del mercado financiero.

Sin perjuicio de que, probablemente, la solución regulatoria óptima se encontrará en un punto intermedio entre los dos extremos explicados, hay que considerar, al menos desde una perspectiva dinámica, que en ciertos momentos puede ser recomendable que los sistema tengan la flexibilidad suficiente para poder privilegiar distribuciones diferenciadas, dependiendo, por ejemplo, del grado de evolución de los mercados financieros, el estado de la economía, los riesgos de actividades o herramientas financieras innovadoras, etc.

Ahora bien, una vez tomada una decisión acerca de la extensión del perímetro regulatorio de un supervisor financiero (zanjado qué tipo de errores estaremos más dispuesto a tolerar) deberá formularse la pregunta referida al segundo *trade-off* mencionado.

Allí, se nos presenta el problema acerca de la intensidad de las exigencias regulatorias que recaen sobre los sujetos y actividades que se encuentran al interior del perímetro de supervisión (sea cual sea la distribución de errores). En efecto, “cuando se elevan los estándares para las entidades dentro del perímetro regulatorio, se generan incentivos para cambiar a actividades fuera del mismo, donde la regulación y supervisión son más débiles”,³⁹ por lo que mientras mayor sea la carga regulatoria que soportan los sujetos y actividades comprendidos por el perímetro regulatorio, mayores serán los incentivos para

³⁸ Nicholas A. Ashford. *The Legacy of the Precautionary Principle in US Law: The Rise of Cost-Benefit Analysis and Risk Assessment as Undermining Factors in Health, Safety and Environmental Protection*. 2016. Ch. 19. Desde una perspectiva financiera, véase, Alle, Hilary. *A New Philosophy for Financial Stability Regulation*. Loyola University Chicago Law Journal. 2013.

³⁹ Larraín, Christian. “Shadow Banking: Aplicación al caso de Chile”, en: *Basilea, la Crisis Financiera y la Institucionalidad Regulatoria en Chile*. Disponible en versión electrónica, en el portal de la ABIF: <https://www.abif.cl/wp-content/uploads/2015/05/libro-Reforma-financiera-baja-23042015.pdf> [última visita, 20 de mayo de 2017].

que los agentes busquen *ex professo* salir de dicho perímetro o incurrir en arbitraje regulatorio.⁴⁰

3.2. Revisión crítica de la forma de determinación del perímetro regulatorio vigente

3.2.1. Explicación del mecanismo actual de determinación

En nuestro ordenamiento jurídico el perímetro regulatorio de los supervisores financieros se encuentra delimitado en atención a la naturaleza jurídica de los sujetos que habitualmente se desempeñan en los mercados sometidos a su fiscalización.

De este modo, el perímetro regulatorio de la Comisión para el Mercado Financiero, se encuentra contenido en el artículo 3º de la Ley N° 21.000, está definido como un conjunto de entidades que serán sometidas a su supervigilancia en virtud de una pluralidad de razones heterogéneas, pero principalmente, por encontrarse típicamente relacionadas con los mercados de valores y de seguros⁴¹.

La misma técnica de atribución de competencias es utilizada en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 1997, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos (en adelante, LGB) para delimitar el perímetro regulatorio de la SBIF.⁴²

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Señala el artículo 3 que “[c]orresponderá a la Comisión la fiscalización de: 1. Las personas que emitan o intermedien valores de oferta pública. 2. Las bolsas de productos, las bolsas de valores mobiliarios y las operaciones bursátiles. 3. Las asociaciones de agentes de valores y las operaciones sobre valores que estos realicen. 4. Los fondos que la ley somete a su fiscalización y las sociedades que los administren. 5. Las sociedades anónimas y en comandita por acciones que la ley sujete a su vigilancia. 6. Las empresas dedicadas al comercio de asegurar y reasegurar, cualquiera sea su naturaleza, y los negocios de éstas, así como de las personas que intermedien seguros. 7. El Comité de Autorregulación Financiera a que se refiere el título VI. 8. Cualquiera otra entidad o persona natural o jurídica que esta ley u otras leyes le encomienden. No quedan sujetas a la fiscalización de esta Comisión las administradoras de fondos de pensiones y otras entidades y personas naturales o jurídicas que la ley exceptúe expresamente. No obstante, cuando éstas realicen actividades que produzcan o puedan producir efectos sobre las materias que son de competencia de la Comisión, deberán adoptarse, a iniciativa de ésta o de los correspondientes organismos fiscalizadores, los mecanismos necesarios para observar el principio de coordinación que rige a los órganos de la Administración del Estado en el cumplimiento de sus funciones, facilitando la debida colaboración y evitando la interferencia de funciones.”.

⁴² Así, en el artículo 2 de la LGB se establece que corresponderá a la SBIF la fiscalización de: (i) el Banco del Estado; (ii) las empresas bancarias; (iii) las entidades financieras no encomendadas por la ley a otra institución; y (iv) las empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de tarjetas de crédito, tarjetas de pago con provisión de fondos o de cualquier otro sistema similar a los referidos medios de pago, siempre que éstos importen que el emisor u operador contraiga habitualmente obligaciones de dinero para con el público en general o ciertos sectores o grupos específicos de él.

En virtud de lo anterior, y en razón de que tanto la CMF como la SBIF cuentan con un perímetro regulatorio determinado por la naturaleza jurídica de los sujetos que participan del mercado financiero, existe espacio conceptual para que los agentes de mercado puedan decidir salir del ámbito de fiscalización de dichos organismos modificando la naturaleza jurídica de la sociedad a través de la cual se desempeñan.⁴³

Esto, en principio, no podría ocurrir en aquellos casos en que el desarrollo de una actividad se encuentra limitado por ley a la adopción de una determinada forma societaria (*v.gr.* la captación habitual de fondos del público se encuentra permitida únicamente para entidades bancarias, en virtud del artículo 39 de la LGB). Sin perjuicio de ello, hemos sido testigos de que determinadas entidades no bancarias realizaban actividades que resultaban, al menos, demasiado similares a la captación habitual de fondos del público contrariando la disposición contenida en el artículo 39 de la LGB⁴⁴ y quedando fuera del ámbito de competencias de los organismos sectoriales correspondientes. Esta forma particular de arbitraje regulatorio implicaba, por tanto, una actuación ilegal. Ahora bien, existen otras formas más sutiles de arbitraje regulatorio y que no son *per se* sancionables en nuestro ordenamiento jurídico, como se observará *infra*.

3.2.2. Problemas derivados de dicho mecanismo

El sistema de determinación del perímetro regulatorio empleado por la legislación nacional se encuentra basado, en nuestra opinión, en un conjunto de reglas como resumen, en el sentido de Rawls,⁴⁵ esto es, generalizaciones o proposiciones que constituyen una guía para solucionar satisfactoriamente problemas a partir de la recopilación de la experiencia pasada. Son en ese sentido, resumideros de experiencia institucional y lecciones que se han obtenido a partir de dicha experiencia recogida. “La razón de poseer [este tipo de] reglas está en el hecho de que hay ciertos casos que tienden a recurrir⁴⁶ y en que se resuelven los casos

⁴³ El problema del arbitraje regulatorio se conoce desde antiguo y en él se funda el principio romano de *nomen iuris* —o de primacía de la realidad—, en virtud del cual “las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son”. Dicho principio, que es lo que permite que los sujetos no puedan elegir libremente quedar sometidos a cierta regulación, pareciera no haber permeado del todo en nuestro sistema institucional.

⁴⁴ Véase, H. Cámara de Diputados, “Informe de la Comisión Investigadora de la Actuación de los Organismos Públicos Competentes en Relación al Eventual Fraude de Empresas de Inversión”.

⁴⁵ Véase, Rawls, John. “Dos conceptos de regla”, en Foot, P. (ed): *Teorías sobre la Ética* (México: FCE, 1955), pp. 210-247.

⁴⁶ N. del A. Una traducción alternativa y en nuestra opinión más clara del texto original de Rawls podría ser: “(...) que *tienden a ocurrir reiteradamente* (...)”. Cfr, Rawls, John. *Two Concept of Rules*. *The Philosophical Review*, Vol. 64, No. 1 (Jan. 1955), pp. 3-32.

con tanta mayor facilidad si se dispone de resoluciones pasadas en forma de reglas⁴⁷. En ese sentido, una regla como resumen hace probable que se tome una decisión correcta, sin necesidad de un análisis detallado y que tome en consideración las circunstancias particulares de cada caso. Dicha conclusión, descansa en la premisa de que la revisión detallada de costos y beneficios de una determinada decisión fueron ya considerados en el pasado, en diversas ocasiones, y se arribó a una resolución común por otros hombres prudentes y juiciosos en los que es posible confiar. Este conjunto de soluciones coincidentes, habría generado una especie de equilibrio —para ponerlo en términos de teoría de juegos— sobre la forma óptima de solución de los mismos. Tal equilibrio termina tomando la forma de una regla como resumen.

Desde nuestro análisis, el legislador, teniendo a la vista la experiencia pasada en materia bancaria, de valores y seguros, identificó los sujetos que habitual o típicamente intervienen en ellos y que, a su vez, representan algún grado de riesgo para la fe pública o la estabilidad del mercado financiero. Una vez identificados dichos sujetos, los ha sometido a la supervigilancia de los organismos correspondientes. La función de dichas reglas planteadas como resúmenes es evitar al regulador tener que decidir periódicamente —en el extremo, a diario, hora tras hora— qué sujetos formarán parte de su ámbito competencial.

Ahora bien, las reglas como resúmenes —y esa es una de sus características constitutivas— no tienen pretensiones de normatividad. Su corrección depende únicamente de que podamos confiar en su contenido porque, en un porcentaje altísimo de casos, su aplicación resolverá el problema de mejor forma —o más rápida— que, si analizáramos el dilema en una ocasión tras otra, en virtud de su mérito y con los antecedentes tenidos a la vista.

Como contrapartida, el surgimiento de excepciones a esa regla general o regla como resumen “convierte a una regla en sospechosa en una contingencia especial”.⁴⁸ Y cuando dichas contingencias especiales —situaciones en que hay poderosas razones para hacer caso omiso a la regla general— se vuelven demasiado frecuentes, o bien, cuando de la aplicación de la regla general en condiciones especiales se podrían seguir consecuencias demasiado gravosas, comienzan a surgir razones para reformular o desestimar la regla en tanto resumidero de experiencias pasadas.

⁴⁷ Rawls, John. “Dos conceptos de regla”, en Foot, P. (ed): *Teorías sobre la Ética* (México: FCE, 1955), pp. 232.

⁴⁸ Ídem, pp. 236.

Por ello, para levantar un caso en favor de la revisión o reformulación de una regla como resumen, deberá esgrimirse un argumento relativamente simple —en tanto operativo y no normativo—. Bastará únicamente con constatar la existencia de razones para afirmar que la regla ha dejado de ser suficiente para guiar decisiones futuras.

En este punto de la argumentación, y en lo que a nosotros atañe, corresponde revisar los problemas que han sido observados en aplicación de la regla de atribución de competencias en el mercado financiero, para efectos de decidir si es necesario sustituirla, reformularla o eliminarla.

3.2.2.1. Vacíos de supervisión

La forma de determinación del perímetro regulatorio explicada supra puede traer aparejada la existencia de vacíos o puntos ciegos de supervisión, en la medida en que una actividad que presente riesgos para el adecuado funcionamiento y estabilidad del mercado financiero, sea llevada a cabo por una entidad que no se encuentre comprendida en el catálogo de sujetos supervisados de la CMF y —por ahora— de la SBIF. De este modo, una determinada sociedad, en virtud de su naturaleza jurídica, podría quedar fuera del alcance de la supervisión de los organismos competentes pese a que la actividad que desarrolla amerite dicha supervisión.⁴⁹

Con todo, ello no prejuzga su corrección o incorrección, pues —como vimos en el apartado sobre presentación del problema— una mayor amplitud del perímetro regulatorio no equivale *vis-à-vis* a un mejor diseño institucional. En ese contexto, para incluir alguna de dichas actividades dentro del perímetro regulatorio de los organismos supervisores, tendremos que ofrecer buenas razones para ello, probablemente, basadas en los riesgos que de dichas actividades se deriven. Sin embargo, existe un segundo tipo de problemas de vacío de supervisión más evidentes y en los cuales las razones para la ampliación del perímetro regulatorio resultan menos discutibles.

Al contar los supervisores nacionales con un perímetro regulatorio definido en virtud de sujetos y no de las actividades que estos realizan, resulta extremadamente simple para determinados actores evitar la fiscalización de los supervisores y no dar cumplimiento a determinadas normas que la regulación exige. Analicemos un ejemplo concreto.

⁴⁹ Cfr. Larraín, Christian. “Shadow Banking: Aplicación al caso de Chile”, en: Basilea, la Crisis Financiera y la Institucionalidad Regulatoria en Chile, p. 275-276. Disponible en versión digital, en: <https://www.abif.cl/wp-content/uploads/2015/05/libro-Reforma-financiera-baja-23042015.pdf> [última visita, 26 de mayo de 2017].

La LGB, al momento de atribuir competencias a la SBIF para supervisar bancos, establece tres reglas que han de ser interpretadas en conjunto:

- i) Sólo pueden captar fondos del público de manera habitual las empresas bancarias (artículo 39 de la LGB).
- ii) Las empresas bancarias se encuentran sujetas a determinadas exigencias y al cumplimiento de la normativa que los rige (*v.gr.* inscripción y registro, requisitos de capital, solvencia, liquidez, entre otras).
- iii) Finalmente, la SBIF tiene dentro de su ámbito de competencias la supervisión de todas las empresas que desarrollan actividades bancarias, en especial, las de captación de fondos (artículo 2 LGB).

Así, el silogismo indicaría que para realizar actividades habituales de captación de fondos ha de adoptarse la naturaleza jurídica de las empresas bancarias y cumplirse determinadas exigencias. Luego, en virtud de la forma jurídica de dichas entidades, estas se encontrarán sometidas a la supervisión de la SBIF. Finalmente, podría afirmarse que toda actividad de captación habitual de fondos del público —en tanto ha de ser desarrollada por bancos— se encontrará siempre sujeta a la supervigilancia de la SBIF.

No obstante ello, y como ya se señalara, algunos agentes de mercado que no son bancos han estado desarrollando actividades análogas a la captación habitual de fondos.⁵⁰ Luego, no es cierto, al menos en términos fácticos, que solo las empresas bancarias pueden captar fondos del público y que, por lo tanto, basta para el regulador, identificar esas personas jurídicas, para tener supervisada esa actividad. Ello podría implicar, además de la comisión de una infracción o delito, el surgimiento de riesgos relevantes para el adecuado funcionamiento del mercado financiero provenientes de un actor no regulado —en virtud de su naturaleza jurídica— que debiese encontrarse sometido a supervisión —en razón de la actividad que desarrolla y de los riesgos que genera—.

De este modo, la forma actual de determinación del perímetro regulatorio hace surgir algunas interrogantes de la mayor relevancia que cuestionan los supuestos sobre los cuales sería justificable atribuir competencia a los organismos supervisores en relación con la naturaleza jurídica de los sujetos que participan de un mercado y no, en cambio, a las actividades ni los riesgos que estas generan. En concreto, la actual forma de determinación del perímetro regulatorio pareciera basarse en una o más de los supuestos siguientes:

⁵⁰ Véase H. Cámara de Diputados, “Informe de la Comisión Investigadora de la Actuación de los Organismos Públicos Competentes en Relación al Eventual Fraude de Empresas de Inversión”.

- i) Los riesgos únicamente provienen —y seguirán proviniendo— de determinados actores;
- ii) Dichos riesgos emanan, surgen o se derivan en virtud de la naturaleza jurídica o forma societaria que adoptan quienes las desarrollan;
- iii) Los agentes de mercados no están en condiciones de arbitrar regulatoriamente desde una forma jurídica a otra que les resulte más favorable.

En nuestra opinión, existen varios fenómenos concurrentes —y con presencia a nivel mundial— que permiten cuestionar claramente dichos supuestos.

Primero, la difuminación de los límites (*blurring of the boundaries*) de cada actividad o sector al interior del mercado financiero ha sido constatada por prácticamente todos los países con mercados financieros desarrollados. De hecho, este argumento ha sido determinante para todos los procesos de consolidación de reguladores financieros tanto hacia modelos de twin peaks, como de supervisión integrada.⁵¹ Así, la complejidad de los sistemas financiero, el grado de interconexión de las entidades que participan en él y la constante innovación en materia de instrumentos financieros, ha aumentado la dificultad de mantener una regulación o supervisión basada en silos o en la naturaleza jurídica de los agentes de mercado, así como en la naturaleza de los instrumentos financieros que utilizan, generándose una tendencia generalizada de migrar desde dichos modelos hacia sistemas basados en actividades, riesgos u objetivos del regulador.

Segundo, la presencia de conglomerados financieros⁵², por una parte, ha dificultado aún más las posibilidades de diferenciación de mercados en virtud de la naturaleza de los sujetos que en él se desempeñan y, por la otra, ha facilitado la existencia de arbitrajes regulatorios por parte de dichos conglomerados, que privilegiarán las formas jurídicas que los enfrenten a regulaciones más favorables para sus intereses.

Tercero, la innovación financiera ha facilitado —y lo seguirá haciendo— el surgimiento de nuevos instrumentos y actividades, los que podrían ser

⁵¹ Goodhart, C.A.E. - The Organisational Structure of Banking Supervision. FSI Occasional Papers No. 1 – November 2000. Pp 9 y ss.

⁵² En este documento, entenderemos por conglomerados financieros a aquellos actores, entidades o grupos económicos que, encontrándose bajo un control común, desempeñan de manera exclusiva o predominante actividades consistentes en proveer servicios de dos o más sectores financieros diferentes. Esta definición se encuentra basada en aquella elaborada por la International Organization of Securities Commissions (IOSCO). Véase, IOSCO. “The supervision of Financial Conglomerates: A report by the tripartite group of bank, securities and insurance regulators” (1995). Este documento se encuentra disponible en versión digital, en el sitio: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD47.pdf> [última visita, 29 de mayo de 2017].

desarrolladas por entidades no sometidas al escrutinio de ningún agente regulador. La imposibilidad del legislador de anticiparse al desarrollo futuro del mercado financiero se erige como un argumento adicional en contra de una forma de determinación del perímetro regulatorio regulada —fija e inflexiblemente— en base a la naturaleza jurídica de los sujetos que participan en él. El surgimiento de la industria de las FinTech —que en principio no es objeto de supervisión alguna en nuestro país, pese a que puede traer aparejada riesgos equivalentes a los de algunos sujetos fiscalizados— es un buen ejemplo del riesgo de mantener reglas basadas en supuestos estrictos y de naturaleza meramente formal.

3.2.2.2. Problemas de coordinación regulatoria

Es posible constatar una tendencia generalizada en los Estados modernos consistente en la delegación de un relevante número de actividades hacia organismos de la administración o agencias regulatorias independientes.⁵³ Este fenómeno se justifica en buena medida como respuesta a la imposibilidad del legislador de resolver, con la premura que la actualidad exige, los problemas esencialmente técnicos que surgen continuamente en las sociedades modernas.⁵⁴⁻⁵⁵ La técnica de la delegación ofrece la ventaja de permitir alcanzar importantes grados de *expertise*, a través de los conocimientos especializados de que goza cada agencia.⁵⁶

En este contexto, los legisladores tienden a delegar en distintas agencias u organismos de la administración potestades concurrentes o superpuestas — que dan lugar a espacios regulatorios compartidos— o, como contrapartida, fragmentadas. Esto último, tiene como consecuencia el surgimiento de lagunas o vacíos regulatorios.⁵⁷

En el caso particular de los mercados financieros concurren algunas condiciones especiales que agravan las dificultades derivadas de la duplicación de potestades

⁵³ Para un análisis detallado de dicho fenómeno y las controversias jurídicas que se han dado entorno a él, véase, Rubin, Edward L. “Law and Legislation in the Administrative State”, *Columbia Law Review* Vol. 89, No. 3 (Apr., 1989), pp. 369-426.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Para una temprana constatación, en nuestra tradición, de la precariedad de la ley en tanto instrumento de ordenación social en la modernidad, véase, Novoa, Eduardo. “El derecho como obstáculo al cambio social”. Siglo XXI, 1980, p. 33-48.

⁵⁶ Freeman, Jody y Rossi, Jim. “Agency coordination in shared regulatory space”. *Harvard Law Review*, Vol. 125 (2012), p.1135.

⁵⁷ Véase, Freeman, Jody y Ferber, Daniel. “Modular Environmental Regulation”, 64 *Duke, L.J.* 795, 806-8013 (2005).

o de las lagunas regulatorias y de supervisión. Los fenómenos descritos en el acápite anterior, esto es, de difuminación de límites de las actividades que forman parte del mercado financiero, la presencia de conglomerados financieros, el surgimiento de nuevos y más complejos instrumentos financieros —sobre todo cuando éstos son de carácter híbrido—, han generado numerosos espacios regulatorios compartidos entre los distintos organismos supervisores y, además, las posibilidades de arbitraje regulatorio han levantado las alertas sobre vacíos o puntos ciegos de supervisión (*v.gr.* el fenómeno del *shadow banking*).

La existencia de potestades concurrentes y el surgimiento de vacíos regulatorios conllevan algunas dificultades para el adecuado despliegue de competencias al interior de la Administración. En términos de Freeman y Rossi, las “delegaciones pueden producir redundancia, ineficiencia y vacíos, pero más que cualquier otra cosa, crean profundos desafíos de coordinación”.⁵⁸

Los problemas de coordinación susceptibles de ser observados entre organismos reguladores pueden tomar diversas formas. Utilizando la esquematización empleada por Pardow, dichos conflictos pueden consistir en:⁵⁹

- i) Actuaciones en sentidos contrarios. En tales casos, dos o más organismos deciden actuar simultáneamente y toman decisiones incompatibles o antinómicas entre sí.
- ii) Actuaciones sucesivas en el mismo sentido. En esta hipótesis, dos o más organismos actúan diferidos en el tiempo y el segundo organismo en participar de la deliberación ratifica la opinión inicial del primero. Ello, con la ineficiencia correlativa a la actuación de dos órganos de forma sucesiva.
- iii) Mutua inhibición. En este caso, dos o más organismos se abstienen de conocer y resolver un determinado problema en virtud de que no se consideran competentes para ello, o bien, debido a que ambos simultáneamente consideran que es otro organismo el competente en un determinado caso. Esto último, en razón de algún criterio, regla o principio (*v.gr.* especialidad).

En Chile, los fraudes basados en estructuras piramidales dejaron en evidencia los problemas de coordinación existentes entre los distintos supervisores

⁵⁸ Freeman, Jody y Rossi, Jim. “Agency coordination in shared regulatory space”. *Harvard Law Review*, Vol. 125 (2012), p.1135.

⁵⁹ Pardow, Diego. “Hacia una mejor coordinación entre las instituciones públicas relacionadas con la protección al consumidor”. *Espacio público*, Documento de Referencia N°24, (2015); y, Pardow, Diego. “El Servicio Nacional del Consumidor de Chile (Sernac) y los reguladores sectoriales: buscando mecanismos para una mejor coordinación”, *Revista Economía y Política*, (2015).

sectoriales. En ellos, predominó el comportamiento de inhibición mutua. Tanto la SBIF como la SVS negaron contar con competencias para fiscalizar las actuaciones cometidas por determinadas sociedades que, utilizando distintos vehículos financieros, tenían por objeto defraudar a los aportantes de dinero e inversores.⁶⁰ En opinión de ambos reguladores, las infracciones se llevaron a cabo fuera de su perímetro regulatorio.⁶¹

El problema de coordinación entre la SBIF y la SVS resulta indiciario de que dichos reguladores se comunican poco entre sí, no coordinan sus actuaciones en caso de dudas competenciales y mantienen, incluso según su propia concepción, un perímetro regulatorio demasiado restrictivo o estrecho que les quita posibilidades de reacción ante el surgimiento de este tipo de riesgos.

El argumento principal de los organismos aludidos para negar su competencia en cada uno de los casos que han sido conocidos por la opinión pública, se deriva del hecho de que la naturaleza jurídica de las entidades investigadas no se corresponde con los tipos de sujeto que les corresponde fiscalizar. De este modo, al no encontrarse este tipo de entidades dentro del catálogo de sujetos supervisados por cada organismo, no tienen potestades para actuar respecto de ellos, reconociendo como límite el principio de legalidad en la actuación de los órganos de la administración, al que ya hemos hecho referencia supra. Así, la forma de delimitación del perímetro regulatorio utilizada en Chile, esto es, configurado a partir de la naturaleza jurídica de los sujetos que participan habitualmente en determinadas actividades, generó relevantes falencias de coordinación entre los organismos supervisores.

En nuestra opinión, en caso de que la normativa legal hubiese considerado una apertura en base a criterios, riesgos o actividades, probablemente los organismos supervisores podrían haber actuado con mayor celeridad o, en caso contrario, sería más simple atribuirles responsabilidad en los hechos por todos conocidos. Como se indicara, en parte como respuesta a este tipo de problemas, es que el legislador tomó algunas decisiones del mayor interés para mejorar las posibilidades de coordinación entre los organismos supervisores en la Ley N° 21.000 y, en el proyecto de ley que moderniza la legislación bancaria. En efecto, dicho proyecto propone el tránsito hacia un sistema integrado de supervisión financiera, evitando incurrir en pluralidad de reguladores y los problemas de responsabilidad institucional asociados a ese fenómeno.

⁶⁰ Véase, H. Cámara de Diputados, "Informe de la Comisión Investigadora de la Actuación de los Organismos Públicos Competentes en Relación al Eventual Fraude de Empresas de Inversión".

⁶¹ Ídem.

En segundo lugar, se incorpora en la Ley N° 21.000 un artículo 37 bis nuevo, a la Ley N° 19.880, que “Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado”, que exige un nivel de coordinación entre todos los órganos de la administración del Estado en el ámbito del ejercicio de las potestades normativas.⁶²

Sin perjuicio de tales avances, a todas luces significativos, un sistema adecuado de circunscripción de los perímetros regulatorios de cada organismo permitiría trascendentes avances en materia de coordinación regulatoria.

3.2.3. Dificultades para reaccionar a tiempo en hipótesis de riesgo y falta de adaptabilidad ante el surgimiento de nuevas actividades o instrumentos

La forma de delimitación del perímetro regulatorio empleado en Chile tiende a rigidizar la estructura de supervisión al incorporar —de modo taxativo— los sujetos que quedarán al interior del perímetro regulatorio de cada organismo. En consecuencia, cualquier modificación exigida por los avances del mercado o por el surgimiento de nuevos agentes, requieren de la materialización de cambios legales, con las dificultades y plazos inherentes a dichos procesos.

En ese contexto, un compromiso con la técnica de atribución de competencias consistente en la descripción exhaustiva de los sujetos que se encontrarán al interior del ámbito competencial de cada organismo supervisor, implicará necesariamente problemas para el organismo regulador. Entre ellos, encontramos que no podrá hacerse cargo de:

- i) Hipótesis de riesgo inminente levantadas por sujetos no regulados que desarrollen actividades reguladas (*v.gr.* los asesores de inversión que desarrollan actividades de captación habitual de fondos del público);
- ii) Riesgos derivados del surgimiento de nuevas actividades financieras desarrolladas por sujetos no regulados;
- iii) Riesgos derivados del surgimiento de nuevos instrumentos financieros, utilizados por sujetos no regulados;

Los problemas antes descritos se exacerban en virtud del dinamismo del mercado que es objeto de análisis y los incentivos que tienen a la vista los agentes económicos para arbitrar regulatoriamente hacia el segmento del mercado en que observan menores exigencias. Dichas características propias

⁶² Un excelente comentario de las implicancias de esta nueva regla puede verse en Cordero, Luis. Los Informe sectoriales en el procedimiento administrativo y la calidad regulatoria. El Mercurio Legal. Febrero 2017. Disponible versión digital en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/02/24/Los-informes-sectoriales-en-el-procedimiento-administrativo-y-la-calidad-regulatoria.aspx> [última visita, 15 de junio de 2017].

del mercado financiero hacen probable que un catálogo de sujetos regulados se vuelva insuficiente o errado en el corto plazo. Ello, incluso asumiendo que contamos con un legislador excepcionalmente previsor.

Por otra parte, existen dificultades adicionales asociadas al momento particular que vive nuestra institucionalidad en materia de supervisión financiera. Lo anterior, en atención a que la mantención del status quo en la configuración del perímetro regulatorio contraría en buena medida los objetivos que se tuvieron a la vista para la creación de la CME, así como el proceso de integración que experimentarán CME y SBIF, de aprobarse el proyecto de ley que moderniza la legislación bancaria.

Todo lo dicho en esta sección, permite levantar un caso en favor de la revisión de la regla como resumen que ha sido empleada hasta ahora como mecanismo de atribución de competencias y nos permitirá explorar espacios de mejora para su adecuada formulación.

3.3. Razones positivas para una nueva forma de determinación del perímetro regulatorio

En la sección anterior intentamos llamar la atención sobre las falencias observadas en la forma actual de determinación del perímetro regulatorio de los supervisores financieros. En este apartado, buscaremos, en cambio, ofrecer razones positivas para migrar hacia un sistema alternativo de atribución de competencias, que introduzca ciertos grados de flexibilidad y posibilidades de adaptación para la CME.

La decisión de crear un organismo como la CME, que reúna o consolide las actuales competencias de la SBIF y de la SVS, tiene por objeto migrar desde un modelo de arquitectura de la supervisión basado en silos o industrias, hacia un supervisor integrado. Ello, al menos en teoría, permitiría alcanzar un número relevante de ventajas y eficiencias. En general, los países que han adoptado este tipo de modelos han buscado avanzar en: (i) alcanzar una mirada de conjunto del sistema financiero; (ii) supervisión de riesgos consolidados; (iii) fiscalización de conglomerados financieros; (iv) mantención de la estabilidad sistémica; (v) atribución de responsabilidades y rendición de cuentas de los organismos competentes; (vi) minimizar riesgos de arbitraje regulatorio; (vii) consistencia normativa intersectorial; y, (viii) alcanzar economías de escala y ámbito, entre otras.⁶³

⁶³ Véase, De Luna Martínez, José y Rose, Thomas A. "International Survey of Integrated Financial Sector Supervision". World Bank Policy Research, Working Paper 3096, (2003).

Ahora bien, la posibilidad de conseguir tales eficiencias depende, en buena medida, de que la integración vaya acompañada de una nueva forma de delimitación del perímetro regulatorio para la CMF. En caso de que su ámbito de competencia se encuentre limitado únicamente a la sumatoria de las potestades reconocidas a la CMF y SBIF, la mayoría de las falencias presentes hoy en nuestro diseño institucional se mantendrán hacia el futuro.

De procederse de ese modo, la CMF—incluso luego de la integración con la SBIF— no lograría alcanzar las ventajas esperadas del proceso de integración, mejorando únicamente en materia de coordinación regulatoria y de economías de escala. De hecho, la mantención de la estructura de perímetro regulatorio actualmente vigente mantendrá los problemas de puntos ciegos de supervisión, de dificultades para analizar el mercado financiero en su conjunto, de arbitraje regulatorio, de imposibilidad de supervisar riesgos consolidados y conglomerados financieros, entre otros.

Por ello, es necesario formular una propuesta de mecanismo de atribución de competencias que concilie los siguientes objetivos:

- i) Equilibrar de buena manera los *trade-offs* relacionados con la extensión del perímetro regulatorio y la intensidad regulatoria, en los términos explicados *supra*.
- ii) Permitir un uso eficiente de recursos en condiciones de normalidad.
- iii) Otorgar un margen de actuación a la CMF para reaccionar apropiadamente en condiciones de anormalidad o riesgo para el mercado financiero.

Dicho resultado podría obtenerse mediante un mecanismo de atribución de competencias que tome en consideración un conjunto funcional de variables: (i) la naturaleza jurídica de los sujetos; (ii) las actividades que estos desarrollan; (iii) los riesgos que se derivan de sus comportamientos; y, (iv) los bienes jurídicos por los que el legislador le ha encargado velar a la CMF.

Como contrapartida, en tiempos de anormalidad en el funcionamiento del mercado financiero, la CMF deberá estar dotada de ciertas potestades que le permitan controlar los focos de riesgo que pudieren haberse detectado. Así, por ejemplo, será de utilidad la incorporación de una cláusula de habilitación legal para actuar cuando la CMF detecte condiciones que comprometen el correcto funcionamiento del mercado financiero, dictar normativas especiales para regular nuevas actividades o industrias que lo requiriesen y poder asimilar las exigencias regulatorias de determinados sujeto regulados a otros actores—que inicialmente se encontraran fuera de su perímetro— cuando unos y otros desarrollen funciones similares o levanten riesgos de naturaleza equivalente.

Un sistema como el propuesto mejoraría sustantivamente la estabilidad del sistema en su conjunto en el largo plazo. Para garantizar el empleo adecuado, razonable y proporcional de este tipo de herramientas de adaptación, debiesen quedar establecidos en la ley sus presupuestos para su ejercicio, quedar sometida a estrictos estándares de fundamentación y debieren determinarse los criterios que necesariamente deberán ser considerados para su evaluación, entre los cuales el principio de proporcionalidad jugará un rol especialmente relevante.

Una técnica de atribución de competencias o de delimitación del perímetro regulatorio que tome en consideración sujetos, actividades, riesgos y bienes jurídicos protegidos, no constituye, en caso alguno, una innovación. Por el contrario, la propuesta de ampliación que se presenta sigue de cerca recomendaciones de diversos expertos, la experiencia institucional de otros países y las sugerencias de distintos organismos internacionales sobre la materia.⁶⁴

La especial atención que ha recibido el problema de la determinación del perímetro regulatorio de los supervisores financieros desde la crisis *sub-prime* se debe, particularmente, al consenso que existe sobre la idea de que, de haber contado en ese minuto con mejores formas de atribución de competencias, el impacto y extensión de la crisis de 2008 podría haber sido morigerado.⁶⁵

4. Propuesta a modo de conclusión

El paso de un modelo institucional de supervisión financiera a un esquema integrado supone una transformación completa del mecanismo tradicional de supervisión empleado en Chile. Dicha modificación, trae aparejada una serie de ventajas y beneficios asociados a la efectividad del rol supervisor.

Sin perjuicio de lo anterior, para un paso efectivo al modelo integrado, no basta con la integración de los reguladores. Es necesario el cambio en la forma de determinación del espacio competencial de supervisión, esto es, exige la revisión institucional de la naturaleza del perímetro regulatorio del supervisor.

Los supuestos que justifican el paso de un perímetro regulatorio basado en sujetos cuya naturaleza jurídica determina sus límites, a uno fundamentalmente vinculado con el objeto de supervisión y estabilidad del mercado financiero junto

⁶⁴ Por todos, véase, Financial Stability Board - Policy Framework for Strengthening Oversight and Regulation of Shadow Banking Entities. 2013. P. 13.

⁶⁵ Así, Johnston R. Barry. The Perimeter of Regulation. Presentation to the conference "A Perspective of the Asian Financial Sector under the Global Financial Crisis" Tokyo, January 21, 2010

con el desarrollo de actividades en ese ámbito, descansan en razones tanto de índole institucional, como de razones de política de supervisión. Desde nuestra perspectiva, y como esperamos, haya quedado correctamente explicado en estas notas, un cambio de la forma de determinación del perímetro regulatorio es una consecuencia lógica de la decisión de migrar hacia un sistema integrado de supervisión. De otro modo, no se consiguen los objetivos perseguidos con la consolidación de los supervisores.

Así entonces, pensamos que es posible corregir la actual determinación del perímetro en la Ley N° 21.000, adecuando el proyecto de ley que moderniza la regulación bancaria, utilizando un mecanismo de atribución de competencias en tres niveles para la configuración completa del perímetro regulatorio de la CMF.

El primero de ellos, está diseñado para operar en condiciones de normalidad y es asimilable al conjunto de reglas como resumen que lo estructuran hoy y que atienden a la naturaleza jurídica de los sujetos fiscalizados. En condiciones normales estimamos que la técnica actual de atribución de competencias sigue siendo una herramienta útil; una regla administrable para estructurar el campo de fiscalización en tiempos de normalidad institucional.

El segundo consiste en una habilitación para que la CMF esté en condiciones de reaccionar ante el surgimiento de contingencias en que la regla como resumen se encuentra expuesta a riesgos de error. En dichas hipótesis, podría consagrarse alguna cláusula de apertura del perímetro regulatorio que le permita a la CMF ejercer sus funciones respecto de personas y entidades que desarrollen actividades que podrían afectar el correcto funcionamiento del mercado financiero perjudicando la fe pública o podrían poner en riesgo la estabilidad financiera por su naturaleza, magnitud o grado de interconexión. Lo anterior, satisfaciendo exigencias y mecanismos de control institucional, por ejemplo, estableciéndose los criterios con los cuales la ampliación provisoria del perímetro regulatorio resultará procedente.⁶⁶ El uso de esta herramienta

⁶⁶ Lo anterior, y para efectos del análisis que nos compete, impone algunas exigencias básicas para los Órganos de la Administración del Estado, entre ellas: (i) la obligación de someter sus actuaciones a la Constitución y a las normas que se dicten conforme a ella; (ii) la exigencia previa de investidura regular de sus miembros; y (iii) La obligación de actuar únicamente dentro del ámbito de competencia que la Constitución y las leyes determinen. Además, se establecen reglas generales para regular las consecuencias que se derivan de las actuaciones que no satisfagan dichas exigencias: la nulidad del acto y las responsabilidades que la ley determine para quienes incurran en ellas. Como es posible notar, la CPR mandata al legislador para que determine las competencias de los Órganos de la Administración del Estado: su extensión, magnitud y, por supuesto, la técnica de atribución de competencias que se utilice para habilitar sus actuaciones. Lo anterior, únicamente con las restricciones que impongan la propia CPR y las garantías fundamentales de los ciudadanos. Para nuestros efectos, basta constatar que la CPR no mantiene un compromiso con una forma de atribución de competencias que descansa, por ejemplo, en el tipo

debiese quedar sometido, además, a un estricto análisis de proporcionalidad entre, por ejemplo, el nivel de riesgos que introduce una actividad al sistema y la carga regulatoria que por dicha razón.

El tercero, se encuentra relacionado con la incorporación de algunas disposiciones con una fuerte orientación prospectiva, que tienen por objeto mandar a la CMF para colaborar con los órganos co-legisladores en la mantención de un sistema regulatorio efectivo, eficiente, moderno y justo. El dinamismo observado en el mercado financiero representa un desafío de carácter permanente para los organismos encargados de la supervisión del mismo. Sostener la importancia de revisar periódicamente el contenido de la legislación en materia financiera es, a estas alturas, un lugar común. En consecuencia, algunos países de avanzada incluso han internalizado esta exigencia mediante el establecimiento de disposiciones que obligan a reformular las normas que rigen el sector cada cierto tiempo.⁶⁷

En nuestra opinión, sólo en la medida en que se permita una mayor flexibilidad en la forma de delimitación del perímetro regulatorio, el proceso de cambio de modelo de supervisión será satisfactorio. Lo anterior, implica comenzar a confiar en que las estructuras de gobierno corporativo y el diseño institucional de los organismos recientemente creados son suficiente garantía de razonabilidad regulatoria.

de sujetos que se desempeña en determinado ámbito o mercado. Esa es una técnica de atribución competencial dentro de un abanico de posibilidades o soluciones regulatorias. En ese contexto, el sistema institucional chileno ha utilizado distintas técnicas de atribución de competencias en favor de organismos públicos: (i) según la naturaleza de los sujetos sometidos a la fiscalización de un organismo (*v.gr.* CMF; SBIF); (ii) en virtud del tipo de actividad que le corresponde supervigilar (*v.gr.* la Dirección General de Aeronáutica Civil y el Instituto de Salud Pública de Chile); y (iii) en virtud del bien jurídico protegido que se les encomienda proteger o prevenir que se materialicen riesgos que los pudieren afectar (*v.gr.* Fiscalía Nacional Económica; Superintendencia del Medio Ambiente, Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental). Además, cabe tener presente que el legislador se encuentra en libertad para optar por una combinatoria de dichas técnicas de atribución competencial en la medida en que no se aparte de las exigencias básicas que la propia CPR establece. En virtud de lo anterior, no surgen riesgos de constitucionalidad a partir de una propuesta legislativa que intente utilizar, para la determinación del perímetro regulatorio de la CMF, criterios basados en naturaleza jurídica de los sujetos; riesgos; bienes jurídicos protegidos y actividades cuya supervigilancia les corresponda ejercer.

⁶⁷ Así, por ejemplo, en Canadá se tomó la decisión de adoptar las denominadas sunset clauses que obligan al gobierno a modificar las normas del sector financiero cada cinco años para efectuar las adaptaciones que resulten necesarias. Véase, Daniel, Fred. "Recent changes to Canada's Financial Sector Legislation". Disponible en versión digital en: <http://www.bankofcanada.ca/wp-content/uploads/2010/06/daniele.pdf> [última visita, 03 de mayo de 2017].

Las limitaciones a la constitución de servidumbres mineras

*María Agnes Salah Abusleme*¹

Resumen

Los tribunales ordinarios de justicia, en el caso *Cía. Minera Arbiado Chile Ltda. con Fisco de Chile*, conociendo de la solicitud de constitución de una servidumbre minera de un particular sobre un predio superficial de propiedad del Estado, tuvieron la oportunidad de referirse a materias vinculadas con las limitaciones a la propiedad. La discusión se centra en si el Estado puede rechazar la constitución de una servidumbre minera sobre un inmueble de su propiedad, en aquellos casos en que le ha dado una destinación que resulta incompatible con dicha servidumbre. La Corte de Apelaciones de Antofagasta y la Corte Suprema realizan interesantes reflexiones acerca de la relevancia de la destinación de bienes realizadas por el Estado, los posibles daños a los predios donde se desarrollan las actividades mineras, las limitaciones al dominio sobre bienes incorporeales y la función social de la propiedad.

1. Las sentencias analizadas

La sentencia que se comenta, *Cía. Minera Arbiado Chile Limitada con Fisco de Chile*, pone de relieve diversos aspectos vinculados al desarrollo de actividades mineras y los posibles conflictos en el ámbito del derecho de los bienes. Los hechos del caso tienen su origen en el marco del desarrollo por la sociedad

¹ Profesora de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Trabajo realizado en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N° 1170094. Agradezco a los Profesores Fernando Atria y Cristián Banfi los comentarios y conversaciones sostenidas a propósito de las materias discutidas en este trabajo. Los errores son ciertamente míos.

minera del proyecto minero “Arbido”. Esta sociedad se hizo dueña de diversas concesiones de exploración, las cuales se habían inscrito debidamente, y se encontraba en trámite de numerosas concesiones mineras de explotación.

Con el fin de realizar las actividades propias de su giro, la sociedad minera interpuso, ante el Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Antofagasta, una demanda de constitución de servidumbres mineras en contra del Fisco, en su calidad de dueño de los predios superficiales. El Fisco, por su parte, tenía presupuestado desarrollar en dicho inmueble el proyecto energético Parque Eólico Taltal. Dicha destinación se había materializado a través de la dictación de diversos decretos que contenían convenios suscritos entre los Ministerios de Bienes Nacionales y de Energía, el año 2010. En razón de lo anterior, el Fisco alegó en su defensa que los terrenos tenían otra destinación de uso de acuerdo con la función social de la propiedad. Específicamente, sostuvo que la situación sublite quedaba fuera del artículo 120 del Código de Minería. Este precepto permite constituir, entre otros, aquellos gravámenes necesarios para el tránsito y ocupación de los predios superficiales, “con el fin de facilitar la conveniente y cómoda exploración y explotación mineras”. Por su parte, los artículos 122 y 123 del mismo código contemplan la indemnización de perjuicios a favor del dueño del terreno y/o de cualquier otra persona afectada por dichos gravámenes, los que resultan oponibles a terceros si están inscritos en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces o del Conservador de Minas, según el caso.

La sentencia de primera instancia acogió la demanda. El tribunal, sin perjuicio de declararse incompetente para pronunciarse sobre las actividades mineras que se desarrollarían en el inmueble, y para definir si los proyectos que pretendía ejecutar el Fisco se verían afectados por la constitución de las servidumbres mineras, otorgó a la demandante una servidumbre legal minera por 22 años y le ordenó pagar al Fisco una indemnización de UF 1.400 anuales.² En contra del fallo, el Fisco interpuso un recurso de apelación, alegando la afectación del interés general de la Nación y sosteniendo que el terreno sobre el que la actora pretendía constituir las servidumbres era una zona de protección de desarrollo energético de uso incompatible con la minería. Fundó su recurso en que el caso constituía una excepción al artículo 120 del Código de Minería.³ La recurrente también invocó el D.L. N° 1.939, que establece “Normas sobre

² 1° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, Rol N° 3.094-2014, sentencia de fecha 25 de noviembre de 2014, considerando 7°.

³ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1.634-2014, sentencia de fecha 6 de mayo de 2015.

adquisición, administración y disposición de bienes del Estado” y considera, de forma general, el desarrollo de actividades en los mencionados bienes.⁴ Asimismo, citó las disposiciones constitucionales que consagran la función social de la propiedad, particularmente, la noción de interés general de la Nación representado por el déficit energético del país.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta acogió el recurso, revocando la sentencia de primera instancia en su totalidad. La decisión a la que arribó puso de manifiesto un relevante elemento al momento de autorizar la realización de proyectos mineros: los riesgos que implica el desarrollo de actividades mineras, tanto para el medio ambiente como para la propiedad. En razón de ello, la Corte de Apelaciones de Antofagasta tomó en consideración que “los daños que causará en el terreno la exploración, explotación y demás faenas mineras que generará la servidumbre minera hará imposible su uso posterior para los fines a que se encuentra destinada desde 2010 por el Ministerio respectivo”.⁵ Lo anterior, agregado al hecho público y notorio de la falta de energía en el país y la existencia de una política estatal de desarrollo de energías limpias. Como consecuencia de ello, sostuvo que el predio fiscal sobre el que se pretendía constituir una servidumbre minera se erigía como un “área de reserva”, definida por el Estado a través del Ministerio de Bienes Nacionales, para cumplir los objetivos del Ministerio de Energía.⁶

En contra de la sentencia de alzada, la demandante recurrió de casación en la forma y en el fondo. Su principal argumento de fondo fue que sólo la ley puede limitar la propiedad en base a la función social. Señaló, así, que en el caso discutido se estaba limitando el derecho de propiedad sobre las concesiones mineras a través de decretos ministeriales, lo que constituía, a su juicio, una vulneración al principio de reserva legal. Además, en caso de considerarse que la definición de la función social de la propiedad se fundaba en lo dispuesto por el D.L. N° 1.939, particularmente en los artículos 55 y 56, ello constituía —igualmente— una vulneración al principio de legalidad, ya que las limitaciones debían definirse a través de reglas explícitas. En el caso, ni los decretos ni la legislación habría a su juicio contemplado la existencia

⁴ Decreto dictado por el Ministerio de Tierras y Colonización, publicado en el Diario Oficial el 10 de noviembre de 1977, en particular los artículos 55 y 56, que establecen que los bienes del Estado pueden ser objeto de destinaciones por parte de los Ministerios para que éstos cumplan los fines que les son propios.

⁵ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1.634-2014, sentencia de fecha 6 de mayo de 2015, considerando 7°.

⁶ *Ibíd.*, considerando 8°.

de zonas de reservas destinadas a fines energéticos. Asimismo, la compañía minera sostuvo que los asuntos energéticos no podían ser invocados como intereses generales de la Nación, e invocó los principios de subsidiariedad e igual repartición de las cargas públicas definidos por el constituyente.

La Corte Suprema rechazó ambos recursos, por cuanto consideró que las servidumbres no podían aprovecharse para fines distintos que los establecidos y, en el caso concreto, su finalidad era incompatible con la prevista por la autoridad administrativa. Profundizó esta idea señalando que, para resolver el asunto sometido a su conocimiento, no sólo debían centrarse en el derecho de propiedad del concesionario minero, sino que también en la facultad del Estado de administrar sus bienes en función del interés general de la Nación.⁷ En consecuencia, la empresa quedó impedida de constituir las servidumbres mineras solicitadas.

No parece lejano que los hechos fundantes puedan repetirse respecto de otros proyectos mineros. De hecho, en igual fecha se resolvieron otros dos casos relativos a la constitución de servidumbres mineras en el predio fiscal donde se construiría el Parque Eólico Taltal. La Corte Suprema se pronunció en igual sentido que en el caso en comento.⁸ Variaciones del mismo caso se han presentado en otros juicios tramitados en los tribunales ordinarios de justicia. Así, han debido pronunciarse respecto de la posibilidad de constituir servidumbres mineras cuando el Estado ha definido, por ejemplo, que la destinación de un predio sea la extensión urbana,⁹ el desarrollo de actividades productivas de baja o mediana intensidad,¹⁰ o el de zonas de protección de interés paisajístico.¹¹ Sutilmente diversos en cuanto al objeto del rechazo, pero similares en cuanto a la reflexión que implican en relación a la existencia de límites generales para el otorgamiento de servidumbres mineras, son aquellos

⁷ Corte Suprema, Rol N° 8.133-2015, sentencia de fecha 5 de septiembre de 2016 (principalmente considerandos 11 y 12). Con voto disidente de los Ministros Sra. Chevesich y Sr. Pfeiffer, por considerar que la sentencia recurrida adolecía de extra petita y habría vulnerado las normas reguladoras de la prueba

⁸ Corte Suprema, Rol N° 19.081-2015 y Rol N° 12.886-2015, sentencias de fecha 5 de septiembre de 2016.

⁹ Ejemplo de ello lo constituye un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, con recurso de casación pendiente ante la Corte Suprema, en el que el Fisco se opuso a la constitución de una servidumbre minera por haberse solicitado en una zona calificada, de acuerdo al Plan Regulador, como de extensión urbana. Dicho tribunal de alzada estimó que la función social de la propiedad impedía constituir la servidumbre en el mencionado predio (Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 644-2016 de fecha 7 de diciembre de 2016).

¹⁰ Corte Suprema, Rol N° 182-2014, sentencia de fecha 27 de mayo de 2014.

¹¹ Corte Suprema, Rol N° 7.598-2015, sentencia de fecha 17 de agosto de 2016.

fallos que han rechazado la constitución de las servidumbres mineras por estimarse que no se cumplen las regulaciones medioambientales establecidas por la ley.¹² Esto no es casualidad si se toma en consideración, tal como lo tuvo presente la Corte de Apelaciones de Antofagasta en el caso comentado, que el posible daño de los predios tras la realización de faenas mineras puede ser irrecuperable.

2. Las servidumbres mineras en el espacio y el tiempo

En el caso en análisis, se presenta la concurrencia de diversos derechos reales sobre un predio, su subsuelo o elementos del mismo. Lo que podría parecer una anomalía en relación con el espacio, tiende a ser —cada vez más— la regla general, en tanto no es extraño que coexistan diversos derechos reales sobre un mismo inmueble. Respecto de cada predio, necesariamente, concurrirán el dominio del Estado sobre todas las minas y el dominio del dueño sobre el predio superficial.¹³ El dueño del predio superficial será ya sea una persona de naturaleza privada o, ciertamente y a falta de otro dueño, el Estado.¹⁴ Tanto la propiedad sobre las minas, como la propiedad sobre los predios superficiales, son reconocidas constitucional y legalmente; y, definitivamente, ellas poseen elementos comunes y otros que los diferencian.

Sin embargo, tal como se plantea en el caso analizado, además del dominio sobre la mina y del dominio sobre el predio superficial, también puede concurrir el derecho de propiedad que el titular de una concesión minera de exploración o explotación tiene sobre ésta. Ya adelantaba Bello, al promulgarse el Código Civil, que “sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad”.¹⁵ La singularidad de la concesión minera radica en que ella se califica como un derecho real, amparado —expresamente— por la garantía constitucional de la propiedad: “[e]l dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número”.¹⁶ Lo anterior ha sido

¹² Corte Suprema, Rol N° 22.303-2014, sentencia de fecha 26 de enero de 2015.

¹³ “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas... no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas” (19 N° 24 i. 6° de la Constitución y artículo 1° Código de Minería).

¹⁴ Véase el artículo 590 del Código Civil.

¹⁵ Véase el artículo 583 del Código Civil.

¹⁶ Artículo 19 N° 24, inciso 9°, de la Constitución.

reafirmado por la normativa legal minera.¹⁷ De hecho, para Guzmán Brito, debieron llamarse derechamente derechos de exploración y explotación, pues la palabra concesión sería inidónea para referirse a un acto de la administración.¹⁸

Los concesionarios mineros se encuentran habilitados, con la finalidad de explorar o explotar adecuadamente las minas objeto de la concesión, para constituir derechos reales de servidumbre sobre los predios superficiales.¹⁹ Tal como lo reconociera la Corte Suprema, estas servidumbres son legales, “es decir, aquellas que la ley autoriza o impone, aún contra la voluntad del dueño del predio sirviente”.²⁰ Si bien en el caso en comento no se presenta la concurrencia de otros derechos reales, es interesante tener presente que el predio superficial podría verse afectado no sólo por las mencionadas servidumbres mineras, sino también por otros derechos reales desmembrados del dominio, tales como los derechos de habitación, de usufructo u otro tipo de servidumbres, como las eléctricas, o el derecho real de conservación medioambiental.

La concurrencia de numerosos derechos sobre un mismo predio genera, pensando en el caso discutido, una fuente de conflicto o tensión permanente y obliga a determinar cuál de estos derechos tiene preeminencia sobre los demás. Todos tienen una propiedad o una especie de propiedad sobre sus derechos. Parte de la normativa constitucional y legal resuelven esta dificultad, mediante reglas de preferencia. La norma más relevante en esta materia, contenida en la propia Constitución Política de la República, dispone que los predios superficiales se encuentran sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley establezca a fin de “facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de

¹⁷ La Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras señala que “El titular de una concesión minera judicialmente constituida tiene sobre ella derecho de propiedad, protegido por la garantía del número 24° del artículo 19 de la Constitución Política” (artículo 6° inciso 1°). Por su parte, el Código de Minería reconoce que “La concesión minera es un derecho real e inmueble: distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contraríen disposiciones de la ley orgánica constitucional o del presente Código” (artículo 2° Código de Minería).

¹⁸ Guzmán Brito, Alejandro, *Las Cosas Incorporales en la Doctrina y el Derecho Positivo*, (Editorial Jurídica de Chile), 2006, 2ª ed. Actualizada, pp. 71-77.

¹⁹ Ya anunciaba la Constitución que “Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas” (artículo 19 N° 24 inciso 6°). Materializan dicha idea los artículos 7° y 8° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y el artículo 109 del Código de Minería, que permite al concesionario minero la imposición de servidumbres, materia regulada en el Título IX del mismo código.

²⁰ Corte Suprema, Rol N° 6.951-2007, sentencia de fecha 26 de marzo de 2009 (considerando 12). En igual sentido, Tribunal Constitucional, Rol N° 1.284-08, sentencia de fecha 24 de septiembre de 2009 (considerando 14).

dichas minas”.²¹ Como consecuencia de lo anterior, los predios superficiales deben, primeramente, soportar que se ejerza sobre ellos la facultad de catar y cavar.²² Por su parte, la posibilidad de superposición con otras concesiones fue anticipada por el legislador minero, prohibiendo la constitución de concesiones mineras en terrenos ya gravados por otra²³ y sancionando con la nulidad la pertenencia minera constituida sobre un terreno que soporta una concesión anterior.²⁴ De igual modo, los predios superficiales se encuentran obligados a soportar la constitución de servidumbres por parte de los concesionarios mineros.²⁵ Consciente de lo anterior, y a falta de regulación específica del D.L. N° 1.939, el Ministerio de Bienes Nacionales dictó recientemente una Orden destinada a la fijación de criterios y procedimientos para la constitución de servidumbres sobre las propiedades administradas por el mismo ministerio.²⁶ Dicha Orden da cuenta que “todas aquellas servidumbres cuyo origen o tipificación se encuentra en la ley son, al mismo tiempo, forzosas o coactivas”.²⁷ En consecuencia, por regla general, los propietarios superficiales —incluso el propio Estado cuando lo sea— deben permitir la constitución de servidumbres mineras en los predios de su propiedad.

La pregunta que surge es si la mencionada facultad de constituir servidumbres mineras es absoluta, o bien si debe ceder ante ciertas situaciones como las planteadas en el caso en comento. Como primera observación preliminar, se debe señalar que las servidumbres mineras son auxiliares a los derechos de los concesionarios mineros. En este sentido, es pertinente recordar que, en lo que se refiere al desarrollo de labores mineras, la doctrina clasifica a los predios en zonas de cateo libre (en caso de tierras abiertas e incultas), reglamentado (en caso de terrenos cerrados o cultivados, en los que se requiere la autorización del dueño o el juez en subsidio) y prohibido (para los casos en que, salvo expresa

²¹ Artículo 19 N° 24, inciso 6°, de la Constitución Política de la República.

²² De acuerdo con lo dispuesto por la ley, principalmente en los artículos 14 al 17 del Código de Minería y artículo 7° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

²³ Artículo 27 del Código de Minería.

²⁴ Artículo 95 N° 7 del Código de Minería. Por su parte, la Orden ya mencionada señala en su Título II que se pueden superponer diversas servidumbres y que en caso de conflicto, son los tribunales los “llamados a decidir el alcance del ejercicio de cada una de las servidumbres”.

²⁵ Regulado por el artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y los artículos 102 y siguientes del Código de Minería.

²⁶ Orden N° 1 del Ministerio de Bienes Nacionales que “Imparte instrucciones con relación a los criterios y procedimientos para constituir servidumbres sobre propiedad fiscal administrada por el Ministerio de Bienes Nacionales”, publicada en el Diario Oficial de 20 de septiembre de 2016.

²⁷ Consideración preliminar bajo el número 11.

autorización de la autoridad competente, el cateo está prohibido).²⁸ Dentro de esta última categoría destacan los terrenos plantados o habitados por casas. En consecuencia, salvo casos extraordinarios, se prefiere el desarrollo de actividades mineras sobre el destino que quisiera darle el dueño del predio. Pero, naturalmente, en aquellos casos en que no se cumplen con los requisitos para obtener la correspondiente concesión minera, menos se podrá constituir una servidumbre minera, la cual es directamente funcional y auxiliar a la misma.

Una segunda observación preliminar apunta a consignar que los posibles conflictos que puedan surgir entre la constitución de servidumbres mineras y otros derechos reales no están resueltos por el legislador minero. En cambio, otras leyes se han referido a las posibles dificultades que puedan presentarse por la superposición de derechos. Así, por ejemplo, la Ley N° 20.930, que creó el derecho real de conservación medioambiental, dispone que “Los derechos reales constituidos con anterioridad al derecho real de conservación preferirán a este último. Tratándose de derechos reales convenidos con posterioridad, prevalecerá el derecho real de conservación”.²⁹ En consecuencia, de acuerdo con esta ley —que adopta como criterio la temporalidad— las pertenencias mineras no preferirán a los derechos reales de conservación medioambiental constituidos con anterioridad.

De estos dos comentarios preliminares se aprecia que, mirando al contenido de la limitación, se aplica la ya tradicional distinción consagrada por el codificador civil para la propiedad: la ley o el derecho ajeno. Como consecuencia de lo mencionado en los párrafos anteriores, se concluye que las limitaciones pueden estar establecidas tanto en la Constitución como en la ley. Asimismo, ellas pueden encontrar su fundamento en la preferencia que la propia legislación realice de ciertos fines, como sería el caso de la existencia de zonas en que se prohíbe la actividad minera, o en la preferencia de un derecho ajeno, como sería el caso de preferencia de otros derechos reales, como los derechos reales de conservación medioambiental o los derechos de otras concesiones mineras.

La pregunta que se plantea en el caso discutido se refiere, entonces, a un caso en que no se ha resuelto por el legislador el posible conflicto entre derechos reales sobre un bien inmueble. Así, la definición se centra en si debe preferirse la constitución de la servidumbre minera o la destinación que ha definido el Estado para un bien específico que forma parte del patrimonio

²⁸ Lira Ovalle, Samuel, *Curso de Derecho de Minería*, (Editorial Jurídica de Chile), 2008, 5ª. ed., pp. 60-64.

²⁹ Artículo 11 de la ley N° 20.930, que “Establece el derecho real de conservación medioambiental”.

fiscal. Atendido que la ley minera no establece limitaciones específicas a la constitución de servidumbres para estos casos, se debe recurrir a los conceptos y consideraciones generales referidas a las limitaciones.³⁰ Para responder la pregunta, parece interesante mirar lo que la dogmática ya había señalado en relación con los bienes respecto de los cuales se puede constituir una servidumbre de aquellas contempladas por el Código Civil. Así, Claro Solar —al momento de analizar los requisitos de las servidumbres— se refirió a los predios que podían ser gravados con una servidumbre y los predios que no podían serlo. Como primera reflexión, dejaba fuera a los bienes nacionales de uso público, por encontrarse fuera del comercio, y a las cosas consagradas para el culto divino.³¹ Sin embargo, y mencionando doctrina francesa, daba cuenta que los autores no sostenían una posición tan absoluta. Así, citando el trabajo de Zachariæ, expresaba que “un predio excluido del comercio humano puede ser objeto de una servidumbre, si esta servidumbre puede conciliarse con el fin en vista del cual ha sido puesto fuera del comercio”.³² Igualmente, citando a Touillier, expresaba que “ninguna ley prohíbe que sean gravados con servidumbres compatibles con los usos a que están destinados”.³³ Ciertamente, hay casos de concesiones, como las eléctricas, que permiten un uso compatible de los bienes fiscales de uso público por parte de los concesionarios para la instalación de las líneas de transmisión y distribución eléctrica.³⁴

Si bien las reflexiones de Claro Solar servirían para dar respuesta en relación con la constitución de servidumbres mineras en bienes nacionales de uso público, surge la pregunta de si ellas pueden aplicarse respecto de los bienes del Estado. En el caso analizado, el predio no constituía un bien de uso público. Sin embargo, el Estado le había dado un destino que resultaba, en los hechos, incompatible con la constitución de una servidumbre minera. Así, el fallo en análisis señala que, más allá de los derechos de propiedad del concesionario, “la facultad de administrar los inmuebles fiscales por parte del Estado, con la finalidad de satisfacer y posibilitar el desarrollo del país, esto es, en función

³⁰ No se debe olvidar que de acuerdo con el propio Código de Minería los derechos reales de concesión se rigen por las leyes civiles aplicables a los demás inmuebles (artículo 2° del mencionado Código).

³¹ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De los Bienes IV* (Editorial Jurídica de Chile), 2013, Tomo Noveno, pp. 40-41.

³² *Ibíd.*, p. 41, citando el siguiente texto: Zachariæ, *Le Droit Civil Français*, § 334, t. 2, p. 195, edic. Massé y Vergé.

³³ *Ibíd.* *Loc cit.*, citando el siguiente texto: Touillier, *Le Droit Civil Français*, t. 3, Nos 473 a 483.

³⁴ Ver al efecto la Ley General de Servicios Eléctricos.

del interés general de la Nación, lo autoriza para destinar propiedades fiscales con dicho propósito...”.³⁵ Asimismo, da cuenta de que “en la constitución de la servidumbre minera se debe cumplir la normativa legal que la rige, ergo, tiene que respetar la preceptiva sobre la destinación del suelo de que dan cuenta los decretos exentos dictados por la autoridad administrativa”.³⁶

Varias sentencias previas de la Corte Suprema ya habían sostenido la relevancia del estatuto del predio superficial ante la constitución de la servidumbre minera. Así, en casos de constitución de servidumbres mineras en un terreno fiscal destinado, de acuerdo a las normas urbanísticas, a otra finalidad se ha denegado la constitución de la servidumbre.³⁷ El principal argumento esgrimido por la Corte Suprema al resolver varios de ellos señala lo siguiente: “tal como lo expresa el profesor Alejandro Vergara Blanco: “el título minero no da la posibilidad de ocupar el terreno mientras no se constituya convencional o judicialmente la respectiva servidumbre y tal servidumbre se constituirá en la medida que sea legalmente posible; y en algunos casos que se señalará, serán necesarios permisos especiales. Por lo tanto, debe tenerse presente desde un inicio que si una concesión minera desde que nació a la vida jurídica como tal decía relación con unos terrenos cuyo uso del suelo y destino económico estaban determinados y concretizados, esa condición forma parte de su statu quo anterior y de sus limitaciones como concesión.” (Vergara Blanco, Alejandro, “Pedimentos, manifestaciones, concesiones y labores mineras en terrenos urbanos”, Revista de Derecho de Minas, Vol. IX, pp. 113-124, 1998)”.³⁸ Del mismo modo, el mismo fallo mencionó a continuación que “[t]al como el dueño del terreno, debe respetar dicha normativa que le impone restricciones en el ejercicio de su derecho de propiedad a que se ha hecho referencia, el concesionario minero deberá asimismo ejercer sus derechos con pleno respeto a las limitaciones que le imponga no sólo la legislación minera sino también aquella que regule el predio que se verá afectado por dicho ejercicio, entre otras, las normas medioambientales y también las urbanísticas”.³⁹

³⁵ Corte Suprema, Rol N° 8.133-2015, sentencia de fecha 5 de septiembre de 2016, considerando 12.

³⁶ *Ibíd.*, considerando 13.

³⁷ Ejemplo de ello lo constituyen las sentencias citadas en las notas 8 a 11 de este trabajo.

³⁸ Corte Suprema, Rol N° 182-2014, sentencia de fecha 27 de mayo de 2014, considerando 2° de la sentencia de reemplazo. En el caso discutido, la servidumbre que se intentaba constituir se ubicaba en el “Plan Seccional Barrio Industrial La Negra”, donde se proyectaba —además— la construcción de la Avenida “Ruta del Cobre”.

³⁹ *Ibíd.*, considerando 3° sentencia de reemplazo.

Las sentencias de la Corte Suprema comentadas en los párrafos precedentes dan cuenta de dos aspectos que merecen la pena destacar. El primero de ellos, pone el acento en el uso de los suelos y las posibles limitaciones que van variando en el tiempo, y, por cierto, también en el espacio. De este modo, y pensando en las servidumbres mineras, es imposible que al momento de obtenerse la concesión minera se gatille una fijación o congelamiento del estatuto que se aplica a todos los posibles predios que pudieran —en el futuro— ser objeto de las mismas. Con ello, no se está diciendo más que en el ejercicio de los derechos se deben mirar las normas vigentes al momento de ejercerse las facultades de uso, goce y disposición. Vale recordar el artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, el cual distingue en relación con los derechos reales entre por una parte, el momento de adquisición, y por otra, el momento en que se deben definir sus goces, cargas y extinción.⁴⁰

El segundo aspecto de interés dice relación con la idea de que al tratarse de desmembraciones del dominio, muchas veces se pierde de vista que el análisis acerca de las limitaciones también se encuentra presente respecto de la propiedad consolidada. Es decir, las limitaciones se aplican a la propiedad y todos los derechos que existan sobre ella. En este sentido la Corte Suprema ha resuelto en relación con las limitaciones de carácter urbanístico aplicables en la constitución de servidumbres mineras que “si bien el derecho de propiedad se encuentra protegido constitucionalmente, la propia Constitución Política de la República prevé la posibilidad que la ley establezca limitaciones a las facultades del dominio. Entre éstas, se encuentran las normas de carácter urbanístico que regulan el uso de los suelos, las que, además de tener una función planificadora de administración y ordenación de los usos del suelo, buscan resguardar aspectos como la utilidad y salud pública como asimismo el medioambiente. Tal como el dueño del terreno, debe respetar dicha normativa que le impone restricciones en el ejercicio de su derecho de propiedad a que se ha hecho referencia, el concesionario minero deberá asimismo ejercer sus derechos con pleno respeto a las limitaciones que le imponga no sólo la legislación minera sino también aquella que regule el predio que se verá afectado por dicho ejercicio, entre

⁴⁰ Así dispone que “Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley, sin perjuicio de lo que respecto de mayorazgos o vinculaciones se hubiese ordenado o se ordenare por leyes especiales”. En similar sentido, el artículo 16 de la misma Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes hace referencia a las servidumbres legales y voluntarias.

otras, las normas medioambientales y también las urbanísticas”.⁴¹ Similares consideraciones se han tenido presentes en otros fallos posteriores.⁴²

3. La función social de la propiedad: forma y fondo

La sentencia comentada se detiene en el análisis de la función social de la propiedad. El primer cuestionamiento que surge es si es necesario llegar a dicho análisis o basta poner el énfasis en que la destinación del predio por parte del Estado hace imposible la constitución de derechos reales sobre el mismo. Varios fallos se concentran en identificar el estatuto aplicable al suelo como causa suficiente para denegar la constitución de una servidumbre minera.⁴³ En un similar sentido el Tribunal Constitucional ha mencionado que “es claro que las normas que delimitan o imponen limitaciones a la exploración y explotación minera forman parte de un ordenamiento jurídico legal que, de modo legítimo, regula el desarrollo de la actividad minera en resguardo de un conjunto de intereses públicos, que incluyen, junto con la expansión del beneficio de la riqueza generada por la tierra, otros tales como la salubridad y seguridad públicas, el desarrollo territorial armónico y la protección de un medio ambiente libre de contaminación”.⁴⁴

Surge la pregunta sobre la suficiencia, para resolver el caso, de las reglas del juego del derecho de propiedad. La Corte Suprema razona en el caso objeto de análisis señalando que “en la constitución de la servidumbre minera se debe

⁴¹ Corte Suprema, Rol N° 182-2014, sentencia de fecha 27 de mayo de 2014, considerando 3° de la sentencia de reemplazo.

⁴² Corte Suprema, Rol N° 22.303-2014, sentencia de fecha 26 de enero de 2015, en que se solicitaba la constitución de servidumbres en zonas relacionadas con el “Área Portuaria Industrial de Mejillones”; Corte Suprema, Rol N° 7.598-2015, sentencia de fecha 17 de agosto de 2016, en que se solicitaba la constitución de servidumbres mineras en zonas de protección por interés paisajístico y zona de protección de planicies costeras; y, Corte Suprema, Rol N° 6.628-2015, sentencia de fecha 4 de mayo de 2016, en que se solicitaba la constitución de servidumbres mineras en zonas que la CONADI definió como “áreas de desarrollo indígena”.

⁴³ Así, la Corte Suprema ha resuelto que “a pesar de que la legislación permite constituir concesiones mineras cubriendo todo tipo de terrenos, los titulares de dichas concesiones no podrán imponer forzosamente servidumbres sino de conformidad a los instrumentos de planificación territorial”, Corte Suprema, Rol N° 182-2014, sentencia de 27 de mayo de 2014, considerando 3°.

⁴⁴ Tribunal Constitucional, Rol N° 2.678-14, sentencia de fecha 25 de junio de 2015, considerando 21°. Continúa el mismo fallo señalando: “El juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad sobre tales preceptos en ningún caso podría subordinarse y agotarse en su efecto negativo sobre la exploración y explotación minera, pues, como ha quedado dicho, existen además numerosas normas constitucionales, principios y valores fundamentales que deben ser servidos por la regulación de la actividad minera en Chile”.

cumplir la normativa legal que la rige, ergo, tiene que respetar la preceptiva sobre la destinación del suelo de que dan cuenta los decretos exentos dictados por la autoridad administrativa”.⁴⁵ La referencia a la noción de función social centra la mirada en el titular de la concesión, quien no puede materializar, respecto de un predio superficial, una de las facultades asociadas al mismo: la de constitución de servidumbres mineras auxiliares a la exploración o explotación de la mina. En este sentido, si bien la destinación de los inmuebles del Estado no es por sí misma —ni tiene por finalidad exclusiva— ser un estatuto de limitación a la propiedad, en este caso se comporta como tal, al impedir la constitución de servidumbres mineras en favor del concesionario. Producto de lo anterior, la sociedad minera demandante alegó ante la Corte Suprema que no se había respetado el principio de legalidad de la función social, en tanto las limitaciones se habían establecido mediante decretos sin mención de los intereses protegidos. Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, se realizarán algunas reflexiones sobre aspectos de forma y de fondo vinculados con la función social de la propiedad.

La discusión sobre la forma dice relación con el principio de legalidad aplicable a la noción de función social. Para la compañía minera demandante, las áreas de reserva para el proyecto energético que pretendía ejecutar el Estado a través de su entrega en concesión a un particular, no constituían una forma de limitación de la propiedad considerada en la legislación. Ello en tanto la zona de reserva para el desarrollo de proyectos de Energía había sido creada a través de decretos supremos del Ministerio de Bienes y el Ministerio de Energía, sin que se hubiesen invocado tampoco los intereses de la Nación.⁴⁶

En relación con el principio de legalidad, la Constitución dispone que “sólo la ley puede establecer ... las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”. La doctrina nacional ha descrito con detención las posiciones que se han planteado en relación con la comprensión del principio de legalidad para el caso de la propiedad. En este sentido, los trabajos existentes presentan las concepciones de la tesis extensiva y la tesis restrictiva del mencionado principio, así como sus respectivos respaldos jurisprudenciales.⁴⁷ En el caso en comento, la Corte de Apelaciones de Antofagasta realizó la siguiente subsunción.

⁴⁵ Corte Suprema, Rol N° 8.133-2015, sentencia de fecha 5 de septiembre de 2016, considerando 13.

⁴⁶ *Ibíd.*, considerando 6°.

⁴⁷ Rajevic Mosler, Enrique Petar, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 1, 1996, pp. 30-40. Cfr.: Fernandois Vöhringer, Arturo, *La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 N° 2, 2001, pp. 287-298.

Como premisa de base consideró, como un hecho público y notorio, la carencia energética del país y la política pública de incremento de energías limpias. A partir de la existencia de un terreno destinado al desarrollo de dichas energías, estimó que su destino era acorde con el bienestar de la comunidad y, por tanto, cumpliría la función social y se respetaría el principio de reserva legal.⁴⁸ Por su parte, la Corte Suprema confirmó la idea de que la destinación realizada por el Estado se condecía con el interés general de la Nación.⁴⁹ Los casos más claros de función social son aquellos en que el legislador mismo define las obligaciones o limitaciones a las que se somete un determinado derecho. En el caso de los bienes del Estado y las destinaciones que —habilitada por la ley— la administración defina para ellos, constituyó en el caso discutido una presunción de constituir un interés general de la Nación.

En cuanto al fondo, se analizará el fallo en relación con los siguientes elementos: la definición de función social, su ámbito de aplicación, y las causales de procedencia.

La idea de función social es un tema que, en diversas ocasiones se ha discutido tanto en tribunales ordinarios como en el Tribunal Constitucional.⁵⁰ Ya durante la discusión de la Constitución de 1925, si bien se discutió de forma lata acerca de este concepto, finalmente no se integró la expresión misma de función social.⁵¹ No fue sino a través de la reforma constitucional realizada a través de la Ley N° 16.615 de 1967, que se incorporó la nomenclatura específica de función social a la Constitución.⁵² Por su parte, la Constitución en vigencia

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1.634-2014, sentencia de fecha 6 de mayo de 2015, considerandos 8° y 9°.

⁴⁹ Corte Suprema, Rol N° 8.133-2015, sentencia de fecha 5 de septiembre de 2016, considerando 12.

⁵⁰ “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental” (Constitución, art. 19 N° 24, inciso 2°).

⁵¹ Ministerio del Interior, Actas Oficiales, Séptima sesión de la Subcomisión de Reformas Constitucionales, 12 de mayo de 1925, pp. 85-86. Así, el texto constitucional finalmente aprobado señaló que al reconocer que “[e]l ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública a favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”, Valencia Avaria, Luis, *Anales de la República*, (Editorial Andrés Bello), 1986, 2ª ed., p. 217.

⁵² Así se consideró la siguiente redacción: “La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes”.

señala, tras reconocer la garantía de la propiedad, que la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. En la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Subcomisión de Derecho de Propiedad, si bien desde un comienzo consideró necesario mantener la noción de función social atendido que “no es una obligación anexa del propietario sino que es un elemento que forma parte del derecho”,⁵³ su contenido fue modificado por considerarse que la redacción que la norma tenía en la Constitución de 1925 se prestaba a “confusiones e interpretaciones incorrectas”.⁵⁴ Se consideró dentro de dicho concepto “cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.⁵⁵ Sin embargo, se mantuvo la idea de intereses generales de la Nación, antes del Estado, por estimarse necesario mantener la mención de los intereses de la Nación completa, y no sólo del Estado en tanto persona jurídica.⁵⁶

El fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, al reflexionar sobre la noción de función social alegada por el Fisco, se remitió a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia. Así, dio cuenta de la ya tradicional cita a la sentencia Rol N° 245-96 del mencionado tribunal en virtud de la cual “la función social de la propiedad significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad”.⁵⁷ Coincidente con dicha conceptualización, la Corte Suprema, estimó que “la función social de la propiedad es una noción que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad con la satisfacción de las necesidades de la comunidad para su mantenimiento y desarrollo sustentable”.⁵⁸

⁵³ Biblioteca del Congreso Nacional (Compilador): Historia de la Ley, Constitución Política de la República de Chile de 1980, Artículo 19 N° 24, El Derecho de Propiedad, Sesión N° 19 del 20 de diciembre de 1973, p. 11.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 11. En un inicio también se consideraban como parte de la función social “el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes”, *ibíd.*, Sesión N° 36 del 30 de abril de 1974, p. 51. Un detalle de la historia legislativa de la propiedad he desarrollado en Salah Abusleme, María Agnes, Fisonomía del Derecho de Propiedad sobre los Inmuebles. Evolución y Desafíos, Tesis para optar al Grado de Doctora en Derecho, Universidad de Chile, 2016 (inérita).

⁵⁵ En la revisión del Consejo de Estado, se modificó la redacción aprobada por la CENC en cuanto el Señor Ibáñez objetó la expresión “las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social”, por estimarla peligrosamente amplia, quedando finalmente como “las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”, *ibíd.*, p. 1056.

⁵⁶ *Ibíd.*, pp. 113, 178, 458 y 473.

⁵⁷ Tribunal Constitucional, Rol N° 245-96, sentencia de fecha 2 de diciembre de 1996, considerando 25.

⁵⁸ Corte Suprema, Rol N° 8.133-2015, sentencia de fecha 5 de septiembre de 2016, considerando 9°.

En cuanto al ámbito de aplicación de la noción de función social, un aspecto destacado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta se refiere a que la función social de la propiedad se aplica tanto al ejercicio de las facultades de los propietarios, como respecto de “aquellos que tengan o pretendan ejercer alguna de estas facultades por separado”.⁵⁹ Resulta claro que el hecho de desmembrarse alguna de las facultades del dominio a través de la constitución de otros derechos reales, no impide la aplicación de las limitaciones definidas de acuerdo con la función social que afecta a la propiedad consolidada. Lo anterior, es más evidente aún en el caso derechos que se constituyen transitoriamente, como son las servidumbres mineras, y que —en consecuencia— redundarán en que más temprano que tarde las facultades separadas del dominio vuelvan al mismo. Ya el año 2007 el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la aplicación de la función social a los derechos incorporales.⁶⁰

El último aspecto que queda de manifiesto en el análisis de la mencionada sentencia dice relación con la causal para hacer procedente la noción de función social. No es sólo la actividad misma protegida —en este caso, el desarrollo de energías limpias— sino también el interés general que el Estado —y no un particular— lo que protege el razonamiento de los tribunales superiores de justicia. Pues si un particular hubiera sido el dueño de los terrenos superficiales y hubiera decidido desarrollar un parque eólico, el resultado del juicio podría haber sido totalmente diferente, siendo la principal garantía de los particulares el pago de la correspondiente indemnización por la constitución de la servidumbre.⁶¹ La razón de lo anterior radica en que las decisiones del Estado deberían, necesariamente, dar cuenta de un uso que va en el interés general.

⁵⁹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1.634-2014, sentencia de fecha 6 de mayo de 2015, considerando 4°.

⁶⁰ “Esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública, se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo la propiedad sobre bienes incorporales, sin excluir los que nacen de los contratos, pues el propio constituyente no ha hecho distinción alguna y ha permitido que el legislador regule y limite todas las especies de propiedad”, Tribunal Constitucional, Rol N° 505-06, sentencia de fecha 6 de marzo de 2007, considerando 17.

⁶¹ El artículo 122 del Código de Minería dispone que “Las servidumbres se constituirán previa determinación del monto de la indemnización por todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos o al de la concesión sirviente, en su caso, o a cualquiera otra persona.” También hay referencias a esta materia en el artículo 123 del mismo Código. En una de sus sentencias, el Tribunal Constitucional ha revisado la evolución histórica de la constitución de servidumbres mineras, así como del pago de indemnizaciones, Rol N° 1.284-08, sentencia de 24 de septiembre de 2009, considerandos 17 a 24.

El desarrollo de este caso no se aleja de cualquier otro desarrollo de un negocio en cuanto a que muchos de ellos requieren de inversiones sostenidas en el tiempo, incluso antes de que los proyectos mismos comiencen a funcionar y puedan generar algún excedente o ingreso. Así, por ejemplo, una inmobiliaria que compra un predio quedará sujeta a los posibles cambios que se realicen a la regulación urbanística, en cuanto al uso del suelo, los tipos y la entidad de las construcciones que se pueden desarrollar sobre el mismo. Lo mismo sucede con las concesiones mineras, cuyo dueño debe pagar las respectivas patentes municipales, asesorías legales y prospecciones mineras entre otros. La inmobiliaria, por su parte, está sujeta al pago de los impuestos territoriales respecto de los terrenos comprados, las asesorías legales y las asesorías de arquitectura para definir las características del proyecto a desarrollarse.

El efecto de una decisión de este tipo podría implicar, finalmente, que la actividad minera no pueda realizarse. No por la existencia de una privación de la concesión, sino que por la imposibilidad o excesiva onerosidad de desarrollar la actividad minera adecuadamente, sin la posibilidad de la constitución de algunas de las servidumbres necesarias para hacerlo. Si bien no hay una privación de la concesión, no es difícil vaticinar los argumentos que podrían plantearse por ambas partes en relación con el punto. Valga mencionar que ya el Tribunal Constitucional ha dejado en evidencia la complejidad del análisis atendida la naturaleza incorporal de la concesión minera: “Si bien no es objeto de discusión que el derecho de propiedad sobre bienes incorporales incluye la tutela de la titularidad y la exclusividad del concesionario, como también la protección ante su privación o inviolabilidad (también conocida como faz subjetiva de la propiedad), no es del todo claro que el uso, goce y disposición de la misma se proteja por la Constitución del mismo modo si se trata de un bien corporal o incorporal”.⁶²

4. Análisis concreto para la constitución de servidumbres mineras

La sentencia comentada reflexiona acerca de si al constituirse la servidumbre minera debe o no mirarse la factibilidad de la explotación de la concesión. De esta forma, señala que, atendida la destinación del suelo acreditada en el juicio por parte del Estado y el hecho que la concesión se deba ajustar a las reglas

⁶² Tribunal Constitucional, Rol N° 2.678-14, sentencia de fecha 25 de junio de 2015, considerando 29.

constitucionales, produce que “si no es posible la explotación de la mina, la configuración de la servidumbre respectiva o resultará inoficiosa ya que no puede aprovecharse para fines distintos de aquellos propios de la concesión minera para la cual fue estatuida”.⁶³

Han existido fallos que se oponen a esta mirada concreta en el análisis referido a la constitución de la servidumbre. Así, por ejemplo, en otro caso de constitución de servidumbre minera sobre un predio del Estado definido como Zona de Reserva Industrial/Zona Urbanizable de Desarrollo Condicional, la Corte Suprema resolvió conceder la servidumbre, tomando como base las reflexiones relativas a la transitoriedad y condicionalidad de la servidumbre minera. En relación con lo último, estimó que la servidumbre sólo puede aprovecharse para el fin para el que se han constituido, esto es, de acuerdo con el artículo 124 del Código de Minería, para el desarrollo de las concesiones mineras. Concluyó entonces que, atendida sus características “la circunstancia de que no se haga uso de la servidumbre —sea por falta de las autorizaciones, permisos o licencias sectoriales del caso concreto— o bien, se destine a una finalidad diferente para la cual ha sido constituida, permite a través de un juicio jurisdiccional diverso, dejarla sin efecto, por vulnerar el mandato legal contenido en el artículo 124 del Código de Minería”.⁶⁴

Parece pertinente señalar que la condicionalidad del Código de Minería dice relación con el fin al que se destina la servidumbre, pero bajo el entendido de que ella existe. Es decir, se refiere a usos que no sean coherentes con los fines de la concesión o el establecimiento minero y que constituirían una causal de término de las servidumbres. De similar forma se resolvió en un caso en que se pretendía constituir una servidumbre minera en un Área de Protección por Conservación, por constituir una zona de conservación de la biosfera,⁶⁵ y un área destinada al Ministerio de Defensa.⁶⁶ Las incertidumbres presentes en el desarrollo de la actividad minera no se aprecian así mermadas por la decisión judicial, sino que simplemente se dejan en suspenso. Todas estas sentencias en todo caso, cuentan con reflexivos votos disidentes.⁶⁷

⁶³ Corte Suprema, Rol N° 8.133-2015, sentencia de fecha 5 de septiembre de 2016, considerando 13.

⁶⁴ Corte Suprema, Rol N° 15.911-2013, sentencia de fecha 9 de abril de 2014, considerando 8°. Similar razonamiento en Corte Suprema, Rol N° 11.768-2013, sentencia de fecha 10 de marzo de 2014 y Rol N° 7.442-2015, sentencia de fecha 10 de mayo de 2016.

⁶⁵ Corte Suprema, Rol N° 13.175-2013, sentencia de fecha 10 de julio de 2014.

⁶⁶ Corte Suprema, Rol N° 3.436-2015, sentencia de fecha 13 de abril de 2016.

⁶⁷ De los Ministros señores Blanco y Aránguiz en el caso de las sentencias Rol N° 15.911-2013 y Rol N° 13.175-2013; y de los ministros señores Muñoz y Blanco en el caso de las sentencias

Lo que parece adecuado es que al momento mismo de la constitución de la servidumbre sea cuando se evalúe la posibilidad real de su existencia. De lo contrario, se estaría determinando un derecho, prácticamente, absoluto a la constitución de la servidumbre, sin perjuicio que al momento de ejercerse las facultades que le son propias, ella se torne vacía en su contenido. No parece razonable reservar a una nueva instancia jurisdiccional dicha definición, ni por las posibles inversiones económicas que se produzcan en el período intermedio, ni por el desgaste innecesario del sistema jurisdiccional que considerará, nuevamente, el asunto de acuerdo con los mismos antecedentes, y —simplemente— realizando un análisis de las facultades que otorga la servidumbre y su viabilidad, cuestiones que son constitutivas del derecho mismo. Tal como se define a la propia servidumbre, ella constituye un gravamen sobre un predio. No podría concebirse un gravamen imposibilitado de materializarse, especialmente en materia minera, en que las servidumbres son positivas, esto es, que implican que el dueño del predio deje hacer algo en el mismo.

5. Algunos desafíos para el futuro

Si bien es claro que la propiedad minera ocupa un lugar preeminente en nuestra Constitución y nuestras leyes, ella no es ajena a las reglas aplicables al derecho de propiedad. En lo que se refiere a la constitución de servidumbres mineras, ellas se encuentran insertas en las reglas generales aplicables en materia de bienes, debiendo someterse, entre otras, a las normas de urbanismo y a las normas medioambientales. Asimismo, y al igual que cualquier actividad económica, si bien no es posible garantizar el éxito de las operaciones mineras ni su desarrollo sin problemas en el tiempo, toda labor que tienda a dar mayor claridad de los usos de los suelos —y su compatibilidad con las labores mineras— debe ser privilegiada por el legislador y, ciertamente, por la autoridad administrativa. Ello conllevaría una mayor certeza al momento de realizar el debido análisis de los riesgos involucrados para el desarrollo de actividades económicas, particularmente, las que requieren en sus etapas iniciales de inversiones de gran envergadura.

Rol N° 3.436-2015 y Rol N° 7.442-2015.

Sanciones administrativas, principio de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revisa un acto administrativo. El Tribunal Constitucional como contencioso de multas en el *Caso Cascada*

Pablo Soto Delgado¹

Resumen

El artículo revisa la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el *Caso Cascada* desde varios puntos: la naturaleza de las sanciones administrativas y su relación con el Derecho penal; los diversos usos que puede tener el principio de proporcionalidad; y el reducido efecto de la declaración de inaplicabilidad cuando la gestión pendiente es un contencioso administrativo. Se sostiene aquí que la decisión rompe con la distinción entre sanciones administrativas y penas, vigente en Chile, renunciando el Tribunal Constitucional a su teoría de los matices y a la obligatoriedad de los principios del *ius puniendi*. Además, el órgano de control constitucional aplica incorrectamente el principio de proporcionalidad, y resuelve la inaplicabilidad del modo en que lo haría el juez de la gestión pendiente, esto es, como un contencioso de mera legalidad contra el acto administrativo sancionatorio.

Palabras clave: sanciones administrativas —principio de proporcionalidad— efectos de la declaración de inaplicabilidad

“Es precisamente en el dominio de la justicia constitucional en que estas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso”.²

¹ Investigador adjunto, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. El autor agradece a los ayudantes de investigación Nicolás Córdova y Maximiliano Fuentes, de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, por su colaboración en este texto.

² Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, N° 10, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2011, p. 287.

1. Introducción

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en la sentencia Rol N° 2922, de 29 de septiembre de 2016, declaró inaplicable, por inconstitucional, el inciso primero del artículo 29 del DL N° 3.538.³ El precepto legal permite que la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante, SVS), en ejercicio de su potestad administrativa sancionatoria, aumente discrecionalmente el tope del monto de la multa aplicada a un infractor hasta en un 30% de la respectiva operación irregular, cuestión que se concretó mediante la dictación de la Resolución Exenta N° 223, de fecha 2 de septiembre de 2014 (en adelante, REX N° 223).⁴

La declaración de inaplicabilidad es una de las tantas manifestaciones jurídicas del “Caso Cascada” o “Caso Cascadas”.⁵ Este último forma parte de un grupo de “escándalos corporativos”⁶ recientes que han involucrado a empresas chilenas de alta notoriedad pública. Siguiendo el expediente administrativo del caso, el controlador de la Sociedad Química y Minera de Chile S.A. (en adelante, Soquimich o SQM) habría sido el responsable de un esquema de operaciones financieras con las acciones de la compañía y de otras empresas bajo su control, que perjudicaba a los accionistas minoritarios de las mismas. Precisamente, la denominación del caso obedece a que las principales tres compañías involucradas —Norte Grande, Oro Blanco y Pampa Calichera— son sociedades anónimas abiertas que forman parte de la cadena de control piramidal o *en cascada* de la referida empresa.⁷

³ Decreto Ley N° 3.538, de 1980, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros.

⁴ SVS, Resolución Exenta N° 223, de fecha 2 de septiembre de 2014. Disponible en http://www.svs.cl/documentos/res/res_2014_223.pdf.

⁵ *La Tercera*, Piden que directores de SQM y Pampa Calichera declaren en querrela, 13 de septiembre de 2013, página 33.

⁶ Donoso, Vania y López Fernando, “Escándalos Corporativos en Chile: impacto en los precios accionarios de las empresas involucradas”, en *Revista Gestión y Tendencias*, Vol. I, N° 2, (Universidad Alberto Hurtado), 2016, p. 3.

⁷ REX N° 223, pp. 3-4. La estructura de la propiedad y control de SQM es un caso de estudio. Al respecto, se ha documentado que el objetivo de la cadena de sociedades en cascada, iniciada en 1986 con la creación de Pampa Calichera, consistió en adquirir acciones de SQM en el contexto del proceso de privatización de la compañía, con una menor cantidad de recursos de los que se necesitaban para controlar esta sociedad directamente: “llegado el punto en que Pampa Calichera hubiera podido adquirir una cantidad suficientemente grande de acciones de Soquimich como para controlar su directorio y tener un peso decisivo en las juntas de accionistas, se estaría en una situación en la que quien tuviera el control de Pampa Calichera también lo tendría automáticamente de SQM. La cantidad de recursos necesarios para controlar el directorio de Pampa Calichera era sustancialmente menor a la que se habría necesitado para controlar Soquimich directamente, debido al financiamiento con deuda usado en Pampa Calichera y a la

El inmediato interés general suscitado por estos hechos, se debió —entre otras cuestiones— a que la svv impuso a los infractores las multas más altas en su historia⁸, y a las pérdidas que las operaciones ilícitas habrían producido, según estimaciones oficiales, a las inversiones efectuadas por las administradoras de fondos de pensiones en las acciones de las sociedades cascada, afectando con ello a los cotizantes del país.⁹ Todo esto hacía necesario entregar información pronta al mercado, lo cual motivó que la svv diera publicidad a la investigación administrativa¹⁰, a pesar de que, en general, ella se lleva de forma reservada. Por lo anterior, no es exagerado afirmar que la situación “sacudió al mercado de capitales”.¹¹ De ahí que la declaración de inaplicabilidad resuelta por el TC, recaída en una de las reclamaciones judiciales en contra de la multa aplicada por la svv, viniera a agregar mayor atención pública sobre el tema.¹²

Los sancionados por la svv reclamaron, judicialmente, en contra de la multa impuesta y uno de ellos, durante esa gestión pendiente,¹³ requirió ante el TC la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 29 del DL N° 3.538, la que fue, en definitiva, acogida. Se trata de una imprecisa decisión de mayoría de 7 votos contra 3, redactada por el ministro Nelson Pozo que, como se verá

participación de otros accionistas en dicha sociedad. La misma lógica se aplica al moverse aguas arriba en la cascada de sociedades, a través de Oro Blanco y Norte Grande. En definitiva, un inversionista podría tener un rol fundamental en las decisiones estratégicas de SQM, controlando Norte Grande y asegurándose que esta sociedad controlara Oro Blanco, la que a su vez debería controlar Pampa Calichera”. Véase, Lefort, Fernando y Wigodski, Teodoro, *Una mirada al gobierno corporativo en Chile: casos emblemáticos*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2008, p. 59.

⁸ *La Tercera*, Caso Cascadas: Las multas más altas de la historia, 3 de septiembre de 2014. Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/caso-cascadas-las-multas-mas-altas-de-la-historia/>

⁹ *Superintendencia de Pensiones*, La Superintendencia de Pensiones estima entre US\$ 31 millones y US\$ 44 millones las pérdidas de los fondos de pensiones por caso Cascada, 20 de noviembre de 2014. Disponible en: http://www.spensiones.cl/portal/prensa/579/articles-10634_recurso_1.pdf

¹⁰ *Superintendencia de Valores y Seguros*, svv formula cargos en relación a operaciones de Sociedades Cascada, 10 de septiembre de 2013. Disponible en: <http://www.svv.cl/portal/prensa/604/w3-article-13858.html>.

¹¹ *El Mercurio*, Cascadas: los tres meses del caso que sacudió al mercado de capitales, la Bolsa y llegó hasta La Moneda, 24 de noviembre de 2013, página B 4.

¹² Así lo muestran las columnas en la prensa especializada. Véanse: *El Mercurio Legal*, Navarro, Enrique, Proporcionalidad y jurisprudencia del TC, 13 de octubre de 2016; *El Mercurio Legal*, Alvear, Julio, El TC y el caso “Cascada”, 24 de octubre de 2016; *El Mercurio Legal*, García, José Francisco, Caso Cascada y consecuencias en arquitectura sancionatoria, 4 de noviembre de 2016; y *El Mercurio Legal*, Letelier, Raúl, Un paso adelante de la Corte Suprema, dos pasos atrás del Tribunal Constitucional: garantías penales y sanciones administrativas, 2 de diciembre de 2016.

¹³ Los datos de la causa son los siguientes: Rol C-21305-2014, del 16° Juzgado Civil de Santiago, caratulado “Guzmán Lyon, Roberto con Superintendencia de Valores y Seguros”. A la fecha de cierre de este texto (mayo de 2017), la causa se encuentra con la citación a oír sentencia decretada.

en este texto, tiene defectos argumentativos severos y desnaturaliza la función de la jurisdicción constitucional.

En el *Caso Cascada*, el TC prosigue una línea conservadora en torno a la sanción administrativa, que ha venido a quebrar una posición impulsada por ese mismo órgano en el ordenamiento jurídico nacional, al menos desde 1996, con el fallo de la Ley de Caza¹⁴: la idea de que hay ciertos principios del Derecho penal aplicables al Derecho administrativo sancionador ante la falta de regulación en este último ámbito, y que aquellos deben aplicarse con *matices*. Esa tesis ayudó, en definitiva, a diferenciar ambas ramas. La sentencia que se analiza, sin embargo, no puso ningún esfuerzo en distinguir entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionatorio, a pesar de que ambos operan desde esquemas distintos y, peor aún, acabó exigiendo en el ámbito sancionatorio administrativo mayores garantías que las fijadas por su propia jurisprudencia para el Derecho penal.

Para declarar la inaplicabilidad del artículo 29 del DL N° 3.538, el TC empleó el principio de proporcionalidad. Desafortunadamente, el fallo no logra advertir los diversos usos en que utiliza esa máxima, empleándola además de manera retórica, por lo cual, la decisión adoptada, en ningún caso es el resultado de la estructura argumentativa que impone dicho principio, contraviniendo su función, que consiste en reducir la subjetividad judicial.

Junto a lo anterior, el TC se inmiscuyó a tal grado en el caso concreto, que terminó por revisar el propio acto administrativo que sancionó al requirente, convirtiéndose con ello en un órgano que razona como si resolviera en un contencioso de mera legalidad. En efecto, el TC evaluó directamente la calidad de la fundamentación en la aplicación de la multa, subvirtiendo así la función inaplicadora que la Constitución Política de la República le otorgó, dirigida a controlar la constitucionalidad de un precepto legal en su aplicación futura a una gestión *judicial* pendiente, y no la aplicación pretérita que la Administración del Estado ha efectuado de ese precepto antes siquiera que dicha gestión judicial se iniciara. Esta falta de entendimiento del TC respecto a la relación entre la declaración de inaplicabilidad y la gestión pendiente, hace necesario elucidar cuál es el efecto de la primera cuando en la segunda se controla un acto administrativo, es decir, en un contencioso administrativo. Como se verá, la declaración de inaplicabilidad tiene una eficacia reducida en esta clase de asuntos. Naturalmente, esto arriesga el efecto de la inaplicabilidad en el *Caso Cascada*.

¹⁴ Tribunal Constitucional, Rol 244-1996, sentencia de fecha 26 de agosto de 1996, considerando 9°.

Para desarrollar estos planteamientos, el presente artículo se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, se explica la función de la sanción administrativa y su carácter específicamente administrativo. En seguida, se presenta el principio de proporcionalidad en sus varios usos. Luego, se elabora la fisonomía de la gestión judicial pendiente cuando en ésta se controla un acto administrativo. Posteriormente, se expone el *Caso Cascada* y, finalmente, se le analiza críticamente en varios puntos.

2. Función de *enforcement* de la sanción "administrativa"

El primer asunto a tratar para el análisis posterior es la caracterización administrativa y funcional de la sanción aplicada por la Administración del Estado.

La específica función de la sanción administrativa es servir de instrumento que incentive el cumplimiento del Derecho. En efecto, el Derecho administrativo sancionador forma parte del proceso de ejecución y aplicación de la ley, para que ésta se haga efectiva en la realidad.¹⁵ A esto se ha denominado *enforcement*. Bajo tal contexto, las sanciones administrativas son medidas que tienen por objeto modificar la conducta de los regulados para así posibilitar el cumplimiento de las finalidades perseguidas por el Derecho administrativo.¹⁶ Es así como la potestad sancionatoria administrativa tiene un núcleo propio que apunta a:

“la mera corrección de comportamientos que comprometen la efectividad de los fines y objetivos de la programación administrativa de políticas públicas [con lo cual] se pone al servicio exclusivamente [...] de la desmotivación de conductas contradictorias con el interés general (constituyendo así una alternativa o, en su caso, complemento de técnicas positivas de incentivo a la persecución de dicho interés general, de fomento)”¹⁷

¹⁵ Montt, Santiago, “Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho administrativo y sus principios fundamentales”, en Documento de trabajo N° 4, (Centro de Regulación y Competencia Universidad de Chile), 2010, p. 19.

¹⁶ Soto Delgado, Pablo, “Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental”, en Revista Ius et Praxis, Año 22, N° 2, (Universidad de Talca), 2016, p. 197.

¹⁷ Parejo, Luciano, “Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa”, en Revista General de Derecho Administrativo, N°36, (Editorial Iustel), 2014, p. 20.

La sanción administrativa es, pues, un esquema de incentivos, siendo la disuasión uno de sus elementos clave.¹⁸ Esta aproximación disuasiva opera en una estructura de costo beneficio, conforme a la cual se evalúa si los beneficios sociales de una actividad superan los costos sociales; en tal caso, aquella debe ser promovida porque es económicamente eficiente, es decir, aumenta el bienestar general de la sociedad. De lo contrario, debe ser desincentivada. La aplicación de esta idea a las sanciones administrativas implica que la cuantía de la multa debe fijarse en un nivel que disuada eficientemente la conducta infractora.¹⁹

Junto a lo anterior, un aspecto capital del diseño sancionatorio administrativo se encuentra en la eliminación de cualquier ganancia o beneficio producido por la infracción administrativa, porque con ello se suprime el incentivo económico de obtener utilidades o ahorrar costos a causa de incumplir la regulación.²⁰

Como se ha venido diciendo, que las sanciones administrativas formen parte del proceso de cumplimiento (*enforcement*) del Derecho administrativo significa, en buenos términos, reivindicar la condición administrativa de la potestad sancionatoria de la Administración del Estado,²¹ como por lo demás ha despejado la Corte Suprema afirmando, rotundamente, que “conviene dejar en claro que la decisión a través de la cual se manifiesta la potestad sancionatoria de la Administración es, no cabe duda, un acto administrativo”.²² Nada hay de excepcional en esta potestad administrativa.²³ Justamente, la ausencia de una específica regulación en la Constitución sobre las sanciones administrativas da cuenta de que, al igual que en la mayoría de las actividades materiales que, habitualmente, son llevadas a cabo por la Administración del Estado y no se establecen ni desarrollan constitucionalmente, ella no es un asunto extraordinario y compete al legislador su configuración.

¹⁸ Macrory, Richard, *Regulatory Justice: Sanctioning in a post-Hampton World Consultation Document*, (Cabinet Office), 2006, p. 20.

¹⁹ Yeung, Karen, “Quantifying Regulatory Penalties: Australian Competition Law Penalties in Perspective”, en *Melbourne University Law Review*, 1999, Vol. 23, pp. 446-447. Una explicación más detallada de los modelos de disuasión en Soto Delgado, Pablo, “Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental”, en Couso, Javier (dir.), *Anuario de Derecho Público* (ediciones Universidad Diego Portales) 2016, pp. 398 y ss.

²⁰ Macrory, Richard, *Regulatory Justice: Sanctioning in a post-Hampton World Consultation Document*, ob. cit., pp. 19-20.

²¹ Parejo, Luciano, “Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa”, ob. cit., p. 8.

²² Corte Suprema, Rol 1079-2014, sentencia de fecha 30 de octubre de 2014, considerando 9°.

²³ *El Mercurio Legal*, Letelier, Raúl, Un paso adelante de la Corte Suprema, dos pasos atrás del Tribunal Constitucional: garantías penales y sanciones administrativas, ob. cit.

La potestad administrativa sancionatoria se encuentra sustancial y procedimentalmente fijada en la ley, lo cual da cuenta de que aquella queda sujeta a las reglas de producción y fundamentación de cualquier otro acto administrativo terminal, que operan como una garantía para el administrado.²⁴ Entre ellas, la motivación del acto administrativo sancionatorio juega un rol relevante tratándose de la revisión judicial del mismo. Al igual que con todos los actos administrativos, un órgano de la Administración del Estado que aplica sanciones administrativas dispone de un marco general a nivel legal, constituido, principalmente, por la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos (LBPA) y su propia ley orgánica.²⁵ Este es el entorno normativo que, junto a ciertas reglas constitucionales —por ejemplo, referidas a la validez del acto, contenidas en el artículo 7° de la Constitución—, permiten evaluar que una sanción ha sido impuesta administrativamente conforme a derecho. Hay aquí una diferencia capital con el Derecho penal, donde sólo el juez puede imponer la pena, en un contexto regulado de manera sustantiva y procedimentalmente distinta al administrativo.

El Derecho administrativo sancionador no es, pues, Derecho penal. Si alguna función puede tener aquí esta última rama, ella consiste en servir de punto de referencia para que, desde sus máximas exigencias, en el Derecho sancionatorio administrativo puedan morigerarse esas garantías. Así lo ha dicho el propio TC calcando al Tribunal Constitucional español la tesis del *ius puniendi* originario desde el cual se desprendería el Derecho penal y el administrativo sancionador, sosteniendo que a esta última rama han de aplicarse las garantías del primero con *matices*²⁶, esto es, con menor vigor.

Más allá de consideraciones metafísicas acerca de que la sanción administrativa ontológicamente no equivale a la penal, resulta claro que, en el derecho positivo a nivel legal y de práctica constitucional, ambas ramas son tratadas de

²⁴ Cordero, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, (Legal Publishing Chile), 2015, pp. 333 y ss.

²⁵ Al respecto, Quezada, Flavio, "Procedimientos administrativos sancionadores especiales y la Ley N° 19.880", en Ferrada, Juan Carlos, Bermúdez, Jorge y Urrutia, Osvaldo (ed.), *Doctrina y enseñanza del Derecho administrativo chileno, estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016, pp. 241-263.

²⁶ Tribunal Constitucional, Rol 244, ob. cit., considerando 9°, confirmado después en Tribunal Constitucional, Rol 480, sentencia de fecha 27 de julio de 2006, considerando 5°, y también en Tribunal Constitucional, Rol 479, sentencia de fecha 8 de agosto de 2006, considerando 8°: "Como ha tenido oportunidad de establecer esta Magistratura, aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, *con matices*, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos."

distinto modo y el propio TC ha debido modular la aplicación de los principios constitucionales del Derecho penal en el ámbito de las sanciones administrativas, disminuyendo su intensidad. Hay, para esto, una cierta racionalidad que la literatura ha destacado: la fuerza de las salvaguardias o garantías tienen relación con la gravedad de la consecuencia para quien incumple el Derecho, donde la máxima intervención decididamente es la penal,²⁷ puesto que allí los bienes en juego son “vitales-personales”, a diferencia de lo que acontece en el Derecho administrativo sancionador, donde se trata de bienes meramente conmensurables²⁸ (principalmente dinero).

Por todo lo que se ha dicho en esta sección, cualquier intento de considerar las sanciones administrativas bajo el mismo prisma que exigen las penas criminales, importa romper con una cierta coherencia institucionalizada en el ordenamiento jurídico nacional,²⁹ donde el máximo nivel de garantías se halla en el Derecho penal y no en el Derecho administrativo sancionador.

3. Tres distintos usos del principio de proporcionalidad

Un tema central en la sentencia del TC en el *Caso Cascada* es el denominado principio de proporcionalidad, que ha de explicarse aquí en sus distintos sentidos para el posterior análisis del fallo.

Bajo un primer uso, el principio de proporcionalidad alude a un procedimiento argumentativo que ha de seguir el juez constitucional cuando debe resolver acerca de la constitucionalidad de la intervención de los poderes públicos en los derechos fundamentales. La función del principio de proporcionalidad consiste en dotar de una estructura a la actividad interpretativa de determinación del contenido de los derechos fundamentales.³⁰ Es un criterio metodológico, cuya aplicación permite discernir si, consideradas todas las cuestiones, debe entenderse definitiva la lesión al derecho fundamental que se estima *prima facie*

²⁷ Ogus, Anthony, “Enforcing regulation: do we need the Criminal Law?”, en Sjögren, Hans y Göran, Skogh (ed.), *New Perspectives on Economic Crime*, (Edwar Elgar Publishing), 2004, pp. 4345.

²⁸ Londoño Martínez, Fernando: “Tipicidad y legalidad en el Derecho administrativo-sancionatorio”, en *Revista de Derecho*, Vol. 27, N° 2 (Universidad Austral de Chile), 2014, pp. 159-160.

²⁹ Muy recientemente, Vallejo, Rodrigo, “Acerca del régimen supletorio de prescripción aplicable a las infracciones y sanciones administrativas”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 47, N° 2 (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016, p. 286.

³⁰ Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, (Universidad Externado de Colombia), 2014, pp. 51 y 219.

vulnerado.³¹ El principio de proporcionalidad presupone la existencia de una teoría de los principios como mandatos de optimización y una colisión, que no es sólo entre principios que contienen derechos, sino también entre estos y *bienes colectivos*, los cuales han de optimizarse también.³²

Aunque sea obvio señalarlo, siendo el test de proporcionalidad una operación estructurada, no equivale a un mandato amplio dirigido al juez constitucional. En efecto, existe una “diferencia entre la indagación de la revisión de proporcionalidad y un mandato abierto [del tipo] ‘haz lo correcto’ o ‘toma todo en consideración’, o adopta la mejor decisión sobre la base de la ‘ponderación de todas las razones’”.³³ En estos términos, el principio de proporcionalidad es un esquema de argumentación dirigido a contener la subjetividad del juez constitucional. Es una manera de imponerle límites: “Los presupuestos que subyacen a los juicios acerca de la intensidad de la interferencia y su grado de importancia no son arbitrarios. Se proveen razones para aquellos, que son inteligibles”.³⁴

El principio de proporcionalidad se halla articulado por tres subprincipios—un triple test—aplicables a la intervención estatal: idoneidad (también llamado “adecuación”), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.³⁵ Estas exigencias han de entenderse del siguiente modo:

- i) Conforme al *subprincipio de idoneidad*, la intervención estatal ha de ser adecuada para obtener un fin constitucionalmente lícito.
- ii) Para el *subprincipio de necesidad*, considerando todas las medidas que tengan igual idoneidad, la medida que interviene un derecho fundamental ha de ser la más benigna con este.
- iii) En virtud del *principio de proporcionalidad en sentido estricto*, las ventajas obtenidas a través de la intervención del derecho fundamental deben compensar los sacrificios para su titular y la sociedad en general.

³¹ Kumm, Matthias, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, en Klatt Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, (Oxford University Press) 2012, p. 203.

³² Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Centro de Estudios Constitucionales), 1993, pp. 111-112 y Alexy, Robert, “Derechos individuales y bienes colectivos”, en Alexy, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, (Gedisa), 1994, pp. 203-207.

³³ Shauer, Frederick, “Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text,” en Klatt Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, (Oxford University Press), 2012, p. 309.

³⁴ Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, en *Ratio Juris*, Vol. 16, N° 4 (Blackwell Publishing), 2003, p. 439.

³⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 111-115.

Como es un test, si cualquiera de estos tres subprincipios no se satisfacen al evaluarse una medida de intervención estatal en los derechos, se entiende que esta los vulnera y, por lo tanto, debe declararse inconstitucional.³⁶

Junto a la proporcionalidad entendida en el uso anterior, el principio de proporcionalidad es también un principio general del Derecho administrativo, que controla la relación entre medios y fines empleados por la Administración del Estado, de forma que un específico medio administrativo que pretenda alcanzar cierto fin o consecuencia debe ser adecuado (o idóneo), necesario y proporcionado en sentido estricto. El principio de proporcionalidad, también denominado prohibición de exceso o mandato de intervención mínima, supone un deber “de ponderación entre la acción de libertad de los particulares y el interés público limitador de esa libertad”³⁷ y recibe aplicación cuando la Administración se halla ante una hipótesis de ejercicio de facultades discrecionales o bien en la posición de interpretar conceptos jurídicos indeterminados, de modo que la utilización de aquel test posibilitaría dejar sin efecto actos administrativos formalmente lícitos pero sustancialmente injustos.³⁸ Por ello, se afirma que el cumplimiento del principio de proporcionalidad en sede administrativa es un supuesto de legalidad material del acto administrativo.³⁹

Por último, en un tercer sentido, se hace referencia al principio de proporcionalidad para aludir a uno de los principios limitadores del *ius puniendi*⁴⁰, clásicamente defendido por la doctrina penal, y que consiste en una relación entre la gravedad del ilícito y la gravedad de la sanción aplicada por el Estado. Conforme a esta relación, “las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido”, de manera que los delitos “no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado [por los mismos]”.⁴¹ Esta utilización del principio de proporcionalidad, es

³⁶ Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 52-53.

³⁷ Maurer, Hartmut, *Derecho Administrativo alemán*, (Universidad Nacional Autónoma de México), 2012, p. 250.

³⁸ Blanquer, David, *Derecho administrativo. Volumen 2º: Los sujetos, la actividad y los principios*, (Editorial Tirant lo Blanch), 2010, p. 1321.

³⁹ Bermúdez, Jorge, *Derecho administrativo general*, (Legal Publishing Chile), 2014, p. 555.

⁴⁰ Así, Garrido Montt, Mario, *Derecho penal. Parte general. Tomo I*, (Editorial Jurídica de Chile), 1997, p. 45.

⁴¹ Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, (B de f), 2001, p. 134. En palabras de Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, ob. cit., p. 49: “La sanción debe ser proporcionada a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político-criminales perseguidos”.

precursora de los dos anteriores usos,⁴² y coincide con la formulación que parte de la doctrina administrativista ha defendido en el ámbito de las sanciones aplicadas por la Administración del Estado.⁴³

No existe claridad en torno a la conexión conceptual entre este uso de la proporcionalidad y los otros dos. En efecto, mientras una autora afirma que —con particularidades— puede identificársele con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto del primer uso antes explicado,⁴⁴ se ha dicho también, siguiendo al Tribunal Constitucional español, que, entre la gravedad de la infracción, sus efectos y las consecuencias sancionadoras, la relación responde a la adecuación,⁴⁵ esto es, responde al subprincipio de idoneidad.

Dos observaciones pueden efectuarse aquí. La primera de ellas es que esgrimir el principio de proporcionalidad —en cualquiera de los tres sentidos— implica, necesariamente, adoptar una teoría que acepta y valida la intervención estatal, cuyo límite es solamente el exceso. Esto significa que los intereses privados pueden perfectamente estar subordinados al interés público, y el principio de proporcionalidad corrige los casos en que la interferencia es innecesaria o inidónea respecto a los fines.⁴⁶ La segunda observación, que es la otra cara de lo anterior, es que el mismo principio que se utiliza para imponer límites a la Administración y al legislador, sirve, también, para limitar la subjetividad argumentativa de la jurisdicción que los controla.

De ahí que, en lo que concierne a la Administración del Estado, la proporcionalidad se adapta, perfectamente, a una teoría general del Derecho administrativo que considera necesaria y, por lo tanto, promueve la intervención administrativa. Como correctamente ha señalado la literatura, si bien imponer límites al poder es tarea del Derecho administrativo, también lo es ocuparse de la “*eficacia* y efectividad de la acción administrativa. Ello obliga, entre otras consecuencias, no solo a utilizar el canon de la prohibición de exceso (principio

⁴² Bernal, Carlos, La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa, en Carbonell Sánchez, Miguel Fix-Fierro, Héctor, y Valadés, Diego, (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, (Universidad Nacional Autónoma de México), 2015, p. 245.

⁴³ Al respecto, Cordero, Luis, *Lecciones de Derecho administrativo*, ob. cit., pp. 524 y ss., basándose en la jurisprudencia del TC. En España, García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*, (Civitas Ediciones), 2011, p. 187.

⁴⁴ Aguado, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, (Editorial de Derecho Reunidas), 1999, pp. 275 y ss.

⁴⁵ Parejo, Luciano, *Lecciones de Derecho administrativo*, (Editorial Tirant lo Blanch), 2008, p. 659.

⁴⁶ Thomas, Robert, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, (Hart Publishing), 2000, p. 77.

de proporcionalidad), sino también el de la *prohibición de defecto*. Y es que en un Derecho administrativo enmarcado en una Constitución de las libertades habrá de tener también su sitio la idea de la eficacia, de la funcionalidad, de la capacidad de actuación efectiva”.⁴⁷ La prohibición de defecto importa, pues, impedir que la Administración del Estado genere respuestas insuficientes, cuestión que puede detectarse en el subprincipio de idoneidad, sea en la utilización administrativa o bien constitucional⁴⁸ del principio de proporcionalidad.

4. La inaplicabilidad en la gestión pendiente que controla un acto administrativo y su efecto intersticial

El tercer aspecto relevante a tener en consideración para el análisis posterior del fallo, alude al rol de la acción de inaplicabilidad como control de constitucionalidad de preceptos legales para el caso específico, cuando ha existido una decisión por parte de la Administración del Estado que es previa a la gestión pendiente.

La inaplicabilidad es un control concreto, lo cual importa reconocer la capital relevancia a los aspectos de hecho de la gestión pendiente.⁴⁹ Esta acción constitucional exige una confrontación entre la Constitución y un precepto legal que, en el caso respectivo, produzca efectos inconstitucionales, por oposición a un control abstracto que confronte la Constitución y un enunciado jurídico.⁵⁰

⁴⁷ Schmidt-Assmann, *La Teoría del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, (Editorial Marcial Pons), 2003, p. 26. Es interesante notar que el TC ha citado precisamente en este mismo punto la obra de Schmidt-Assmann, aunque como criterio interpretativo para desechar el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por una parte de la Cámara de Diputados en contra del Proyecto de Ley que creó el Ministerio del Deporte. Al respecto, véase Tribunal Constitucional, Rol 2367, sentencia de fecha 16 de enero de 2013, considerando 32º, refiriéndose, además, a la debida flexibilidad que debe tener la organización de la Administración del Estado.

⁴⁸ Si bien con particularidades tratándose de la prohibición por omisión o defecto en el caso de los derechos fundamentales. Al respecto, Clérico, Laura, “Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad”, en Sieckmann Jan-R. (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, (Editorial Marcial Pons), 2011, pp. 169-206.

⁴⁹ Zúñiga, Francisco, “La relación Tribunal Constitucional-Tribunales del fondo y los efectos de la sentencia de inaplicabilidad acerca de los presupuestos de la acción”, en Couso, Javier (dir.), *Anuario de Derecho Público* (Ediciones Universidad Diego Portales), 2010, p. 372.

⁵⁰ Gómez, Gastón, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno, en Zúñiga (coord.), *Reforma Constitucional*, (Lexis Nexis), 2005, p. 669. Sobre las dificultades del TC para comprender la distinción entre control concreto y abstracto de constitucionalidad véase Couso, Javier y Coddou, Alberto, “La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2010, pp. 401 y ss.

Al tratarse de un juicio de constitucionalidad, se opone, en todo caso, a una mera evaluación de legalidad que pueda esgrimirse directa o indirectamente respecto al precepto cuya inconstitucionalidad concreta se solicita al TC. Sobre esto último existe abundante jurisprudencia del órgano de control de constitucionalidad, indicando la improcedencia de la acción de inaplicabilidad contra sentencias judiciales, actos administrativos, determinación de la aplicación, e interpretación de preceptos legales.⁵¹ Todo lo cual significa —en síntesis—, que, si el cuestionamiento de inconstitucionalidad del precepto legal es, en verdad, un caso que puede ser resuelto por el juez del fondo aplicando o interpretando la ley, es improcedente el empleo del requerimiento de inaplicabilidad.

En cuanto a los efectos de la declaración de inaplicabilidad, la doctrina más autorizada señala que éste consiste en privar de eficacia al precepto legal para una gestión judicial pendiente, no sólo para la instancia en que se encuentra al momento de que el TC la decreta, sino para todas las futuras etapas procesales, de manera que por causa de su inconstitucionalidad, “declarada por el TC, el juez que interviene en la gestión y los jueces que intervendrán —en su caso— deben *suprimir el precepto legal de su razonamiento* judicial conducente a la decisión, haciendo como si no existiera”.⁵² En rigor, la inaplicabilidad declarada por el TC genera una especie de vacío o laguna que, de ningún modo, impide resolver el asunto —pues sigue operando el principio de inexcusabilidad judicial—, sino que habrá de ser colmada con arreglo a las reglas o principios generales.⁵³

El preciso efecto del fallo de inaplicabilidad depende de varios factores: el tipo de procedimiento, el recurso, qué se discute en la causa y qué pretenden las partes.⁵⁴ Esto significa que no todas las gestiones pendientes son iguales y que, por lo mismo, el efecto de la inaplicabilidad puede tener distintas características. Tal constatación exige asumir la necesidad de elaborar la fisonomía de la gestión pendiente, lo que es especialmente relevante cuando ha existido un pronunciamiento administrativo previo. Pero requiere, además, entender las

⁵¹ Una sistematización de las numerosas sentencias del TC sobre este criterio, puede verse en Navarro, Enrique, “La nueva acción de inaplicabilidad de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, N° 1, (Universidad Finis Terrae), 2014, pp. 230 y ss.

⁵² Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2013, p. 54-55.

⁵³ Núñez, Manuel, Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile: examen a un quinquenio de la Reforma Constitucional, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2012, p. 43.

⁵⁴ Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, ob. cit., p. 58.

complejidades teóricas y prácticas que pueden producirse con ello. Es lo que se intentará a continuación.

En los contenciosos administrativos, la gestión judicial sobre la cual puede recaer la inaplicabilidad tiene contornos bastante específicos que se enlistan a continuación:

- i) En primer lugar, ha existido un acto administrativo dictado antes de la gestión pendiente.
- ii) Como segunda cuestión, el juez de la causa se encuentra en la posición de *revisar o controlar* el acto administrativo, desde el punto de vista de su legalidad y no de su mérito u oportunidad.⁵⁵
- iii) Enseguida, la evaluación de la legalidad que efectúa el juez del contencioso es siempre retrospectiva, esto es, evaluará si el órgano, *en el momento de la dictación* del acto administrativo, satisfacía la legalidad vigente.⁵⁶
- iv) En cuarto término, ese control de legalidad se extiende a los elementos que, clásicamente, se consideran pertenecer al acto administrativo: objetivos, subjetivos y formales.⁵⁷ En cuanto a estos últimos, los requisitos procedimentales para la dictación del acto administrativo, en el caso nacional, se hallan contenidos general y supletoriamente en la LBPA, lo cual incluye, entre otros aspectos, el respeto a sus principios, destacando, especialmente, la motivación del acto. Pueden existir, ciertamente, regulaciones o formalidades específicas que se encuentran contenidas por lo general en la ley que estatuye el órgano.
- v) Asimismo, la gestión pendiente dependerá, también, de la configuración del contencioso administrativo correspondiente, lo que se encuentra regulado en la ley.
- vi) Finalmente, la gestión pendiente se configura también por la solicitud concreta que se ha efectuado en la presentación que inicia el contencioso ante el tribunal correspondiente.

⁵⁵ Cordero, Luis, *Lecciones de Derecho administrativo*, ob. cit., p. 629.

⁵⁶ Como lo indica Bermúdez, Jorge, *Derecho administrativo general*, ob. cit., p. 551: “El momento en que se fija el bloque de la legalidad respecto del cual es examinado el acto administrativo será aquél en que el acto es expedido por la Administración Pública”. El voto concurrente del ministro Pedro Pierry en Corte Suprema, Rol 8006-2015, 5 de mayo de 2016, considerando 4º expresa con claridad la idea: “Que, por otro lado, el hecho de que la finalidad que justificó la expropiación no pueda cumplirse con posterioridad al acto expropiatorio, por circunstancias sobrevinientes, no tiene ninguna trascendencia, toda vez que en la especie, el acto administrativo en su oportunidad cumplió todos los requisitos para su validez”. Lo mismo en Corte Suprema, Rol 8385-2004, sentencia de 18 de noviembre de 2008, considerando 7º.

⁵⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo. Tomo I*, (Civitas Ediciones), 2011, pp. 575 y ss.

Algunas de estas variables quedan irremediabilmente fijadas incluso antes del inicio de la gestión judicial pendiente, a pesar de una eventual inaplicabilidad. Precisamente, esta circunstancia produce severas dificultades tratándose de gestiones judiciales que tienen por objeto revisar actos administrativos. Aquí, en general, la estrategia de los abogados consiste en que el TC declare la inaplicabilidad para que de esa manera la disposición que habilitaba la dictación del acto administrativo quede sin efecto y entonces —como ya no habría una norma sobre la que se funda la decisión administrativa— se considere ilegal. Esto es, derechamente, un error que obedece a la falta de entendimiento de las características del contencioso administrativo.

En efecto, en virtud de la específica fisonomía de la gestión pendiente, por más que el TC declare que el precepto legal que habilitaba la dictación del acto administrativo es inconstitucional y ordene que el juez de la gestión pendiente lo excluya de su razonamiento, esto nada dice sobre la competencia temporal de ese mismo juez, que siempre deberá controlar el acto administrativo considerando la juridicidad *al momento de su expedición*, cuando la habilitación legal estaba vigente. Esto no es sorprendente tomando en cuenta, además, que *la inaplicabilidad es incapaz de intervenir el acto administrativo*, pues, según lo establece la Constitución, sólo tendrá efecto para “cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial”.⁵⁸ A esto debe agregarse la regulación legislativa que, por si existía cualquier duda, aclaró el punto, indicando que: “La sentencia que declare la inaplicabilidad solo producirá efectos *en el juicio* en que se solicite”,⁵⁹ agregando que: “La sentencia que declare la inaplicabilidad del precepto legal impugnado deberá especificar de qué modo su aplicación *en la gestión pendiente* de que se trata resulta contraria a la Constitución”.⁶⁰ La gestión pendiente es sinónimo de judicial e, irremediabilmente, siempre posterior al procedimiento administrativo.

Tampoco es posible sostener que, con ocasión de la declaración de inaplicabilidad, en la gestión pendiente de verdad se ha producido un decaimiento del acto administrativo al haber desaparecido, *de modo sobreviniente*, los elementos jurídicos del mismo⁶¹ (por ejemplo, donde antes la Administración podía aplicar una multa

⁵⁸ Artículo 93 N° 6, Constitución Política de la República de Chile.

⁵⁹ Artículo 92 inciso 1°, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

⁶⁰ Artículo 89, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

⁶¹ Un resumen de la doctrina del decaimiento del acto administrativo en Cordero, Luis, “El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador. Comentarios a las sentencias de la Corte Suprema del año 2010”, en Couso, Javier (dir.), Anuario de Derecho Público (Ediciones Universidad Diego Portales), 2011, pp. 245-247.

por cierto monto, luego de la declaración de inaplicabilidad de la disposición que habilitaba esa sanción el acto administrativo carece sobrevinientemente de un presupuesto jurídico). Como se ha dicho, la inaplicabilidad no toca el acto administrativo, sino que modifica, por vía de supresión de un precepto legal, el marco jurídico conforme al cual debe evaluar el juez de la gestión pendiente dicho acto, control contencioso que es siempre *a posteriori*.⁶²

Estas dificultades se deben, precisamente, a que el modelo de jurisdicción constitucional vigente se ideó para tener efectos sobre la jurisdicción común y no sobre la Administración del Estado, y también a que la declaración de inaplicabilidad no tiene un efecto invalidatorio de las anteriores decisiones,⁶³ menos del acto administrativo que, de ninguna manera, puede ser intervenido por la declaración de inaplicabilidad.

La escasa atención que se ha dado a este problema,⁶⁴ que es estructural de la inaplicabilidad, en tanto ideada para relacionarse con un procedimiento judicial y no con un procedimiento sustanciado por la Administración del Estado, no es sólo un asunto teórico. En la práctica, existen casos en que los tribunales, resolviendo contenciosos administrativos, se han enfrentado a esta situación. En uno de ellos, donde la gestión pendiente era un recurso de protección contra una decisión de la Administración —es decir, un clásico contencioso administrativo⁶⁵— la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo confirmado por la Corte Suprema, sostuvo lo siguiente:

“SEXTO: Que, en primer lugar, se hace necesario consignar que la declaración de inaplicabilidad pronunciada por el Tribunal Constitucional, en sentencia de 7 de septiembre de 2010, cuya copia rola a fojas 42, no tiene influencia en la resolución de esta causa. En efecto, *la Tesorería General de la República, recurrida en este proceso constitucional de naturaleza*

⁶² Cordero, Luis, *El control de la Administración del Estado*, (Legal Publishing Chile), 2007, p. 169.

⁶³ Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, ob. cit., p. 58.

⁶⁴ Salvo acaso Núñez, Manuel, “Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile: examen a un quinquenio de la Reforma Constitucional”, ob. cit., pp. 52 y ss., pero sin distinguir los casos de contencioso administrativo de aquellos que no lo son. También en *El Mercurio Legal*, Covarrubias, Ignacio, La obligatoriedad de las sentencias del tc en entredicho, 26 de diciembre de 2011.

⁶⁵ Ferrada, Juan Carlos; Bordalí, Andrés; Cazor, Kamel, “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, en *Revista de Derecho de Valdivia*, Vol. 14, (Universidad Austral de Chile), 2003, p. 72.

cautelar, aplicó el precepto legal cuestionado, artículo 1° de la ley 19.989, antes de que fuera declarado inaplicable por la Magistratura Constitucional. Aún más, puede decirse que se encontraba obligada a proceder conforme se lo ordena ese mandato legal al haber recibido de la entidad acreedora la comunicación respectiva.

De ese modo entonces, la actuación administrativa que se impugna se agotó con la aplicación que hizo en su momento del artículo 1° de la citada ley N° 19.989.

Cabe observar, además, que el citado precepto legal le impone una precisa obligación a la Tesorería General de la República, cual es, la de cobrar —compensando con la devolución de impuestos a la que tengan derecho los deudores de un crédito universitario— las obligaciones de éstos para con el Fondo de Crédito Universitario con el fin de mantener incólume los recursos con los que han de financiarse los nuevos créditos que deban otorgarse, lo que tiene importancia para el examen que luego se efectuara a fin de determinar si la recurrente se encuentra en el legítimo ejercicio de un derecho para impetrar, en esta sede, la cautela que reclama.

Por consiguiente, la circunstancia de que con posterioridad el Tribunal Constitucional hubiere declarado inaplicable el precepto legal en base al cual la autoridad administrativa —sujeta como lo está al principio de juridicidad— actuó, no puede conducir a estimar, con efecto retroactivo, que tal proceder, es ilegal, desde que para tal efecto resulta insuficiente el citado fallo.

SEPTIMO: Que, con todo, *el reproche de ilegalidad al que se alude en el artículo 20 de la Constitución debe existir entonces, al momento en que el acto se verifique, de otro modo se introduce un factor de incerteza o de falta de previsibilidad en el actuar de la autoridad administrativa, lo que no resulta admisible*”.⁶⁶

⁶⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 7833-2009, sentencia de 23 de junio de 2011. El fallo confirmatorio de la Corte Suprema es el Rol 6790-2011, sentencia de 20 de octubre de 2011. Este fallo y los que se citan en este texto, son reportados por Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, ob. cit., pp. 184 y ss., y Núñez, Manuel, “Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile: examen a un quinquenio de la Reforma Constitucional”, ob. cit., pp. 53 y ss.

Lo mismo ha hecho la Corte de Apelaciones de Santiago⁶⁷ y la Corte Suprema⁶⁸ en otros casos, donde la gestión pendiente es un contencioso administrativo. No hay —es claro— cómo convertir en ilegal un acto administrativo por la vía de declarar inaplicable el precepto que lo sustenta. A esta hipótesis se la ha denominado “inaplicabilidad del fallo de inaplicabilidad”,⁶⁹ situación que sería incorrecta, aunque por una razón poco atendible, a saber, que con ello se “esteriliza la sentencia de inaplicabilidad y la deja en el ineficaz limbo de la vieja regla castellana: se acata pero no se cumple”.⁷⁰ Nada hay de raro en esta ineficacia, pues, en primer lugar —como Gómez lo ha demostrado—, hay muchísimos casos en los que la inaplicabilidad no tiene efectos, por distintos motivos, además.⁷¹ En segundo término, hay casos en que verdaderamente no puede —o bien no debe— tenerlos, precisamente en virtud de que la relación entre la gestión pendiente y el efecto de la inaplicabilidad es capital, en especial, tratándose de contenciosos administrativos.⁷² Lo cierto es que

⁶⁷ Así, puede verse la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 7767-2009, de 8 de octubre de 2010, en cuyo considerando 3º se afirma, luego de haberse referido a la declaración de inaplicabilidad del precepto legal por parte del TC, que: “Sin embargo, el recurso de protección de autos reprocha el actuar de la Tesorería General de la República que descontó de la devolución anual de impuestos a la renta del año 2008 del recurrente, a través del formulario 22, la suma de \$438.020 por concepto de deuda de crédito universitario, *acto que al momento en que se ejecutó lo fue en cumplimiento de la obligación legal que al órgano administrativo le impuso la Ley N° 19.989, de suerte que no cabe reprochar tal conducta hoy de ilegal*”.

⁶⁸ Corte Suprema, Rol 4518-2011, sentencia de 30 de noviembre de 2011, considerando 4º: “Que por consiguiente el hecho de que con posterioridad el Tribunal Constitucional haya declarado inaplicable el precepto legal en cuya virtud la Corporación Administrativa del Poder Judicial —entidad que se encuentra sujeta al principio de juridicidad— no pagó los bonos institucional y colectivo al recurrente, *no implica que tal proceder sea ilegal, por lo que para estimar que obró en disconformidad con la normativa existente a la fecha del pago cuestionado es necesario que tal proceder sea retroactivamente considerado contrario a la ley aplicable al caso concreto en el momento de efectuarse el descuento de los bonos en la liquidación de sueldo del actor*”. Se trata de un caso en que el acto impugnado es materialmente administrativo, dictado por la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

⁶⁹ Núñez, Manuel, “Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile: examen a un quinquenio de la Reforma Constitucional”, *ob. cit.*, p. 52.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 56.

⁷¹ Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, *ob. cit.*, pp. 65 y ss.

⁷² Como correctamente lo ha dicho en una recensión Pfeffer, Emilio, “Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común, de Gastón Gómez”, en Couso, Javier (dir.), *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014, p. 623: “los motivos en base a los cuales puede en definitiva decidirse la gestión pendiente pudieran no tener conexión alguna —ni directa ni [remota]— con la sentencia estimatoria dictada por la magistratura constitucional. Así, por ejemplo, si la acción de que conoce el juez de la instancia fue deducida en forma extemporánea, presentaba problemas de legitimación (activa o pasiva), faltaba alguno de los requisitos de procesabilidad para que fuera acogida, no se invocó en la oportunidad procesal correspondiente el precepto legal que luego se declara inaplicable y, por ende, constituye una alegación nueva para el juez de la gestión pendiente, o el Tribunal Constitucional dictó su fallo estimatorio en base a una valoración de los hechos de la causa distinta de aquella que —conforme

la circunstancia de que en algunos supuestos la inaplicabilidad no tenga los efectos esperados por los requirentes, no significa que la acción pierda valor para el ordenamiento jurídico, sino que exige identificar con claridad la eficacia de la declaración de inaplicabilidad del TC (en este texto, específicamente, en lo que a actos administrativos se refiere).

El problema que se viene tratando empeora, además, por la siguiente circunstancia: encontrándose el juez impedido de razonar conforme a la disposición declarada inaplicable, tampoco puede escrutar el acto conforme a esa norma. Es decir, aunque el juez estuviera de acuerdo con que el acto administrativo se dictó ilegalmente contraviniendo la misma regla que, a la postre, fue declarada inaplicable, no puede afirmarlo de ese modo en su fallo, pues, *no puede utilizar el precepto en la gestión de que conoce*. Y si el fallo de inaplicabilidad expresamente excluyera una de las posibles interpretaciones, lo que dependerá de la modalidad de la sentencia del TC,⁷³ esa interpretación tampoco puede utilizarse para evaluar la legalidad o ilegalidad del acto administrativo.

Todo esto, sin embargo, tiene —hasta donde puede vislumbrarse aquí— una salida que depende de si el juez de la gestión pendiente *reemplaza en su sentencia* la decisión administrativa o parte de ella,⁷⁴ siempre que la razón jurídica para ese reemplazo no provenga de la disposición declarada inaplicable, ya que, como se acaba de señalar, el juez debe suprimirla de su razonamiento. Si el juez declara la ilegalidad del acto administrativo por un motivo distinto al contenido en el precepto declarado inaplicable, se verá obligado a dictar una nueva decisión, que acontece *dentro de la gestión pendiente*. Esa resolución judicial sustitutoria debe omitir la disposición declarada inaplicable, de manera que la sentencia del TC puede tener pleno efecto. Por ejemplo —así aconteció en el *Caso Cascada*—, si la disposición que se ha ordenado inaplicar establecía una multa, ella ya no podrá ser impuesta, aunque el juez encontrara mérito para ello. Este es el único intersticio a través del cual puede filtrarse el efecto de la

al sistema de prueba legal o tasada— efectúa luego el juez del fondo en su fallo, no se acreditaron los presupuestos fácticos de la acción, o el precepto legal declarado inaplicable no se denunció en el recurso de casación en el fondo como infringido o se estimó que aquél no reviste el carácter de norma decisoria litis, entre otras, se dan razones más que suficientes para justificar que en estos casos no pueda estimarse defraudada la sentencia estimatoria de inaplicabilidad dictada por el Tribunal Constitucional”.

⁷³ Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, ob. cit., p. 61.

⁷⁴ No es este el lugar para referirse a la disputa acerca del remplazo judicial en el caso de potestades discrecionales. Sobre el punto, Bermúdez, Jorge, “Control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°17, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 1996, pp. 281 y ss.

inaplicabilidad cuando existe un juicio contra el acto administrativo, lo cual, a su vez, confiere competencia revisora a las instancias judiciales siguientes, la que siempre vendrá recortada por la disposición que no es posible aplicar.

La obvia contracara de esta limitada contingencia de que la inaplicabilidad tenga efecto es que, si el juez no encuentra alguna ilegalidad en el acto administrativo que sea distinta de la que podría fundarse en el precepto legal declarado inaplicable, la decisión de la Administración del Estado se vuelve virtualmente intocable a pesar de —y precisamente por— la declaración de inaplicabilidad por parte del TC, cuestión que ha comprendido correctamente la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago en los casos antes referidos.

Finalmente, y sólo para resaltar el punto relativo a que con este análisis la acción de inaplicabilidad no pierde su total efecto, ha de señalarse que el razonamiento expuesto sólo rige cuando la gestión judicial pendiente tiene como antecedente un acto administrativo cuya legalidad allí se evalúa. En el resto de los casos, la decisión judicial opera dentro del espacio temporal que constituye la gestión pendiente, de manera que —salvo que otras variables lo impidan— la inaplicabilidad dictada por el TC puede tener pleno efecto. Es lo que sucede en cualquier causa civil o criminal.

5. El Caso Cascada

5.1. La sanción aplicada por la svv y la reclamación ante el 16° Juzgado Civil de Santiago

Sintéticamente, los hechos del caso antes del pronunciamiento de la declaración de inaplicabilidad por parte del TC, son los siguientes:

- i) A través de la ya referida REX N° 223, de fecha 2 de septiembre de 2014, la svv sancionó a los señores Julio Ponce Lerou, Aldo Motta Camp, Roberto Guzmán Lyon, Patricio Contesse Fica, Alberto Le Blanc Matthaei, Leonidas Vial Echeverría, Manuel Bulnes Muzard, Felipe Errázuriz Amenábar y a la sociedad Larraín Vial S.A. Corredores de Bolsa por diversas infracciones a la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, a la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, a los Reglamentos de Operaciones de la Bolsa Electrónica de Chile y al Reglamento de la Bolsa de Comercio de Santiago.⁷⁵ El total de las multas correspondió a la cantidad de UF 4.010.000.

⁷⁵ REX N° 223, ob. cit., p. 709.

- ii) De acuerdo a la svS, entre los años 2008 y 2011, las sociedades cascada realizaron operaciones sociales de inversión y financiamiento, dejando disponibles paquetes significativos de acciones para su remate en el mercado, los que eran comprados por sociedades de propiedad del controlador de SQM —Julio Ponce Lerou—, distintas de las cascadas (sociedades relacionadas), sociedades vinculadas con él a través de personas cercanas (sociedades vinculadas), o bien, por sociedades que mantenían transacciones recurrentes con las anteriores y/o se relacionaban con las personas naturales que participaban en la propiedad de aquellas (sociedades instrumentales).⁷⁶ Los títulos vendidos a estas sociedades, posteriormente, eran recomprados, en igual o mayor cantidad, por las sociedades cascada a un mayor precio. En la recompra de los paquetes accionarios, se afirma que las sociedades cascada pagaron un precio en exceso estimado de UF 7.352.300, entre 2009 y 2011.⁷⁷
- iii) Tales transacciones se habrían llevado a cabo en condiciones que imponían barreras a la participación de un mayor número de inversionistas. Así, por ejemplo, se realizaban remates de acciones en paquetes inexplicablemente grandes y se efectuaban operaciones que, pese a cumplir con las formalidades legales mínimas, no permitían una adecuada difusión en el mercado.⁷⁸ A juicio de la svS, las conductas descritas conformaban un “patrón” o “esquema”, esto es, tenían similares características, eran definidas y reiteradas.⁷⁹
- iv) Conforme a la resolución administrativa sancionatoria, la implementación del patrón o esquema significó la obtención de beneficios para los controladores de diferentes sociedades —principalmente Julio Ponce Lerou— en desmedro del interés de las sociedades cascada. Así, mientras el sobreprecio acabó siendo una pérdida absorbida por las sociedades cascada —que tiene entre sus accionistas a las AFP—, al mismo tiempo significó la obtención de utilidades para las sociedades relacionadas con Julio Ponce Lerou (UF 3.125.000), las sociedades vinculadas a Roberto

⁷⁶ *Ibíd.*, pp. 3-4.

⁷⁷ *Ibíd.*, pp. 662-663. Este cálculo únicamente considera la recompra de los paquetes de acciones que dejaron disponibles las sociedades cascadas, y no incluye los costos adicionales por aumentos de participación en Pampa Calichera, ni las operaciones sobre los títulos SQM-B.

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 601: “es posible entender que las características únicas de estos remates, tales como su monto, frecuencia, número, porcentaje de acciones que se remataban finalmente creaban una barrera a la entrada a terceros que no eran parte del esquema”.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 4.

Guzmán Lyon (UF 3.122.000), las sociedades instrumentales de Leonidas Vial Echeverría (UF 1.761.000) y las sociedades instrumentales de Alberto Le Blanc Matthaei (UF 91.800). Todas estas personas fueron sancionadas por la svS, órgano que ejerció la opción que la legislación le confirió y, en lugar de imponer los montos máximos de las multas contenidos en los artículos 27 y 28 del DL N° 3.538, dio aplicación al artículo 29 del mismo cuerpo normativo, que posibilita el aumento hasta en un 30% de la operación irregular.

v) En el caso de Roberto Guzmán Lyon, la REX N° 223 comprobó la infracción del inciso primero del artículo 52 y del inciso segundo del artículo 53, ambos de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores,⁸⁰ por su participación en el señalado esquema mediante diferentes ciclos de compra y venta irregular de paquetes de acciones de las sociedades cascadas y SQM, a través de las sociedades Inversiones Silvestre, Inversiones Jaipur e Inversiones del Parque.⁸¹

vi) Por lo anterior, la svS impuso al señor Guzmán Lyon una multa, a beneficio fiscal, de UF 550.000.⁸² Para determinar esa sanción, se afirmó en la REX N° 223 lo siguiente:

“Que, para la dictación de la presente Resolución y la ponderación de las multas a aplicar se ha tenido en consideración tanto lo dispuesto en los artículos 27, 28, 29 y 33 del D.L. N° 3.538, así como todos los antecedentes que constan en el expediente administrativo, en los que, por una parte, se aprecia la multiplicidad de infracciones cometidas y los montos involucrados en las mismas y, por otra, la seriedad y gravedad de las infracciones, en particular su efecto en el mercado de valores”.⁸³

vii) Del acto administrativo sancionador, el señor Guzmán reclamó ante el 16° Juzgado Civil de Santiago, conforme a lo dispuesto por el artículo 30 del DL N° 3.538, solicitando a dicho tribunal dejar sin efecto la sanción aplicada o, en subsidio, obtener una rebaja sustancial de la multa.⁸⁴

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 709. El inciso primero del artículo 52 de la LMV establece: “Es contrario a la presente ley efectuar transacciones en valores con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios”. Por su parte, el inciso segundo del artículo 53 establece: “Ninguna persona podrá efectuar transacciones o inducir o intentar inducir a la compra o venta de valores, regidos o no por esta ley, por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento”.

⁸¹ *Ibíd.*, pp. 705-706.

⁸² *Ibíd.*, p. 709.

⁸³ *Ibíd.*, p. 700.

⁸⁴ Escrito de reclamación en contra de la multa, ante el 16° Juzgado de Letras de Santiago, Rol 21.305-2014, fojas 230-232.

5.2. La inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional

5.2.1. El requerimiento

Durante la tramitación de la reclamación de la multa, con fecha 30 de octubre de 2015, se presentó por parte de la defensa del señor Guzmán Lyon una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que impugna la aplicación de la totalidad del artículo 29 del DL N° 3.538 en esa gestión pendiente.⁸⁵ En el requerimiento se argumentó que el precepto legal impugnado era contrario a la “garantía constitucional de Legalidad y Proporcionalidad, consagradas en los artículos 19 N° 3 inciso octavo y 19 N° 2 y 3 inciso sexto respectivamente, de la Constitución Política de la República”.⁸⁶ A juicio del requirente, la “disposición no define criterios, parámetros o principio alguno que permita aplicar una sanción legalmente determinada al caso concreto, ni tampoco establece criterios que establezcan una base de cálculo real y cierta para la determinación del límite superior de dicha sanción, deviniendo ello en una multa indeterminada”.⁸⁷ En rigor, la queja consiste en que el artículo 29 del DL N° 3538 no permite prever el monto de la multa, enfrentándose a una indeterminación sancionatoria.

Adicionalmente, es cuestionado el concepto de “operación irregular” utilizado en la disposición impugnada, como base de cálculo del 30% de la multa aplicable, pues tampoco se establece una fórmula, *quantum*, ni referencia para avaluar el monto de la operación. El problema con esto es que ya no sería la ley sino la Administración aquella que fijaría el monto de la sanción.⁸⁸

5.2.2. Fallo de mayoría que declara la inaplicabilidad

El TC, en un fallo de 7 votos contra 3, acogió parcialmente el requerimiento, sólo en lo respectivo al inciso 1° del artículo 29 del DL N° 3.538. El voto de mayoría, luego de exponer en qué consisten la igualdad ante la ley y el debido proceso, centra su argumentación en el principio de proporcionalidad. El TC señala que, si bien la Constitución no lo explicita, “el intérprete constitucional no puede sino reconocer manifestaciones de este principio, que forman parte de

⁸⁵ Dicha disposición establece: “No obstante lo expresado en los artículos 27 y 28 al aplicar una multa, la Superintendencia, a su elección, podrá fijar su monto de acuerdo a los límites en ellos establecidos o hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular.

Para los efectos de los artículos precitados se entenderá que hay reiteración cuando se cometan dos o más infracciones, entre las cuales no medie un período superior a doce meses”.

⁸⁶ Escrito del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol 2922-2015 de 30 de octubre de 2015, foja 29.

⁸⁷ *Ibíd.*, foja 1.

⁸⁸ *Ibíd.*, foja 9.

una consagración general dentro del ordenamiento jurídico”.⁸⁹ Aquel principio se denomina, también, máxima de razonabilidad o principio de prohibición de exceso y constituiría “uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho”.⁹⁰ El principio de proporcionalidad contiene tres subprincipios: idoneidad (o adecuación), necesidad (indispensabilidad o intervención mínima) y proporcionalidad en sentido estricto (o mandato de ponderación) [...].⁹¹

Enseguida, siguiendo a la doctrina administrativista nacional, el voto de mayoría indica que el principio de proporcionalidad sería aplicable “en materia punitiva”⁹² como límite al legislador en la tipificación de conductas y su sanción, así como en la determinación de la sanción que se impone,⁹³ importando que las sanciones sean proporcionales al ilícito y al riesgo o daño que la conducta puede producir,⁹⁴ con la finalidad de evitar “medidas innecesarias y excesivas”,⁹⁵ debiendo regir en este ámbito “criterios de graduación de las sanciones, basados en diversos baremos, incluso derivados de otros principios como la intencionalidad, la reiteración, los perjuicios causados, [o] la reincidencia”.⁹⁶ Este principio, además, exigiría motivar debidamente la decisión administrativa sancionatoria, lo cual incluye justificar el *quantum* de la sanción.⁹⁷

⁸⁹ Tribunal Constitucional, Rol 2922-2015, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2016, considerando 19°.

⁹⁰ *Ibíd.*, considerando 22°.

⁹¹ *Ibíd.*, considerando 22°.

⁹² *Ibíd.*, considerando 24°.

⁹³ *Ibíd.*, considerando 24°, siguiendo a Cordero, Eduardo, *Derecho administrativo sancionador. Bases y principios en el Derecho chileno* (Legal Publishing Chile), 2014, pp. 259-260.

⁹⁴ Tribunal Constitucional, Rol 2922-2015, *ob. cit.*, considerando 24°, siguiendo a Cárcamo, Alejandro, “La obligatoria observancia del principio de proporcionalidad de la sanción en el derecho administrativo sancionador: fundamentos, alcances y aplicaciones”, en Alarcón, Pablo y Arancibia, Jaime (eds.), *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho administrativo Asociación de Derecho administrativo*, (Legal Publishing Chile), 2014, p. 156.

⁹⁵ *Ibíd.*, considerando 24°.

⁹⁶ *Ibíd.*, considerando 24°, siguiendo a Arancibia, Tamara, “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones administrativas”, en Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 58 (Tribunal Constitucional), 2015, p. 41, aunque en realidad la cita es a Vergara, Alejandro; “Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador”, en *Revista de Derecho*, Vol. 11, N° 2, (Universidad Católica del Norte), 2004, p. 144.

⁹⁷ *Ibíd.*, considerando 29°, siguiendo a Huepe, Fabián, “El problema de la discrecionalidad en la potestad sancionadora de la administración, su control a través del principio de razonabilidad”, en Alarcón, Pablo y Arancibia, Jaime (eds.), *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho administrativo Asociación de Derecho administrativo*, *ob. cit.*, pp. 184 y 186.

El TC sostiene que el mandato de proporcionalidad exige “una relación fundada, estable y predecible”⁹⁸ entre los deberes y las consecuencias de su infracción, produciendo un vínculo racional entre ambos, de acuerdo con los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico. La proporcionalidad exigiría una fijeza regulatoria que asegure al sujeto imperado la capacidad de “prever en el futuro las consecuencias derivadas del incumplimiento de sus deberes”.⁹⁹ Debe, por tanto, haber predictibilidad entre el incumplimiento y la sanción, en un esquema graduado. De ahí que “un régimen punitivo no es proporcional cuando no ofrece información jerarquizada o priorizada acerca de las consecuencias o efectos de los comportamientos que constituyen una infracción”.¹⁰⁰

Afirma el TC que la proporcionalidad de la pena sería una manifestación de la igual protección en el ejercicio de los derechos,¹⁰¹ y sostiene que el derecho a un justo y racional procedimiento importa cuestiones también sustantivas, entre las cuales se encuentra la proporcionalidad de las medidas adoptadas.¹⁰²

Con este marco teórico, el TC plantea que “el nudo del dilema está en la aplicación del inciso primero del artículo 29 del DL 3538, de 1980, y sus efectos contrarios a la Carta Fundamental, específicamente a la igualdad ante la ley y al debido proceso”.¹⁰³ Lo anterior, a la luz de los elementos del principio de proporcionalidad, trae como consecuencia el siguiente resultado:

“La disposición, en su aplicación concreta, puede perseguir, en principio, una finalidad constitucionalmente lícita, en cuanto pretende evitar la comisión de infracciones a la normativa de orden público económico-financiero y del mercado de valores, siendo conveniente que la autoridad administrativa fiscalizadora sectorial la Superintendencia de Valores y Seguros aplique sanciones paradigmáticas.

⁹⁸ *Ibíd.*, considerando 32°. Ya había hecho referencia el TC en el fallo, asimismo, a la idea de predeterminación normativa que debe regir al tipificar las infracciones y en la correlación entre ilícitos y sanciones, para así predecir, “con la suficiente certeza, el tipo y grado de la sanción determinada aplicable eventualmente” (considerando 25°) Este principio se integra con el elemento de “correspondencia entre la conducta ilícita tipificada y la sanción”. Tal correspondencia puede dejar márgenes más o menos flexibles a la discrecionalidad judicial, [aunque] le está vedado al legislador so riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad en el sentido de delimitación de la potestad sancionadora prescindir de todo criterio para la graduación o determinación del marco de la sanción a aplicar, sea en términos absolutos o de manera excesivamente amplia.” (considerando 27°).

⁹⁹ *Ibíd.*, considerando 32°.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, considerando 32°.

¹⁰¹ *Ibíd.*, considerando 35°.

¹⁰² *Ibíd.*, considerando 36°.

¹⁰³ *Ibíd.*, considerando 39°.

En la medida que se trate de una sanción, estrictamente necesaria, existiendo otras alternativas de intervención menos restrictivas de derechos fundamentales, debe siempre considerarse como una vía a utilizar la aplicación de multas disuasivas; sin embargo, ellas siempre deben tener en cuenta los presupuestos previstos, específicamente, al efecto. En este caso, la disposición del artículo 29 está estructurada para el evento de que se trate de una sola operación, mientras que el artículo 28 alude a una multiplicidad de actos y, por lo mismo, autoriza quintuplicar el *quantum*. El eje del reproche infraccional se sustenta en un sistema o ‘esquema’, que se estructura sobre la base de innumerables compras y ventas de acciones.

Por último, en lo referente al carácter razonable o proporcional estricto de la medida, resulta a todas luces evidente que la norma cuestionada no fija parámetro alguno o baremo objetivo a considerar para singularizar el monto de la multa”.¹⁰⁴

Luego, el TC señala: “Que no resultan razonables ni existen criterios objetivos que determinen la forma en que corresponda aplicar la sanción prevista en el artículo 29 del DL 3538, puesto que la disposición se limita a facultar —discrecionalmente— a la autoridad administrativa a imponer sanción, de hasta un 30% del valor de la operación irregular”.¹⁰⁵

Asimismo, su conclusión indica:

“Que la disposición cuestionada no fija parámetro alguno de razonabilidad a la autoridad, lo que no se compadece con criterios mínimos de proporcionalidad, como los que han sido reiteradamente citados por esta Magistratura constitucional.

En efecto, de optarse por la imposición de la sanción prevista en el artículo 29, la norma no entrega parámetros o baremos objetivos a la autoridad administrativa para determinar ‘cómo y por qué’ se aplica el 1% o, en su grado máximo, el tope del 30% previsto en la normativa”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ *Ibíd.*, considerando 39°.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, considerando 43°.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, considerando 45°.

El voto de mayoría se encarga de afirmar que la REX N° 223 dictada por la svv “es escueta al momento de fundamentar su aplicación en el caso concreto”;¹⁰⁷ sin que pueda detectarse, a su juicio, “la razón concreta de por qué [sic] se opta por un determinado monto pecuniario, lo que se constata, además, del tenor literal de la disposición legal, que no ha fijado baremos precisos para arribar al “quantum” de la multa, la que en definitiva queda entregada al arbitrio de la autoridad administrativa”.¹⁰⁸

Con esto en cuenta, el TC razona:

“Que efectivamente no existe ningún parámetro de ‘objetividad’ para la aplicación del artículo 29 del DL 3538. Si bien se alude en términos genéricos al principio de proporcionalidad, en los hechos su aplicación al caso concreto produce efectos contrarios a la Carta Fundamental y, específicamente, a dicho principio, concreción de la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria (artículo 19, N° 2°) y el derecho a un justo y racional y debido proceso administrativo (artículo 19, N° 3°); desde que se hace una mera remisión, también general y no motivada, a lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del DL 3538, este último —como se ha explicado— relativo al evento de que exista una multiplicidad de hechos infraccionales, con un tope de UF 75.000 (5 veces la sanción de UF 15.000).

Así las cosas, la aplicación del inciso primero del artículo 29 del Decreto Ley N° 3538, de 1980, al caso concreto, produce efectos contrarios a la Constitución Política de la República, específicamente, al principio de proporcionalidad, desde que su materialización fáctica no se sustenta sobre la base de criterios de razonabilidad (objetivos y ponderados) que permitan determinar por qué se ha impuesto una determinada sanción, e incluso, por qué un porcentaje específico y no otro.

La disposición legal impugnada impone de esta manera una potestad discrecional arbitraria que no se compadece con las exigencias mínimas de un Estado de Derecho, que permitan fundamentar la decisión y, luego de una detallada subsunción de los hechos al derecho, señalar de manera lógica y precisa cuál es la razón del quantum de la sanción, cumpliendo así con los presupuestos de un debido proceso administrativo”.¹⁰⁹

¹⁰⁷ *Ibíd.*, considerando 46°.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, considerando 46°.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, considerando 49°.

Por todo lo anterior, el TC resuelve, en definitiva, acoger el requerimiento, declarando inaplicable “el artículo 29 del Decreto Ley N° 3538, del año 1980, sólo en lo referido al inciso primero del referido precepto”.¹¹⁰

6. Análisis crítico del fallo del TC

6.1. Aclaración previa sobre la regla constitucional que produce la sentencia y lo que no dice el fallo

Antes de iniciar la crítica al fallo, es necesario reconstruir la regla constitucional que ha producido la declaración de inaplicabilidad. Esto es relevante porque, como toda decisión judicial no sujeta a revisión, la del TC produce una regla definitiva. En este caso, además, la utilización del test de proporcionalidad habría de acarrear, idealmente, que la sentencia fije el alcance de los principios en juego, estableciendo qué es lo obligado, permitido o prohibido —desde el punto de vista constitucional— para el caso concreto. Pues bien, la posición jurídica definitiva que fija el TC en la inaplicabilidad del *Caso Cascada* es la siguiente:

Es inconstitucional, por vulnerar el principio de proporcionalidad, contrariando la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria, así como el derecho a un justo y racional y debido proceso administrativo, el artículo 29 del DL N° 3.538 que, habiendo sido ya aplicado por la Administración del Estado antes de la gestión pendiente, permitió que esta fijara una sanción administrativa sin motivar suficientemente —a juicio del TC— el acto administrativo, lo que venía posibilitado por el mismo precepto legal declarado inaplicable, que no establece la obligatoriedad de fundamentar la sanción administrativa conforme a un parámetro de objetividad para su graduación.

De inmediato, es preciso aclarar que esto es algo distinto de que sea inconstitucional el monto de la multa que la Administración puede imponer, aun cuando ese sea el efecto que se ha perseguido con el requerimiento de inaplicabilidad. La sentencia del TC no declara la inconstitucionalidad del artículo 29 del DL N° 3.538 porque el porcentaje que establece (hasta un 30% de la operación irregular) sea excesivo, sino porque esa misma disposición

¹¹⁰ *Ibíd.*, parte resolutive.

no estatuye una fundamentación objetiva para determinar la aplicación de ese monto.

Enseguida, la inconstitucionalidad que el TC detecta en el caso específico tampoco importa que el denominado “parámetro de objetividad” responda, exclusivamente, a un sofisticado esquema de graduación de las sanciones en que se clasifique cada una de las infracciones según su gravedad y se contemple un exhaustivo listado de circunstancias para la determinación de la sanción, ni que éstas deban ser siempre las mismas. El TC no dota de contenido dicho parámetro (aunque, para ser preciso, no podría porque tampoco es parte de su función constitucional de legislador negativo ordenar cómo debe diseñarse la ley). Además, la mención que el TC hace de los esquemas de determinación de sanciones en los sectores eléctricos y ambiental, sólo se efectúa a modo ilustrativo¹¹¹ y, citando su propia jurisprudencia (Rol N° 2254), anota que el órgano de control constitucional sólo “ha valorado”¹¹² —lo que es distinto de “ha ordenado”— la clasificación de las infracciones en leves, graves y leves, así como el establecimiento de ciertos factores para la determinación de la sanción. Siguiendo un caso anterior (Rol N° 2648), el mismo TC indica que lo “que le está vedado al legislador —so riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad en el sentido de delimitación de la potestad sancionadora— [es] *prescindir de todo criterio para la graduación o determinación del marco de la sanción a aplicar*”;¹¹³ debe pues, haber *algún criterio* para graduar sin que sea exigible, en cambio, un sistema.

La sentencia no afirma que todos los estatutos que no establecen un parámetro objetivo puedan ser declarados inaplicables por inconstitucionales. Por cierto, primeramente porque la inaplicabilidad no tiene efecto erga omnes, pero, además, porque el problema en la especie es —según el TC— que la svv no habría fundado en estos términos su sanción, lo que vendría posibilitado por la ley. Más allá de lo equivocado de esta perspectiva para resolver un requerimiento de inaplicabilidad, cuestión que se analizará luego, lo cierto es que esa inconstitucionalidad se subsanaría si, a pesar de ese supuesto vacío regulatorio, el órgano derechamente resolviera empleando cualquier parámetro de objetividad, ya sea en la fundamentación del acto administrativo sancionatorio, o bien mediante la fijación previa de uno o varios criterios para determinar específicamente el monto de la sanción. Cuál sea la manera

¹¹¹ *Ibíd.*, considerando 28°.

¹¹² *Ibíd.*, considerando 20°.

¹¹³ *Ibíd.*, considerando 27°.

de resolver la aplicación del parámetro de objetividad depende del órgano respectivo, considerando que se trata de un caso claro de discrecionalidad.¹¹⁴

Adicionalmente, la formulación de la regla deja ver una grave incoherencia interna del fallo: por un lado, se evalúa la fundamentación del acto administrativo que impuso la multa, actuando al modo de un tribunal que revisa la legalidad de la REX N° 223 de la svv, a la vez que omite toda referencia a las características de la gestión judicial pendiente, esto es, decidiendo abstractamente, *en razón de no indicar de qué modo el asunto concierne al juez de la reclamación de la multa*. Es una decisión verdaderamente contradictoria e inapropiada desde la perspectiva del tipo de control que realiza, pues, es tan concreta que parece un contencioso en contra de la multa y tan abstracta que razona como si resolviera una acción de inconstitucionalidad. En ambos casos, está fuera de lo que la Constitución encarga al TC en sede de inaplicabilidad.

6.2. La renuncia a la teoría de los matices y a la obligatoriedad de los principios del *ius puniendi*

En el *Caso Cascada*, el TC ha puesto bajo sospecha los regímenes sancionatorios que la legislación encomienda aplicar a la Administración del Estado, con arreglo a una equiparación entre el Derecho penal y el administrativo que, en más de 20 años de jurisprudencia de ese mismo tribunal, ha operado en un sentido distinto, a saber, estableciendo una doctrina de flexibilización o matización de las exigencias penales cuando se trasladan al Derecho administrativo sancionador. Esa relativización de los principios penales en su aplicación al ámbito sancionatorio administrativo comienza en el momento mismo en que se importa la teoría española del *ius puniendi* originario del cual derivan ambos ordenamientos sancionatorios. Es lo que la sentencia sobre la Ley de Caza de 1996 del mismo TC dispuso, al sostener que “los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, *por regla general*, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”.¹¹⁵

¹¹⁴ Por ejemplo, la Superintendencia del Medio Ambiente, a través de la resolución exenta N° 1.002 que aprueba las Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, de 29 de octubre de 2015, publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de noviembre de 2015. Sobre las dificultades de esta clase de instrumentos, reconociendo en todo caso que la manera en que el legislador regula el asunto es una hipótesis de discrecionalidad administrativa, véase Soto Delgado, Pablo, “Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental”, *ob. cit.*, pp. 374 y ss.

¹¹⁵ Tribunal Constitucional, Rol 244, *ob. cit.*, considerando 9°, confirmado después en Tribunal Constitucional Rol 480, *ob. cit.*, considerando 5°, y también en Tribunal Constitucional, Rol 479, *ob. cit.*, considerando 8°.

De acuerdo con lo explicado más arriba, el desarrollo posterior de la jurisprudencia constitucional y judicial ha producido una diferenciación funcional entre sanciones administrativas y penas criminales, fundada en el tipo de bienes que se afectan con ambas clases de medidas: allá se ponen en riesgo cuestiones básicamente pecuniarias, acá cuestiones vitales, lo que deja al administrado infractor en mejor posición relativa respecto a quien comete un ilícito criminal. Lo anterior redundante en una graduación de las garantías, que son mayores en el Derecho penal y menores —flexibilizadas o matizadas— en el Derecho administrativo sancionador. Formalmente, además, la sanción administrativa es un acto administrativo y la pena criminal se aplica sólo por un juez con arreglo a una regulación específicamente penal.

Las anteriores consideraciones fueron gruesamente evadidas por el fallo del TC que, omitiendo toda distinción, *sin matices* —es decir, contra su propia teoría—, se refirió a las sanciones administrativas y a las penales como equivalentes, pretendiendo que se asegure al infractor un altísimo nivel de conocimiento previo respecto a la determinación de los montos de las multas, esto es, un máximo estándar de garantía, cuando este mandato —si acaso debe regir en estos términos— ha de exigirse en el Derecho penal, que opera como punto de referencia donde se encuentra el tope de la protección de los derechos de quienes cometen ilícitos. No hubo aquí matices, es decir, el TC resolvió socavando la racionalidad de la diferenciación entre sanciones administrativas y penas, contrariando su jurisprudencia.¹¹⁶

Pero el TC va todavía más lejos, puesto que los requisitos que impone en materia sancionatoria administrativa exceden con creces lo que, conforme a sus pronunciamientos, ha exigido para el ámbito penal. Así lo reclama el voto de minoría en este caso, recordando que el TC:

“ha estimado proporcionada la sanción del art. 450 CP, que en delitos contra la propiedad equipara las penas del delito consumado a los delitos en grado de tentativa y frustrado (STC 825), la agravación de penas según el resultado de la conducta (STC 1584), y al contrario, ha estimado

¹¹⁶ Con todo, debe señalarse que la falta de distinción entre actividad sancionatoria administrativa, actividad sancionatoria no penal llevada a cabo por un tribunal, y aplicación de penas por parte de un juez penal, es anterior en la jurisprudencia del TC. Así, pueden verse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 2648, del 3 de septiembre de 2015, que dio tratamiento penal a la multa del artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, aplicada por el Juez de Policía Local. Lo mismo en: Tribunal Constitucional Rol 2666, del 27 de enero de 2015, donde considera penal una regla de transición en el régimen de aplicación de sanciones administrativas en materia medio ambiental (inciso 1° del artículo único de la Ley N° 20.473).

desproporcionada la disposición que permite al juez de familia imponer sanciones de distinta naturaleza (amonestación, multa, etc.), sin criterios de gradualidad “entregando total libertad al juez de familia para aplicar unas u otras o más de una” (STC 2743, c. 30°).¹¹⁷

De ahí que:

“si aplicamos los criterios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, con matices, no resulta razonable tener una jurisprudencia indulgente con la decisión que adopta el legislador respecto de los máximos bienes jurídicos de que dispone el *ius puniendi* estatal. Y, por el contrario, ser severos con el mismo ejercicio del legislador en materia sancionatoria si lo único que está en juego son bienes jurídicos de menor entidad”.¹¹⁸

En rigor, el TC ha subvertido la relación entre sanción administrativa y penal, poniendo a las primeras como medidas que exigen el máximo parámetro de garantías, dejando, entonces, al Derecho penal en un área que requiere menor protección constitucional. Esto sólo viene a confirmar la quiebra de su propia doctrina, y de una manera injustificable. ¿Cómo es posible tomarse en serio que el Derecho penal debe ser menos garantista que el Derecho administrativo sancionador?

Junto a lo anterior, el TC también renuncia a la obligatoriedad de los principios del *ius puniendi* como estructura constitucional que complementa la potestad sancionatoria de la Administración. En efecto, la aplicación de los principios del *ius puniendi* penal al administrativo sancionador vendría exigida, bajo la concepción del TC, a pesar de que la ley nada diga, por exigirlo el Derecho constitucional. Se trata de principios que vienen a establecer un estatuto de garantías complementario a la regulación legislativa, vigentes, pues, como Derecho positivo en Chile. De ahí que cualquier vacío regulatorio en la materia no podría tornar inconstitucional la respectiva disposición, sino que debe simplemente colmarse la laguna con tales principios. Esa es, precisamente, la tarea interpretativa que recae sobre el juez de la gestión pendiente.

La obligatoriedad de los principios es contradicha por la declaración misma de inconstitucionalidad que efectúa la sentencia del *Caso Cascada*, porque si —según lo asevera el TC— el artículo 29 del DL N° 3.538 nada indica en

¹¹⁷ Tribunal Constitucional, Rol 2922, ob. cit., considerando 55° del voto de minoría.

¹¹⁸ *Ibíd.*, considerando 56° del voto de minoría.

torno al principio de proporcionalidad, la única interpretación coherente con la obligatoriedad constitucional que postula su teoría de los principios del *ius puniendi* es rechazar el requerimiento porque dicho principio a todo evento rige el asunto, al ser Derecho constitucional. Siendo imperativo por mandato constitucional, el principio de proporcionalidad debe regir en la aplicación de la sanción a pesar de que no se encuentre escrito en la misma disposición que establece el aumento de la multa y es controlable según la doctrina por el juez que revisa el acto administrativo sancionatorio. Sin embargo, el TC constató un supuesto vacío regulatorio y eso bastó para afirmar la inconstitucionalidad, para el caso concreto, del artículo 29 del DL N° 3.538. Es decir, los principios del *ius puniendi* —el de proporcionalidad entre ellos— no son obligatorios si no están expresamente estatuidos en la misma disposición que ordena la sanción. Si la ley nada dice, aquellos no son vinculantes para la Administración ni el juez, y por eso ha de declararse la inconstitucionalidad en sede de inaplicabilidad, lo que hizo el TC.

6.3. El TC actúa como un mero contencioso de multas y el caso es un problema de legalidad y no de constitucionalidad

Al articularse la regla que produce la sentencia, puede constatarse un delicadísimo defecto en el razonamiento del TC, referido al tratamiento que otorga al caso concreto para construir la inconstitucionalidad y ordenar luego la inaplicación del artículo 29 del DL N° 3.538. Según el fallo redactado por el Ministro Pozo, todo gira en torno a la aplicación de dicha disposición por parte de la svS al dictar la REX N° 223. El TC escudriña, retroactivamente, la aplicación del precepto legal que ha efectuado el regulador de valores y seguros y la evalúa conforme a un estándar de fundamentación del acto administrativo: la ausencia de razones o parámetros objetivos para aumentar hasta en un 30% de la operación irregular el máximo de la multa. El fallo controla directamente —de forma muy profusa por lo demás— la actuación de la svS en los siguientes términos:

- i) Cuando considera impertinente, en la fundamentación de la sanción, el manual de fiscalización a empresas de menor tamaño dictado por la svS y acompañado en autos como medida para mejor resolver decretada por el TC, porque —en su opinión— rige sólo para personas jurídicas y no naturales, como el requirente, siendo, además, posterior al acto administrativo sancionatorio.¹¹⁹

¹¹⁹ *Ibíd.*, considerandos 41° y 43°.

- ii) Al sostener que la resolución sancionatoria de la svcs, “invocando en los ‘vistos’ el artículo 29 cuestionado, es escueta al momento de fundamentar su aplicación *en el caso concreto*”,¹²⁰ revisando directamente cada uno de los considerandos en los que la Administración motiva la sanción (números 1621, 1622 y 1623 de la REX N° 223) respecto a los cuales concluye el TC que: “De lo anteriormente expuesto, no se observa la razón concreta de por qué se opta por un determinado monto pecuniario”.¹²¹
- iii) Razonando que en la resolución sancionatoria de la svcs “[s]i bien se alude en términos genéricos al principio de proporcionalidad, en los hechos su aplicación al caso concreto produce efectos contrarios a la Carta Fundamental [...] desde que se hace una mera remisión, también general y no motivada, a lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del DL 3538 [...]. Así las cosas, la aplicación del inciso primero del artículo 29 del Decreto Ley N° 3538, de 1980, *al caso concreto*, produce efectos contrarios a la Constitución Política de la República, específicamente, al principio de proporcionalidad, desde que su materialización fáctica no se sustenta sobre la base de criterios de razonabilidad (objetivos y ponderados) que permitan determinar por qué se ha impuesto una determinada sanción, e incluso, por qué un porcentaje específico y no otro”.¹²²

Conforme se aprecia en los puntos ii) y iii) precedentes, el caso concreto de referencia para declarar la inaplicabilidad es, a juicio del TC, la sanción aplicada por la svcs, instancia en la que dicho órgano habría empleado una motivación insuficiente en la aplicación del artículo 29 del DL N° 3.538. Es decir, fija el acto administrativo como objeto del control. Ya se sabe, sin embargo, que ninguna de las competencias que atribuye el constituyente al TC lo dota de esta clase de facultades.

Todos los razonamientos del TC, respecto al acto administrativo, son irrelevantes para declarar una inaplicabilidad que se debe ocupar del efecto en la gestión judicial pendiente del precepto impugnado y no de cómo la Administración actuó antes de dicha gestión. Las opiniones que efectúa el juez constitucional son, verdaderamente, propias del juez del fondo, que en la reclamación de la multa tiene competencia para evaluar, en sede de legalidad, las cuestiones de forma y fondo del acto administrativo sancionatorio, entre ellas la motivación que, conforme al artículo 11 inciso 2° de la LBPA, se encuentra prescrita para la

¹²⁰ *Ibíd.*, considerando 46°.

¹²¹ *Ibíd.*, considerando 46°.

¹²² *Ibíd.*, considerando 49°.

Administración del Estado, especialmente tratándose de actos desfavorables, dentro de los cuales pueden considerarse las sanciones administrativas. De acuerdo a ese precepto: “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”.¹²³ El control de fundamentación del acto administrativo —de la manera en que lo ha efectuado el TC— no es más que la evaluación de la legalidad del mismo que, cuando la verifica el juez del contencioso, puede recaer sobre el principio de proporcionalidad.

Además de lo anterior, el TC también interpreta la ley para sostener que la sv, aplicando el artículo 29 del DL N° 3.538 —esto es, aumentando hasta en un 30% las multas— no puede también dar aplicación el artículo 28. Esta última disposición establece en UF 15.000 el tope de la multa desde el cual se producirá el aumento discrecional por la sv, *además de fijar inequívocamente* orientaciones específicas para la determinación de la sanción. El artículo 28 dispone que:

“se determinará apreciando fundadamente la gravedad y las consecuencias del hecho, la capacidad económica del infractor y si éste hubiere cometido otras infracciones de cualquier naturaleza en los últimos 24 meses. Esta circunstancia no se tomará en consideración en aquellos casos en que la reiteración haya determinado por sí sola el aumento de la multa básica”.

Según el TC, “la disposición del artículo 29 está estructurada para el evento de que se trate de una sola operación, mientras que el artículo 28 alude a una multiplicidad de actos y, por lo mismo, autoriza quintuplicar el *quantum*”.¹²⁴ En virtud de ello, sostiene que el artículo 28 “no [es] aplicable en este caso”.¹²⁵ Además de lo inapropiado de la conclusión —pues la inaplicabilidad que se le solicitó recaía sobre el artículo 29 y no el 28, ambos del DL N° 3.538—, el razonamiento del TC no es nada más que un control de subsunción entre la ley y los hechos, cuya decisión acabó plasmada en la resolución sancionatoria de la sv, o sea, un mero control de legalidad del acto administrativo.

¹²³ Lo mismo con el artículo 41 inciso 4° de la LBPA, que establece, respecto a la decisión de conclusión del procedimiento administrativo, que: “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”.

¹²⁴ *Ibíd.*, considerando 39°, y también en el considerando 49°.

¹²⁵ *Ibíd.*, considerando 46°.

Debe llamarse la atención, sin embargo, en que no hay razones para sostener —seriamente— que los “parámetros objetivos” —en el lenguaje del TC— del artículo 28 sean inaplicables para el aumento de la multa en hasta un 30% del artículo 29, máxime cuando este último, en su inciso final, hace una referencia directa al artículo 28, completándolo en lo referente a la reiteración: “Para los efectos de los artículos precitados se entenderá que hay reiteración cuando se cometan dos o más infracciones, entre las cuales no medie un período superior a doce meses”. Esta última disposición —artículo 29— presupone la vigencia de las reglas de determinación del artículo 28.¹²⁶ La única razón para considerar improcedente esta norma se encuentra en que ella era un obstáculo para acoger la inaplicabilidad.

En virtud de lo señalado, el TC —órgano que, de acuerdo a la Constitución, se ocupa de enjuiciar la constitucionalidad de la ley para el caso concreto en sede de inaplicabilidad— actuó en la especie como si resolviera un proceso contra el acto que impuso la sanción pecuniaria, esto es, se situó en la posición de un tribunal contencioso revisor de multas. Todos estos juicios que el TC emitió, evaluaron lo sucedido antes de la reclamación judicial, en circunstancias de que el artículo 89 de su Ley Orgánica Constitucional exige que la sentencia que acoge la inaplicabilidad “deberá especificar de qué modo su aplicación *en la gestión pendiente* de que se trata resulta contraria a la Constitución”. Esa gestión pendiente, ya se sabe, es el reclamo ante el 16° Juzgado Civil de Santiago y no, en cambio, la REX N° 223 que puso término al procedimiento administrativo sancionatorio en la svS. La pregunta que debía responder el TC era si para el reclamo en sede judicial resultaba inaplicable el artículo 29, lo cual es diferente de afirmar que la resolución sancionatoria de la svS no debió sancionar de la manera en que lo hizo.

Estos graves defectos en los razonamientos del TC permiten concluir que el caso no comportaba un problema de constitucionalidad, sino de simple legalidad, cuya solución, por parte del juez de la reclamación de la multa, exige determinar si las razones empleadas por la svS al aplicar la sanción aumentada se encuentran o no contenidas en el acto terminal.¹²⁷

¹²⁶ Con otra argumentación, véase, en el mismo sentido, *Ibíd.*, considerandos 24° y ss. del voto de minoría.

¹²⁷ Según lo indica Pierry: “Cuando la ley, entendida en su sentido material, ha establecido que un determinado acto no puede ser dictado sino en virtud de determinados motivos y ocurre que esos motivos no se encuentran presentes, el acto será ilegal por esta causal”. Pierry, Pedro, “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 8, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 1984, p. 173.

Si, como se ha dicho en este trabajo, sancionar administrativamente es una actividad que se concreta mediante actos administrativos, rigen para esta las normas generales de procedimiento y las especiales contenidas usualmente en la ley del órgano. Entre esas reglas se hallan las que exigen motivar el acto administrativo, ordenadas directamente por la LBPA, y la regulación para la determinación de las sanciones del contenida en el artículo 28 del DL N° 3.538. Ni las reglas generales ni las especiales necesitan encontrarse en el mismo precepto que establece la sanción (el artículo 29 del DL N° 3.538 en este caso) porque, a pesar de ello, la obligatoriedad de dejar constancia de ellas en el acto administrativo es derecho supletorio vigente para cualquier procedimiento administrativo en el país, conforme al artículo 1° de la referida LBPA. Es la ley aquella que soluciona el problema, pero el TC obvió estas normas para así crear la ilusión de que en la especie no existía ningún parámetro objetivo para que la svS resolviera y así declarar la inconstitucionalidad en el caso concreto. En rigor, junto con declarar inaplicable el artículo 29, el TC declaró inaplicable —sin decirlo expresamente— las otras reglas generales y especiales que fundaron la dictación de la REX N° 223 de la svS.

6.4. Problemas con el principio de proporcionalidad (I):

la confusión entre los distintos usos de la proporcionalidad

La sentencia del *Caso Cascada* intercambia sin solución de continuidad los sentidos del principio de proporcionalidad que se han revisado en este texto. Según se analizó, las diferencias conceptuales y de aplicación entre los diversos usos de la proporcionalidad exigen distinciones más finas que ya ha efectuado la doctrina. Los saltos argumentales respecto a este punto son desconcertantes. En efecto, un examen del fallo en su sección IV, que se titula precisamente “El principio de proporcionalidad”, da cuenta de que el TC de manera *consecutiva* en su argumentación caracteriza dicho principio como:

- i) relación de equilibrio entre castigo y conducta (considerando 19°, primer párrafo);
- ii) prohibición de exceso cuando se intervienen los derechos fundamentales: exigencia de fin legítimo, adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (considerando 19°, segundo párrafo),¹²⁸
- iii) relación entre la acción infractora y las penas correlativas, (considerando 21°);

¹²⁸ El TC no lo dice de esta manera, pero sigue a Arnold, Rainer, Martínez, José Ignacio y Zúñiga, Francisco, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 10, N°1, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2012, quienes sí lo entienden de este modo, especialmente, en p. 71.

- iv) estructura de control constitucional de la intervención en derechos fundamentales: incorpora la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, referida a la colisión entre derechos (considerandos 22° y 23°);
- v) al parecer una relación entre la gravedad de la infracción y la de la sanción, al mismo tiempo que como principio general del Derecho administrativo (considerando 24°, primer párrafo);
- vi) parámetro de control constitucional de la intervención en derechos fundamentales que incluye: adecuación, necesidad y ponderación propiamente tal (considerando 24°, segundo párrafo);
- vii) relación de razonabilidad y adecuación entre ilícito y sanción (considerando 24°, tercer párrafo);
- viii) correspondencia entre infracción y sanción (considerando 24°, párrafo 4°);
- ix) correspondencia entre gravedad de infracción y sanción, poniendo de ejemplo los regímenes eléctricos y ambiental (considerando 28°);
- x) examen de constitucionalidad compuesto por razones de idoneidad, medios alternativos y proporcionalidad en sentido estricto (considerando 29°, párrafo 6°)
- xi) relación entre infracciones y sanciones (considerando 29°, párrafo 7°).
- xii) relación fundada, estable y predecible entre infracción y sanción (considerando 35°).

En suma, los números ii), iv), vi), y x), entienden el principio de proporcionalidad como una estructura de control de constitucionalidad de las medidas de intervención en derechos (las sanciones administrativas en este caso), mientras que los números i), iii), v), viii), ix) y xi), lo consideran como uno de los límites clásicos al *ius puniendi* que se han transferido desde el Derecho penal. Asimismo, en el número v) y al parecer el vii) se le considera un principio general del Derecho administrativo. El punto xii) parece sólo ser una consecuencia, aunque se estudiarán más adelante los estándares que establece.

En tanto resulta posible detectar varios usos para el principio de proporcionalidad —que conviene distinguir porque operan en supuestos diversos—, un órgano de control de constitucionalidad puede querer decir distintas cosas cuando resuelve que una sanción no lo satisface. En efecto, afirmar que una sanción no respeta el principio de proporcionalidad como test —es decir, que es inconstitucional por esta razón— puede significar, respecto al legislador, las siguientes posibilidades: (a) que no existe un fin legítimo que resguardar o que

la sanción no se adecua a ese fin (idoneidad); (b) que, existiendo otras medidas igualmente idóneas, pero más benignas para satisfacer el fin, el legislador no optó por la más benigna; y (c) que la sanción es un costo para el infractor y para la sociedad que no compensa sus beneficios. Este razonamiento, *mutatis mutandis*, puede hacerse respecto a la Administración cuando aplica sanciones administrativas. En cambio, señalar que una sanción no satisface el principio de proporcionalidad como principio limitador del *ius puniendi* —y que, por lo tanto, es inconstitucional—, significa que, habiéndose evaluado la gravedad del ilícito, ella no corresponde con la gravedad de la sanción.

Las anteriores son operaciones argumentativas distintas que, a su vez, generarían declaraciones de inconstitucionalidad con características diversas, y respecto a las cuales el TC no se detiene. Que el TC efectuara distinciones era —con mayor razón— exigible, porque no hay claridad sobre la relación entre el principio de proporcionalidad como test compuesto de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y la idea clásica de principio limitador del *ius puniendi*. Si bien, de buena fe, podría pensarse que el TC verdaderamente tiene una opinión al respecto, o que ha solucionado técnicamente el punto —cuestión que sería digna de estudiar dada su importancia—, lo cierto es que la sentencia no entrega ninguna explicación para ello.

Pero el TC no hace nada de esto, porque termina acogiendo por una razón distinta el requerimiento de inaplicabilidad: por un vicio de falta de motivación del acto administrativo sancionatorio. Esa motivación sería, a juicio del fallo, una exigencia del principio de proporcionalidad¹²⁹, afirmando que:

“el operador jurídico tiene que justificar, con razones atendibles, cuáles son los elementos que concurren a integrar la determinación final. Esto quiere decir que el arbitrio de la administración debe ser despejado sensatamente, atendiendo a las circunstancias que la misma ley contempla en cada sector sancionatorio.’ [...] La motivación, por lo demás, ‘facilita el control judicial de las decisiones discrecionales, pues contribuye a develar si el uso por parte del órgano administrativo de su libertad de apreciación ha resultado correcto o incorrecto.’ [...] Por lo mismo, ‘no solo debe motivarse la decisión misma de sancionar, sino que también debe

¹²⁹ Tribunal Constitucional, Rol 2922, ob. cit., considerando 29°.

motivarse la justificación del quantum, monto o entidad de la sanción, esto es, ‘expresar las razones que llevaron a la administración a aplicar determinado monto, cuantía o quantum de multa, o entidad de la sanción administrativa en general’.¹³⁰

Por cierto, el TC no explica en cuál de sus usos ni por qué esta exigencia de motivación del acto administrativo forma parte del principio de proporcionalidad. El problema está en que esa es la principal razón para acoger el requerimiento. Lo que echa en falta el TC en la resolución sancionatoria de la svS es una supuesta ausencia de fundamentación del acto administrativo que debió descansar en algún parámetro objetivo, omisión que vendría posibilitada por la ley.¹³¹ Respecto a esta idea, debe indicarse que la motivación no es consecuencia del principio de proporcionalidad (de hecho, es más probable al revés: que la proporcionalidad sea una de las tantas formas de motivación). La motivación es considerada un requisito clásico de legitimidad del acto administrativo,¹³² o bien un elemento formal cuya función es asegurar la publicidad de las razones jurídicas y de hecho para dictarlo¹³³, operando a modo de garantía para el administrado, pues puede con ello impugnar el acto. Legalmente, en el Derecho administrativo chileno, se encuentra establecida con claridad en el artículo 11 inciso 2º de la LBPA, siendo una exigencia especial tratándose de actos desfavorables —como lo son las sanciones administrativas.

En síntesis, el TC desarrolla toda su argumentación para acoger basándose en el principio de proporcionalidad, para luego plantear que el problema es de fundamentación del acto administrativo, requisito que, forzosamente, tiene que hacer calzar en el principio de proporcionalidad.

6.5. Problemas con el principio de proporcionalidad (II): defectos en el triple test y la prohibición de defecto en la actividad administrativa

Asimismo, el TC no efectúa un razonamiento técnico respecto al principio de proporcionalidad, entendido como esquema de argumentación para contener la subjetividad del juez constitucional cuando se evalúa la intervención en los derechos fundamentales. Para ello, ya se sabe, debió profundizar en los

¹³⁰ *Ibíd.*, considerando 29º.

¹³¹ *Ibíd.*, considerando 49º.

¹³² Silva, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado: actos, contratos y bienes*, (Editorial Jurídica), 1995, pp. 113 y ss.

¹³³ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo. Tomo I*, ob. cit., p. 590.

subprincipios de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Desafortunadamente, ese análisis para el caso concreto es pobre, tanto que el voto de minoría incluso reprocha “que en la sentencia simplemente se identifique el triple test sin desarrollar como se produce para este caso”.¹³⁴ A pesar de esto, y bajo una mirada benevolente con el fallo, el ejercicio parece ser efectuado en el considerando 39º, lo que se muestra en la siguiente tabla.

Subprincipio	Considerando 39º de la sentencia
Idoneidad o adecuación	El artículo 29 del DL 3.538, en su aplicación concreta, puede perseguir, en principio, una finalidad constitucionalmente lícita porque pretende evitar la comisión de infracciones a la normativa de orden público económico-financiero y del mercado de valores, siendo conveniente que la svv aplique sanciones paradigmáticas.
Necesidad	“En la medida que se trate de una sanción, estrictamente necesaria, existiendo otras alternativas de intervención menos restrictivas de derechos fundamentales, debe siempre considerarse como una vía a utilizar la aplicación de multas disuasivas; sin embargo, ellas siempre deben tener en cuenta los presupuestos previstos, específicamente, al efecto. En este caso, la disposición del artículo 29 está estructurada para el evento de que se trate de una sola operación, mientras que el artículo 28 alude a una multiplicidad de actos y, por lo mismo, autoriza quintuplicar el <i>quantum</i> . El eje del reproche infraccional se sustenta en un sistema o ‘esquema’, que se estructura sobre la base de innumerables compras y ventas de acciones”.
Ponderación en sentido estricto	Es evidente que la norma cuestionada no fija parámetro o baremo objetivo para singularizar el monto de la multa.

El razonamiento es lamentable, especialmente luego de que el TC de forma profusa ha explicado con bibliografía en qué consiste el principio de proporcionalidad bajo este uso de control de constitucionalidad de decisiones que intervienen derechos fundamentales. En verdad nada se aclara aquí, pues se omite toda información jurídica y fáctica para construir la argumentación. Para el primer subprincipio no hay una verificación de la finalidad ni idoneidad de la sanción administrativa, tanto en general, como para el caso de la regulación de valores y seguros; tampoco existe una explicación documentada de todas las medidas igualmente idóneas para el segundo subprincipio, indicando si alguna de ellas es la más benigna; finalmente, tratándose de la ponderación en sentido estricto, se ha omitido toda consideración a los costos y beneficios —para los derechos del infractor y los intereses sociales— de la medida sancionatoria.

¹³⁴ Tribunal Constitucional, Rol 2922, ob. cit., considerando 49º del voto de minoría.

Si la idea del principio de proporcionalidad bajo este uso consiste en imponer una restricción al juez para que respete los pasos en su argumentación, restringiendo su subjetividad, cada una de esas etapas de la estructura argumentativa han de estar bien fundadas en los requisitos que imponen los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Son exigencias para el juez que, si no están presentes, convierten la decisión en arbitraria. Y, en tanto, se prescinde del análisis en el *Caso Cascada*, la consecuencia es que el triple test de proporcionalidad no ha podido fundar la sentencia; más bien, se le utiliza como una pantalla o eslogan que tiene buen crédito y pedigrí (Alexy, el *Bundesverfassungsgericht*, etcétera) para intentar validar el pronunciamiento. En definitiva, el TC incurre en el mismo vicio que critica a la svS: la falta de fundamentación de su decisión.

Tal como se indicó en este artículo, el test de proporcionalidad permite también identificar que una medida es defectuosa para cumplir los fines que persigue. En efecto, una sanción administrativa puede ser inidónea (segundo subprincipio del test de proporcionalidad) por defecto. Esto es especialmente relevante tratándose de las sanciones administrativas cuyo objetivo es incentivar el cumplimiento de la regulación. Esa función viene exigida por la propia Constitución que, en su artículo 6° inciso primero, dispone que todos los órganos del Estado “deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, lo cual significa que ellas deben ser eficaces.¹³⁵

En el caso bajo análisis, el artículo 29 del DL N° 3.538 es inidóneo por defecto, lo que debió constatar el TC. Esto se explica porque, considerando que esa disposición permite sancionar hasta el 30% de la operación irregular (dejando, por lo tanto, a salvo el 70% restante), está lejos de tener capacidad disuasoria sobre el infractor que, previo cálculo racional, puede decidir que es conveniente quedarse con las utilidades que le renta el incumplimiento y —metafóricamente— compartir una parte con el Fisco de Chile al pagar la multa. El artículo 29 del DL N° 3.538 posibilita una suerte de asociación público-privada, donde el Estado es un socio designado por la ley para hacer negocios, aunque económicamente muy eficiente. Conforme lo describe el voto de minoría para este caso, puesto en cifras, esto significa que la multa de UF 550.000 impuesta por la svS corresponde sólo a un 17,6% de la ganancia obtenida por la operación irregular.¹³⁶ Por lo tanto, la rentabilidad de este

¹³⁵ Soto Delgado, Pablo, “Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental”, ob. cit., p. 202.

¹³⁶ Tribunal Constitucional, Rol 2922, ob. cit., considerando 74° del voto de minoría.

negocio, posibilitado por el artículo 29, ha asegurado al infractor un 82,4% de utilidad. Peor aún: si la declaración de inaplicabilidad tuviera pleno efecto, la multa dejaría a salvo un 97,6% de la utilidad, ya que equivaldría a un 2,4% de la misma.¹³⁷ La sanción administrativa es, pues, una respuesta insuficiente, inidónea, para cumplir su finalidad. En rigor, la multa es desproporcionada por ser irrisoriamente ínfima. Justamente, para que esto no suceda, según se dijo, se aconseja en ordenamientos comparados que la multa le quite al infractor la ganancia obtenida.

Desafortunadamente, el TC parece tener una visión de túnel —un prejuicio— que lo hace desconfiar de la intervención estatal a través de las sanciones administrativas, sin entender su función ni que, al mismo tiempo que emplea el principio de proporcionalidad, necesariamente valida la posibilidad de que los bienes públicos resguardados por el Derecho administrativo sancionador puedan prevalecer sobre los derechos fundamentales, con el exceso como único límite, que se determina con el triple test del principio de proporcionalidad y sus restricciones. Es evidente que, si la intervención no sólo no es excesiva, sino deficiente, la declaración de inconstitucionalidad y la consiguiente inaplicabilidad del artículo 29 del DL N° 3.538 son manifiestamente incorrectas, y han debilitado todavía más una medida que ya desprotegía los intereses públicos. Cautelar dichos intereses es una función —constitucional— también del TC.

6.6. Excurso: el artículo 29 del DL 3.538 establece una relación fundada, estable y predecible entre el incumplimiento y la sanción

Según el TC, uno de los tantos significados que puede tener el principio de proporcionalidad se refiere a que las sanciones administrativas deben satisfacer un test adicional para conformarse con la Constitución, debiendo ellas mantener una relación con los deberes impuestos a los potenciales infractores que sea: (a) fundada (coherencia entre los medios y los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico), (b) estable (adopción de cierta fijeza regulatoria, que se obtiene a través del establecimiento del régimen sancionatorio mediante una ley), y (c) predecible (ofrece información priorizada acerca de las consecuencias que el incumplimiento de la regulación produce).¹³⁸

Sin que lo diga claramente, al parecer el TC intenta expresar que el elemento no satisfecho por el artículo 29 del DL N° 3.538 sería el de la predecibilidad de la sanción administrativa. No hay claridad porque, analizando el punto sólo

¹³⁷ *Ibíd.*, considerando 74° del voto de minoría.

¹³⁸ *Ibíd.*, considerando 32°.

indica: “El problema de constitucionalidad observado nace de la ausencia de parámetros en la ley que permitan fundar la decisión adoptada, al margen de lo que pudiese sostenerse acerca de la conveniencia de dicha sanción”.¹³⁹

A pesar de la ininteligibilidad del análisis del TC sobre el asunto, y si bien en el fallo de que se trata este aspecto no es el más relevante (no es la razón para acoger el requerimiento), el marco analítico que proporciona puede aplicarse para, justamente, confirmar que el aumento de hasta un 30% en el tope de las multas, contenido en el artículo 29 del DL N° 3.538, sí satisface dichos requisitos. En primer lugar, porque, según se ha visto en este texto, en abstracto, la sanción administrativa es un instrumento idóneo para incentivar el cumplimiento de la regulación, aunque, en este caso concreto, en razón de su bajo monto, la multa —incluso elevada hasta en un 30% sobre el tope del artículo 28 del DL N° 3.538— queda al debe con el Estado, siendo defectuosa, beneficiando en exceso al infractor. En segundo lugar, la sanción se encuentra fijada en un precepto con rango de ley (el DL N° 3.538), lo que asegura la fijeza regulatoria en los términos que el propio TC exige. Finalmente, en lo que se refiere al requisito de predecibilidad, como se explicó, cuando el artículo 29 del DL N° 3.538 no se lee aisladamente, sino considerando las reglas de determinación de la sanción del artículo 28 del mismo cuerpo legal, es posible afirmar que sí existe información acerca de la jerarquización de las consecuencias que acarrea el incumplimiento. No hay que ser un teórico del Derecho para entender que las disposiciones se complementan unas con otras.

Junto a lo anterior, la ley también ofrece información desde antes de que se cometa la infracción, sobre los distintos montos a los que se arriesga pagar el sujeto imperado por no observar los deberes regulatorios. En efecto, las sanciones van hasta UF 15.000 (sin indicar un mínimo, que hipotéticamente puede ser 1 UF), multiplicable hasta en 5 veces si hay reiteración (artículo 28), o hasta un 30% del valor de la operación irregular (artículo 29). Toda esta información jerarquizada no es sorpresiva —está en la ley—, debiendo, además, considerarse que el obligado es un regulado sofisticado que conoce las reglas dentro de las cuales se desenvuelve ordinariamente su actividad económica.

6.7. Sobre el efecto limitado de la declaración de inaplicabilidad del artículo 29 del DL N° 3.538 en la reclamación de la multa

Siguiendo el planteamiento presentado más arriba, la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal que recae en una gestión judicial pendiente en la que se

¹³⁹ *Ibíd.*, considerando 32°.

revisa un acto administrativo tiene un limitado efecto, puesto que la supresión, en el razonamiento del juez, de la disposición que habilitó la dictación del acto administrativo no convierte a este en ilegal, en la medida que el bloque de legalidad para evaluarlo queda fijado al momento de su dictación. Sólo si el juez deja sin efecto la decisión administrativa, por razones jurídicas distintas de aquellas fundadas en el precepto declarado inaplicable —pues, sólo este no puede regir en la gestión pendiente— y reemplaza el acto administrativo, la orden de inaplicación dictada por el TC puede ser eficaz. Sobre la base de lo anterior, procede indagar cómo, en la especie, es posible que la inaplicabilidad del artículo 29 del DL N° 3.538, dictada en el Caso Cascada, llegue a tener efecto.

El artículo 30 inciso 2° del DL 3.538, que establece el contencioso en contra de la multa cursada por la svcs, permite aclarar el punto. Dicha disposición establece lo siguiente:

“El afectado podrá reclamar de la aplicación de la multa o de su monto ante el juez de letras en lo civil que corresponda, dentro del plazo de diez días de indicado en el inciso anterior, previa consignación del 25% del monto total de la multa, en la Tesorería General de la República. La consignación no podrá ser superior al equivalente a 500 unidades de fomento o a 1.000 unidades de fomento, si la multa se aplicare a una persona natural o a una persona jurídica, respectivamente, salvo que se trate de infracciones reiteradas o de aquellas del Título XXI de la ley N° 18.045 en cuyo caso se deberá consignar el 25%”.

Considerando que el TC ha declarado inaplicable el artículo 29 del DL N° 3.538, la pregunta es ¿cómo se reclama del monto de la multa (hasta el 30% de la operación irregular) cuando esa sanción ha sido suprimida del razonamiento judicial por la inaplicabilidad? Si el artículo 29 del DL N° 3.538 ha quedado fuera de la discusión por orden del TC en el contencioso ante el 16° Juzgado Civil de Santiago, el juez de la gestión pendiente no puede razonar sobre su base para señalar que la svcs lo aplicó correctamente, ni para afirmar que el infractor no debió ser sancionado con esa precisa multa, a menos que afirme la ilegalidad del acto por una razón que no puede estar en la disposición declarada inaplicable. De lo contrario, el juez incumpliría, directamente, el fallo del TC. Por ello, la sanción aplicada corre un riesgo serio de quedar firme, al estar el juez atado de manos mediante la inaplicabilidad.

La multa, contenida en la REX N° 223 de la svS, dictada con arreglo al artículo 29 del DL N° 3.538, no se rebaja automáticamente, a menos que se defienda el decaimiento del acto administrativo por ilegalidad sobrevenida. Pero para eso, la inaplicabilidad debería alterar el marco normativo conforme al cual se dictó el acto administrativo y, ya se ha dicho aquí, en lugar de ello, suprime un precepto legal en el procedimiento de control judicial de la decisión (la gestión pendiente). Son instancias jurídicas distintas que ocurren en momentos diferentes. El único esquema normativo que se modifica es el que habilita al juez para evaluar si el acto administrativo se dictó en su momento conforme a derecho, y no el conjunto de disposiciones que habilitaban a la Administración cuando impuso la sanción administrativa antes siquiera de la gestión pendiente. El bloque de legalidad para la dictación del acto administrativo, que incluye el artículo 29, ha quedado fijo en la fecha en que se aplicó la multa, disposición que, por la inaplicabilidad, el juez no puede emplear en su razonamiento. Estructuralmente, la inaplicabilidad llega siempre tarde tratándose de actos administrativos.

El único intersticio por el cual puede colarse la inaplicabilidad en este caso se presentaría si el juez considera que el acto administrativo es ilegal por cualquier razón formal o de fondo distinta del artículo 29 del DL N° 3.538 —por ejemplo, porque la infracción no se ha configurado— y, entonces, al remplazar la decisión de la Administración, quedaría “atrapado” en el límite del artículo 28, sin poder aumentar la multa hasta el 30% de la operación irregular. Sólo así es posible reducir la sanción aplicada. Si nada de esto sucede, la multa deberá quedar firme.

3

SECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

Reforma a las relaciones sindicales en Chile, o sobre el legislador impasible

*Daniela Marzi Muñoz*¹

Resumen

El artículo que sigue hace referencia a algunos de los elementos más significativos de la actual normativa del Derecho Sindical, y a algunos de los hitos de la tramitación del proyecto del que proviene el nuevo articulado. Todos ellos tienen en común el hecho de estar dirigidos a bloquear la autonomía colectiva, como forma de conducir las relaciones laborales. Junto con lo anterior, en los párrafos posteriores se explicará, a propósito de los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional pronunciada para este tema, cómo se produjo el avance involuntario de la nueva legislación —la titularidad sindical— y otros potenciales progresos, a partir de la interpretación de la huelga como derecho fundamental.

Introducción

La que se ha transformado en norma laboral vigente, el pasado 1 de abril de 2017 —la Ley N° 20.940, que “Moderniza las Relaciones Laborales”—, es una lamentable expresión de la total indiferencia que el legislador —entiéndase por ello al Poder Ejecutivo y al Congreso Nacional— manifiesta por los derechos de los trabajadores y trabajadoras. En este mismo sentido, la podríamos calificar

¹ Daniela Marzi Muñoz, Profesora de Derecho del Trabajo Universidad de Valparaíso, Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid.

como una total “aculturación”² es decir, la absorción de los valores de un grupo —la llamada centroizquierda, representada por la Nueva Mayoría— por parte de otro —el conglomerado de Chile Vamos, correspondiente al sector de la derecha política nacional—.

Este último hecho, “la aculturación” de la Nueva Mayoría, la adopción como propios de los valores que, en rigor, instalara el Plan Laboral de la Dictadura en los Decretos Leyes N° 2.544 y N° 2.545, ambos del año 1979— explica, en parte, el pasaje que escribió este proyecto de ley en el Tribunal Constitucional, con su posterior e insólito resultado: el logro por imposición de los hechos de la titularidad sindical, cuestión que se produce sólo con la dictación de la sentencia N°3016 (3026)-16-CPT, de fecha 09 de mayo de 2016.

Se trata de un paradójico caso, ya que el requirente, a cuya petición se accede: que se declare la inconstitucionalidad de no reconocerle derechos de libertad sindical al grupo negociador pares a los del sindicato; consiguió el resultado contrario, esto es, que el grupo negociador desapareciera totalmente de la ley, y, en consecuencia, del mundo jurídico. Sin embargo, y lo que hace decididamente sorprendente el efecto de la decisión del Tribunal Constitucional sobre el requerimiento, es que tampoco era voluntad del gobierno la titularidad sindical, entendiendo al sindicato como la única forma colectiva titular de derechos de libertad sindical, ya que en su proyecto el grupo negociador podía existir en caso de no haber sindicato constituido en la empresa.

En primer término expondremos algunos de los elementos más significativos de la nueva legislación y algunos de los hitos de la tramitación de este proyecto. Todos ellos tienen en común estar dirigidos a bloquear la autonomía colectiva como forma de conducir las relaciones laborales. Se cerrarán estas observaciones acerca de la reforma al Derecho Sindical, con la explicación acerca de cómo se produjo el avance involuntario, la consecución de la titularidad sindical absoluta que, por lo mismo manifiesta un cierto grado de absurdo en su proceso de confirmación. Este último fenómeno surgido propósito de los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional.

² Sobre el significado de este término como el gran triunfo del capitalismo por la homogeneización social y cultural que ha producido sin distinciones entre izquierda y derecha política ver Pasolini, Pier Paolo, *Scritti corsari* (Garzanti), 2015, p. 5 y ss.

1. Asimilación del Modelo del Plan Laboral y retrocesos propios de la nueva legislación

1.1. La ley hace suya la deformidad de la normativa híper regulada del Plan Laboral

Cientos de normas fueron sustituidas por un número equivalente de preceptos nuevos, conservando con ello los rasgos de patológica heteronomía y procedimentalización del sistema de relaciones colectivas chileno, que desde hace años viene siendo objeto de críticas por parte de la doctrina³. La copiosidad normativa de la reforma induce a la falsa impresión de estarse realizando una transformación mayor, en circunstancias que no se modifican, como explicaremos, aspectos estructurales.

1.2. La negativa inamovible del Gobierno a debatir sobre la negociación colectiva por rama

El Presidente de la República tiene la iniciativa exclusiva sobre la materia de negociación colectiva, según el artículo 65 N°5 de la Constitución Política de la República. El gobierno se aferró a esta norma para negarse a discutir las cerca de ciento cincuenta indicaciones presentadas en la Cámara de Diputados, entre ellas, la planteada por el diputado Gabriel Boric sobre negociación por rama, al haber sido todas ellas declaradas inconstitucionales.

Las dimensiones de esta “clausura al debate”, respecto a la negociación colectiva ramal o de industria, deben medirse con lo que ella significa, esto es, que cada sector productivo negocie un contrato que se aplicará a todos los trabajadores que se desenvuelven en ese ámbito, sin exclusión, ya que no exige estar afiliado a un sindicato determinado para ser alcanzado por los efectos del contrato colectivo, sino trabajar en el ámbito que regula el contrato colectivo respectivo.

Para lograr este acuerdo, los sindicatos y los empleadores de la rama eligen a sus representantes y fijan sus bases de negociación. De esta forma, se llega a pisos mínimos para cada ámbito específico. Así, el contrato colectivo funciona

³ Sobre esta crítica se puede consultar, entre otros: Rojas Miño, Irene, “Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 13, N° 2, 2007, pp. 195-221; Gamonal Contreras, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo* (LexisNexis), 2007, p. 229 ss.; y Caamaño Rojo, Eduardo y Ugarte Cataldo, José Luis, *Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque crítico* (LegalPublishing), 2008, pp. 2-3.

como una ley de salario mínimo por sector y, por lo mismo, dotado de la flexibilidad que este tipo de leyes no tiene, ya que, por ejemplo, un contador del sector de la minería probablemente tendrá un piso salarial más alto en su contrato colectivo de aplicación que el contador que trabaje en hostelería, toda vez que los sectores tienen diferencias en su capacidad económica para pagar remuneraciones o dar otro tipo de condiciones de trabajo.

Como es evidente, este sistema implica potentes efectos de distribución de la riqueza y exige poner en acción procesos negociadores al interior de cada parte negociadora para unificar planteamientos. A su vez, los agentes sociales empresarial y sindical negociarán entre sí desde las posturas que han definido. Todo lo anterior ha sido entendido como un proceso virtuoso para las democracias, ya que, en otras palabras, significa que el Estado entrega a agentes sociales relevantes la capacidad de generar sus propias normas, como son las que intervienen en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Un aspecto central de la negociación ramal es la forma en que el fenómeno sindical llega a todos los trabajadores y trabajadoras, ya que todas las empresas deben respetar los pisos del contrato colectivo de su sector, lo que redundará en que el factor costo de mano de obra deja de ser un elemento de competencia entre las empresas, puesto que todas deben partir del mismo piso.

Al margen de esta rápida lista de beneficios sociales de la negociación colectiva por rama que nuestro sistema seguirá desconociendo, la opción del redactor de la reforma de mantener, normativamente, la negociación colectiva en la empresa, se contrapone a lo establecido por el Convenio OIT N° 98 en su artículo 4⁴, ya que no modificó las normas en orden a permitir y garantizar que los agentes sociales sean quienes libremente determinen el nivel de la negociación colectiva que quieren llevar a cabo, abriéndose a la negociación colectiva ramal y a cualquier otro nivel que las partes consideren ajustado a sus necesidades y capacidad negociadora.⁵ Por el contrario, conservó a la negociación colectiva en el nivel de la empresa —quizás el actor más irrelevante en este escenario, ya que ante él los trabajadores negocian con menos poder que ante otros actores— que se negocia con menos poder por parte de los trabajadores—, tal como lo dispusiera el Plan Laboral de 1979.

⁴ El artículo 4 señala lo siguiente: “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

⁵ Gamonal, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo* (LexisNexis), 2007, pp. 45 y ss

1.3. El debate ideológico del sindicato en la pequeña empresa

La reforma laboral aumentó los quórums de constitución de las organizaciones sindicales en las empresas de cincuenta o menos trabajadores. Antes de la reforma, un sindicato podía constituirse con ocho trabajadores; de acuerdo al nuevo inciso tercero del artículo 227 del Código del Trabajo, podrán crearse organizaciones con ocho trabajadores siempre que representen al 50% de los trabajadores de la empresa. Esta innovación que hace más difícil crear las organizaciones principales de nuestro sistema —el sindicato de empresa— no era parte del proyecto original sino que fue la propuesta de la llamada “Bancada Propyme”,⁶ con el objetivo declarado de liberar del sindicato a las pequeñas empresas. Este intento ideológicamente es coherente con la negativa a la negociación por rama, que es el gran instrumento en los sistemas extranjeros de hacer llegar los efectos de la negociación colectiva a las realidades productivas de menores dimensiones.

No obstante, si uno hurga un poco más descubre que el discurso de liberar a la pequeña empresa del sindicato es ideológico en la peor forma, esto es, en el de ser un mensaje vacío de pura antisindicalidad. El aumento del quórum no es una medida concreta para un problema que existiera en forma importante en la realidad: sindicatos de ocho personas o poco más enquistados en pequeñas empresas. Si se revisan las cifras sobre el tamaño promedio del sindicato en Chile, tenemos que éste es “de 88 trabajadores, lo que se reitera respecto de los diversos tipos de sindicato”.⁷ Lo anterior es completamente razonable desde el punto de vista de quienes se organizan, ya que sindicatos de pocas personas no tienen ninguna capacidad de acción sindical. Ello demuestra, una vez más, que el discurso contra el sindicato durante la tramitación de la reforma de la bancada ProPyme —políticamente transversal—, y cristalizado en dificultar el poder crear una organización es sólo eso, antisindicalidad.

1.4. El hito traicionado: la prohibición absoluta del reemplazo en la huelga, y la nueva fuente de judicialización

Antes de conocer la letra del proyecto, existía la idea de que, finalmente y habiendo sido prometido en el programa de Patricio Aylwin en 1989,⁸ se prohibiría el

⁶ De carácter políticamente transversal, integrada por Eugenio Tuma (PPD), Andrés Zaldívar (DC), Jorge Pizarro (DC), Ignacio Walker (DC), Andrés Allamand (RN) y Hernán Larraín (UDI).

⁷ Rojas, Irene, *El Derecho del Trabajo en Chile. Su formación histórica y el control de la autonomía colectiva* (Legalpublishing), 2016, pp. 96 y ss.

⁸ Citado por Ugarte, José Luis, “El trabajo en la Constitución chilena”, *La Constitución chilena* (LOM), 2015, pp.125-126

reemplazo en la huelga en términos absolutos y sin excepción. De ser así, éste se erigiría como un hito incuestionable, ya que el sindicato accedería al ejercicio eficaz de su derecho de huelga, lo que potenciaría su capacidad reivindicativa.

Sin embargo, el proyecto desdibujó inmediatamente esa prohibición con la incorporación de los servicios mínimos para evitar el daño actual e irreparable en la propiedad de la empresa. Esta figura experimentó diversos cambios en su redacción durante la tramitación del proyecto, hasta llegar al actual artículo 359 del Código del Trabajo, el cual señala lo siguiente: “la comisión negociadora sindical estará obligada a proveer el personal estrictamente necesario para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios”. El nudo central de esta norma siempre estuvo en la creación de servicios mínimos en favor de la propiedad, que significara al mismo tiempo un contrasentido con respecto a la huelga —la de paralizar la producción— y con la acción del propio sindicato huelguista, que ahora es obligado a proveer a los reemplazantes, de acuerdo a un procedimiento que la ley fija.

Este procedimiento tiene un enorme potencial de judicialización. La acción de judicializar significa “llevar por vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente política”.⁹ Las relaciones sindicales tienen sentido si es que son autónomas y, como se explicara hace cerca de cien años atrás, “nadie puede negar las ventajas de la autonomía. El Estado es aligerado de su carga. La formación jurídica se hace más móvil y flexible. El camino a recorrer entre la necesidad y la regulación jurídica deviene más corto. No se requiere ya ese rodeo en torno al Estado que permite crear también normas. Con ese camino directo se aumenta la capacidad de expresión del Derecho. Penetra más íntimamente en las relaciones humano-vitales que se captan, menos en sus formas abstractas, que en su concreta diversidad. Por eso debe ser perfeccionado el Derecho del Trabajo autónomo: tiene que ocupar un primer rango en la futura legislación laboral”.¹⁰

⁹ Primera acepción de la RAE.

¹⁰ Sinzheimer, Hugo, “El perfeccionamiento del Derecho del Trabajo”, *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo* (Servicio de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social), 1948, p. 57.

Es en este contexto en el que hablamos de judicialización del legislador, el cual prometía modernizar y fortalecer las relaciones sindicales. Al no haberse optado por la autonomía, el aumento de intervención de los tribunales sólo suma a esta patológica procedimentalización, heteronomía y falta de dinamismo, conceptos a los ya se ha hecho mención en este artículo. La judicialización es un tema extenso dentro de la reforma laboral,¹¹ y por ello nos detendremos en el análisis de los servicios mínimos, por su elevado potencial de judicialización y por su posición clave en la obstrucción del derecho de huelga.

El primero de ellos corresponde a la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia. El nuevo artículo 360 del Código del Trabajo establece que 180 días antes de iniciada la negociación colectiva, o 15 desde la comunicación de haberse conformado un sindicato, el empleador debe plantear al sindicato una propuesta de servicios mínimos. De no haber acuerdo debe recurrirse a la Dirección Regional del Trabajo, la que será la encargada de resolver. La norma en su inciso décimo primero indica que de esta resolución sólo se podrá reclamar ante la Dirección Nacional. De esta forma, la Dirección del Trabajo tendrá que elaborar un juicio abstracto —ante una potencial huelga, cuyas dimensiones desconocemos— sobre los equipos que, en cuanto a número y competencias profesionales o técnicas, garantizan los mínimos de servicio estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa, prevenir accidentes, garantizar servicios de utilidad pública, atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios.

La norma entrega, como criterio de determinación, “el tamaño o características de la empresa”. En rigor, la calificación abstracta debería darse sobre todo si se trata de una empresa que amerita contar con servicios mínimos, ya que especialmente los servicios mínimos en relación a la propiedad del empleador, resultan absolutamente discutibles, puesto que debe tratarse de una empresa que tenga instalaciones o maquinarias que puedan ser excluidas de la afectación

¹¹ Podemos mencionar en esta lista, vinculados al derecho de huelga, los siguientes: determinación de empresas excluidas del derecho de huelga (artículos 362 y 402 del Código del Trabajo); lock out o cierre patronal (artículo 354 del Código del Trabajo); orden de reanudación de faenas (artículo 363 del Código del Trabajo); derecho de información (artículo 319 del Código del Trabajo); impugnación de la nómina de trabajadores con derecho a negociar (artículo 339 del Código del Trabajo), a lo que se agrega naturalmente el régimen de prácticas antisindicales, para cuyo análisis y crítica nos remitimos a Toledo, César, *Reforma al Derecho Colectivo del Trabajo*, “Análisis crítico de la sanción de las prácticas antisindicales en la Ley N° 20.940 (Legalpublishing), 2016, pp. 135 y ss.

que les provoca el ejercicio del derecho de huelga. No son servicios mínimos de mantenimiento que eviten el retardo que se puede producir al retomar la actividad productiva tras la huelga —ni en lo absoluto una autorización a producir—, sino que haya un bien corporal o maquinaria que pueda sufrir un daño a causa de la huelga, lo cual puede evitarse con un mínimo de trabajo.

En los otros supuestos, el juicio —igualmente abstracto— es un tanto distinto, ya que la pregunta se acerca a la garantía de derechos fundamentales de terceros ajenos al conflicto —los llamados servicios esenciales—. Es decir, la cuestión implicará un cálculo acerca de cuánto es el mínimo indispensable de servicio para no afectar estos derechos de forma desproporcionada, ya que hay un grado de afectación que evidentemente se deberá soportar. Ahora bien, desde ya podemos prever que dada la redacción de los supuestos, hay que cuidarse de los excesos retóricos, porque discursivamente todo puede ser reconducible a utilidad pública, necesidades básicas de la población, vida, seguridad o salud. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estamos ante el sector privado, en el cual están excluidos del derecho de huelga “los trabajadores que presten servicios en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional” (artículo 362 del Código del Trabajo), por lo que vía servicios mínimos se vuelve a recortar un derecho fundamental en base a unos mismos supuestos por los cuales ya se había negado, en términos absolutos, el derecho de huelga.

Todas estas materias —bastante complejas y que sobrepasan las pretensiones de este artículo—, de acuerdo a la letra de la reforma laboral, tendrían que concluir en un recurso administrativo. La cuestión principal se traducirá en si estas materias deben conocerse en Monitorio, tomando los argumentos de la Corte Suprema, que serán examinados a continuación, o bien en Procedimiento de Aplicación General. Esta segunda opción parece más consistente con las exigencias del amplio debate y prueba, de la fundamentación de la sentencia y el acceso al recurso de unificación de jurisprudencia. De lo que no cabe duda alguna es que habrá acceso al tribunal, pues se trata de restricciones al derecho fundamental de huelga.

Siguiendo la línea de lo señalado en el párrafo anterior, el fallo de la Corte Suprema (causa Rol N° 12.027 de 11 de marzo de 2013), aporta argumentos rotundos. El caso versa sobre las objeciones de legalidad en la negociación colectiva (antiguo artículo 331 del Código del Trabajo), en el cual se planteó el

problema acerca de si los Juzgados de Letras del Trabajo eran o no competentes para conocer el reclamo en contra de la decisión de la Inspección del Trabajo, dado que no existía una norma que mencionara expresamente una reclamación judicial para la decisión administrativa que resolvía las objeciones de legalidad. En la sentencia sobre el recurso de queja se entrega un criterio respecto a la posibilidad de revisión por los tribunales laborales de las decisiones de la Inspección del Trabajo, sin reclamación judicial expresamente nombrada en la ley, ilustrando así la situación de la calificación de los servicios mínimos.

La magistrada Chevesich despejó en su argumentación que la tesis, en esta ocasión sostenida por la Inspección del Trabajo y acogida por la Corte de Apelaciones, significa alegar falta de jurisdicción del tribunal laboral, por lo que la Corte de Apelaciones de Santiago se encontraba en el deber de indicar cuál era el tribunal competente,¹² cuestión que no hizo. Esta omisión —y esta es la tierra firme en la que se posa el argumento— está incidiendo en el ejercicio de un derecho fundamental. La sentenciadora enfatiza en el hecho de que el artículo 331 del Código del Trabajo, junto con la mayor parte de las normas del Libro IV, corresponde a la redacción de la Ley N° 19.759 del año 2001, cuyo objetivo era “perfeccionar las normas sobre organizaciones sindicales y prácticas desleales, mejorar el respeto de los derechos fundamentales (...) además de modernizar las relaciones colectivas del trabajo, a insertar a la economía nacional en el mercado moderno, otorgando un rol preponderante a la generación de mecanismos de diálogo al interior de la empresa, según se lee de los Informes de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, pero en modo alguno se pretendió soslayar o impedir la participación de la jurisdicción cuando la naturaleza de los conflictos planteados así lo requiriera (...) Que, debe considerarse además que el tenor del citado artículo 331 se ubica en un contexto de reparación o composición de las objeciones planteadas dentro de los plazos allí señalados, para proseguir con el proceso de negociación colectiva. En ningún caso, se ha especificado allí la situación de que dio cuenta el presente reclamo judicial, esto es, que la decisión adoptada por la Inspección del Trabajo sea conclusiva en orden a que impida la prosecución o ponga término a dicho proceso de negociación,

¹² Algo que no se debatió en el recurso de queja es que si se considera que la decisión de la Inspección del Trabajo debe ser revisable ante los tribunales y se estima que la jurisdicción especial del trabajo no es la competente, tendría que considerarse que el tribunal civil —de competencia común— lo es, lo que es absurdo desde el punto de vista de la calificación para comprender y juzgar la materia especial —es decir, afectando severamente la calidad de la solución jurídica que proveería el Poder Judicial— pero además manteniendo y más bien profundizando el entorpecimiento del funcionamiento de la Administración y de los Tribunales. Recomiendo mejorar la redacción de esta cita, porque no queda clara la situación que no se debatió.

circunstancia que, habiendo así operado, corresponde que sea revisada por Tribunales dotados de la especialidad necesaria al efecto, precisamente, porque importa discutir acerca de una de las derivaciones de la garantía constitucional prevista en el artículo 19 N° 19 de la Carta Fundamental”.¹³

En base a todo lo sostenido, la magistrada Chevesich representa en su voto dos cosas adicionales de la mayor relevancia: la primera dice relación con que esta interpretación es acorde con el deber constitucional de inexcusabilidad de los tribunales (artículo 76 de la Constitución Política de la República, en relación al artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales), como se explicará en extenso, para decidir respecto de la posibilidad de ejercicio de un derecho fundamental; y la segunda, es la contradicción de la Inspección del Trabajo al sostener una tesis que cierra el ejercicio del derecho —más aun teniendo una misión institucional promocional a su respecto—, y en circunstancias de que en otros casos había afirmado una tesis contraria.¹⁴ Estas movibilidades interpretativas dejan a la luz los problemas de la incisiva y decisiva intervención de la Inspección en ámbitos propios de la autonomía sindical, y que en los servicios mínimos llega a su paroxismo. Esto, además de mostrar poca preocupación por la sobrecarga de tareas de la Inspección del Trabajo y la dificultad técnica de hacer calificaciones de este tipo —en que además es deseable que le sean encomendadas a organismos con una importante autonomía de los gobiernos de turno, cosa de la que se ha mostrado carente la Inspección del Trabajo en los últimos cambios de coaliciones gobernantes,—¹⁵ no se hace cargo de las

¹³ Considerandos 5° y 6° de la sentencia Alvarado y otros con Inspección Comunal del Trabajo Santiago Norte (2014), Causa Rol N° 12.027-2013.

¹⁴ “Que en atención a lo ya indicado y ante el silencio de la ley en cuanto a la posibilidad de recurrir judicialmente respecto de las resoluciones que dicte la Inspección del Trabajo en el contexto del artículo 331 del Código Laboral, no cabe sino concluir que los Juzgados de Letras del Trabajo son competentes al efecto, resultando del todo improcedente la excepción de incompetencia opuesta por la autoridad administrativa, la que, en los términos planteados, importa más bien una alegación de falta de jurisdicción, defensa esta última que, en cuanto tal, resulta también inadmisibile. Así se ha fallado reiteradamente por esta Corte Suprema, en las causas Nos. 6.744-11, 613-2012 y 11.974-2011.

Sobre el particular resulta relevante destacar que la Inspección del Trabajo, en las dos últimas causas citadas, al informar el recurso de protección respectivo sostuvo, para solicitar el rechazo de la acción constitucional, que respecto de las resoluciones que ella dicte, en el contexto del artículo 331 del Código del Trabajo, procede la reclamación judicial que ahora niega”, Considerando 9° de la sentencia Alvarado y otros con Inspección Comunal del Trabajo Santiago Norte (2014), Causa Rol N° 12.027-2013.

¹⁵ El que los servicios mínimos en los servicios esenciales los determine el gobierno ha sido parte de la crítica al sistema español en la materia y, a su vez, el aspecto destacable del sistema italiano que diseñó un sistema fuertemente centrado en la negociación con el sindicato de estos servicios. Para una reflexión reciente con la perspectiva de más de dos décadas de implantación, se sugiere ver Baylos, Antonio, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de huelga en servicios esenciales”, *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro*

dimensiones e importancia que, en virtud de la reforma, adquirió la figura de los servicios mínimos,¹⁶ transformándolo en un foco de conflictividad que sólo puede crecer.

El segundo momento de judicialización se encuentra en la conformación de los equipos de emergencia. La reforma laboral le entrega al empleador la designación de la persona específica del sindicato que deberá cubrir los servicios ya calificados, cuestión que deberá hacer en la contestación al proyecto de negociación. El artículo 361 del Código del Trabajo, establece que el sindicato tiene 48 horas para responder. En caso de negativa expresa —ya que la no contestación se presume aceptación— referida al número o identidad de los trabajadores (cosa extraña pues el número se supone preestablecido, por lo que suponemos que se deberá tratar de un incumplimiento del empleador en este punto), éste deberá solicitar a la Inspección del Trabajo un pronunciamiento sobre este tema, y contra esta decisión “sólo procederá recurso de reposición” (art. 362 inciso final). La administración del trabajo deberá dar la última palabra ante los más variados conflictos que pueden suscitarse, ya que no sólo se trata de probables desajustes de la solicitud y designación de trabajadores que haga el empleador para cubrir los servicios fijados, sino también de potenciales prácticas antisindicales, pues ¿qué sucedería si toda la directiva está asignada a servicios mínimos o algunos de los trabajadores de mayor liderazgo?

El tercer momento de judicialización que se puede detectar es el del incumplimiento en la conformación de los equipos de emergencia. En este punto la solución de la Reforma escapa a toda noción de realidad. El incumplimiento en la conformación de los equipos de emergencia en la ley se ha reducido a la facultad del empleador de adoptar las medidas de autotutela que estime convenientes, en el marco de los servicios autorizados —lo que ya constituye un foco de discusión— y notifique a la Inspección para que controle. Nada dice que esto sea revisable por un Tribunal. Expresamente el nuevo artículo 360 inciso cuarto del Código del Trabajo señala “En el caso que el sindicato

homenaje a María Emilia Casas (La Ley), 2015 pp.645-666. Adicionalmente, es interesante saber que el sistema italiano cuenta con un ente administrativo, la Comisión de Garantía, conformado por especialistas en Derecho del Trabajo y Derecho Constitucional que no responde ante el gobierno de turno ni a otra autoridad política, tampoco tiene vínculos con el parlamento, y es inamovible durante su mandato, la cual se pronuncia sobre la idoneidad de estos acuerdos y decide en última instancia, Giugni, Gino, *Diritto Sindacale* (Cacucci), 2006, pp. 259-260.

¹⁶ Sobre este punto, se puede consultar Marzi, Daniela, “Observaciones sobre la judicialización de las relaciones colectivas. En las antípodas de la autonomía”, *Revista Laboral y de la Seguridad Social* Vol. IV, N°3, 2016, Legalpublishing, pp. 41 y ss.

no provea el equipo de emergencia, la empresa podrá adoptar las medidas necesarias para atender los servicios mínimos, incluyendo la contratación de estos servicios, debiendo informar de ello inmediatamente a la Inspección del Trabajo”, con el objeto que constate el incumplimiento. “Las medidas adoptadas por el empleador no podrán involucrar a un número superior de trabajadores del equipo de emergencia que no hayan sido proveídos [sic] por el sindicato, salvo que la Inspección del Trabajo fundadamente autorice a uno distinto”. ¿Casos de judicialización dimanantes de esta norma? No sólo el exceso en el número sino posibles movimientos internos de trabajadores o de tecnología que sobrepase el servicio autorizado, y, evidentemente, que el sindicato cuestione el aumento ad hoc del número de trabajadores asignados a servicios mínimos que haya realizado la Inspección del Trabajo. Habrá que distinguir situaciones: en el caso de que se involucre a un número mayor de trabajadores o el empleador “adopte medidas de autotutela” que impliquen reemplazo, se conocerán vía acción de Tutela de Derechos Fundamentales, por la remisión del artículo 345 inciso cuarto a los artículos 485 y siguientes de la nueva ley. En los casos en que medie resolución de la Inspección del Trabajo, como en la constatación del incumplimiento del sindicato en proveer los equipos de emergencia o en la autorización de un número superior de trabajadores para los equipos de emergencia, volvemos a la discusión ya tratada de si esto deberá producirse vía Monitorio o Procedimiento de Aplicación General, que dependerá de la tesis que se instale judicialmente.

Con este título se denota un foco que será fecundo en litigiosidad, demostrando que en este punto la solución de la reforma escapa a toda noción de realidad. El incumplimiento en la conformación de los equipos de emergencia lo reduce a que el empleador adopte las medidas de autotutela que estime convenientes, en el marco de los servicios autorizados —lo que ya constituye un foco de discusión— y notifique a la Inspección para que controle. Nada dice que esto sea revisable por un tribunal.

El siguiente desmentido a la convicción del gobierno respecto de la prohibición del reemplazo en la huelga, se descubrió al conocerse las defensas que éste hizo respecto del significado de la expresión del proyecto “prohibición de reemplazo al puesto de trabajo”, el cual en su lectura implicaba permitir el reemplazo de la “función”. De admitirse esto, y combinado con la polifuncionalidad que se puede pactar en los contratos de trabajo, resultaba factible para el empleador organizarse para la huelga, haciendo ejecutar las funciones de los trabajadores huelguistas a trabajadores que tuvieran dentro de sus prestaciones —establecidas

en sus propios contratos individuales— las mismas de los huelguistas.¹⁷ Sin embargo, la lectura que hacía el gobierno siempre tuvo mal pronóstico en cuanto a sus posibilidades de imponerse como criterio, una vez judicializado el caso, porque estaba en contra de la clara doctrina que la Corte Suprema había sentado poco antes que se conociera, públicamente, la letra del proyecto de reforma en diciembre de 2014, en la que se contienen unas coordenadas mínimas con respecto a cómo el reemplazo en la huelga debe ser interpretado, y que dejó al redactor del proyecto en una posición más conservadora que la del máximo tribunal.

En el fallo de la Corte Suprema, Causa Rol N° 3.514-2014, de 12 de abril de 2014, se estableció que, en aquellos casos en que no se hayan cumplido los requisitos del antiguo artículo 381 del Código del Trabajo para reemplazar en la huelga, se entendería que no había autorización para “sustituir”, cuestión que se verifica o contratando a nuevos trabajadores, o moviendo internamente a los trabajadores adscritos desde antes a la empresa y que no adhirieron a la huelga —modalidades de reemplazo externo e interno, respectivamente—. Si el trabajo del huelguista es absorbido por el trabajo de otro trabajador o incluso por tecnología, se está reemplazando y vaciando de contenido a la huelga.

A ello se agrega que, durante la tramitación de la reforma, hubo importantes giros interpretativos que reforzaron el tratamiento del derecho de huelga como derecho fundamental. En este sentido, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol N° 1.144-2015, de 23 octubre de 2015,¹⁸ sobre el caso Actionline, derribó el cerco legal que instaló el Plan Laboral, aunque más bien implicó abrir una puerta mental hacia una interpretación jurídica sistémica. En esta sentencia se aceptó que los trabajadores pudieran plantear un conflicto colectivo por medio de una huelga atípica, para reclamar un problema salarial y no dentro de la negociación o renegociación de un contrato colectivo.¹⁹ El

¹⁷ El 23 de abril de 2016 ya se mostraban los efectos del incentivo a pactar funcionalidad, el diario La Tercera publicaba “Empresas ajustan contratos y anticipan negociaciones colectivas por reforma laboral. <http://www.latercera.com/noticia/empresas-ajustan-contratos-y-anticipan-negociaciones-colectivas-por-reforma-laboral/>

¹⁸ Cuya unificación fue rechazada por el fallo de la Corte Suprema, Causa Rol N° 28.919-2015, de fecha 07 de marzo de 2016.

¹⁹ Esta decisión adopta la doctrina propuesta por Ugarte, José Luis, Huelga como derecho fundamental: Notas a propósito de unas sentencias, Anuario de derecho Público, UDP, 2015, pp.198-199. También se puede citar una sentencia anterior del Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, Rol N° O-135-2015, de fecha 30 de julio de 2014. Sobre la tesis del modelo polivalente de huelga, que sería plenamente aplicable a nuestro sistema se puede ver Ugarte, José Luis, *Derecho del trabajo: invención, teoría y crítica*, Santiago (Legalpublishing), 2014, pp.105 y siguientes.

fundamento radicaba en que si la huelga era un derecho fundamental en el derecho chileno, “las convenciones interpretativas que le son aplicables dejan poco espacio para la duda. De hecho, no es necesario insistir en que dichas convenciones y reglas —interpretación finalista y pro persona— conducen a sostener que un derecho fundamental protege una extensión relevante y significativa de la realidad social que se considera valiosa para su protección, y no porciones mínimas y recortadas de la misma [...]. De este modo, por tratarse de un derecho fundamental, la huelga es prima facie lícita, salvo que el legislador, expresa y deliberadamente, la declare, en algunos casos calificados, como prohibida o ilícita, y siempre que esa calificación respete el principio de proporcionalidad o respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales”.²⁰ Esto es, la huelga como derecho fuera de la negociación de un contrato colectivo e interpretación extensiva y pro homine para el derecho de huelga, en armonía con su carácter de derecho fundamental. En paralelo, el legislador promulgaba una norma deliberadamente neblinosa, que, en consecuencia, queda entregada a la interpretación de los tribunales.

El actual artículo 403, letra d), del Código del Trabajo califica de práctica antisindical grave reemplazar en la huelga, en concordancia con la prohibición del artículo 345 del mismo cuerpo legal. Sin embargo, el artículo 403 d), en su inciso segundo, prescribe: “El empleador, en el ejercicio de sus facultades legales, podrá modificar los turnos u horarios de trabajo y efectuar las adecuaciones necesarias con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo sin que constituya práctica desleal ni importe una infracción a la prohibición de reemplazo”. Así, la redacción final de la norma constituye una criticable exclusión anticipada de antisindicalidad.²¹ Sin embargo, la duda subsiste ya que ¿qué modificaciones de turnos u horarios o qué “adecuaciones necesarias” puedan realizarse sin infringir la prohibición de sustituir la labor de un trabajador huelguista, que es en definitiva la norma central en esta materia? Es algo tan difícil de concebir que se espera sea una nueva fuente de litigiosidad a propósito de la Reforma Laboral.

²⁰ Ibid.

²¹ Toledo, César, *Reforma al Derecho Colectivo del Trabajo*, “Análisis crítico de la sanción de las prácticas antisindicales en la Ley N° 20.940 (Legalpublishing), 2016, pp. 135 y ss.

2. Sentencia del Tribunal Constitucional: avanzar sin querer

La sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) N° 3016 (3026)-16-CPT, de fecha 09 de mayo de 2016, que se pronunció sobre algunos puntos que fueron sometidos a su conocimiento por varios Senadores de la derecha política nacional, para que se declarara su inconstitucionalidad, es un fallo extenso y con diversos contenidos, expresados en los votos de decisión y las numerosas disidencias que se dejan constancia en él, por lo que las siguientes observaciones sólo se referirán a la titularidad sindical, la cual —como ya se ha explicado— es un avance que no estaba en la intención ni del requirente ni del gobierno.

La titularidad sindical, en la propuesta original del Gobierno, significaba que el sindicato era la forma colectiva que la ley reconocía para llevar adelante una negociación colectiva, y que sólo a falta de éste se podía aceptar la negociación de un grupo negociador. A este punto el gobierno lo calificó como el “corazón” del proyecto.

El grupo negociador que regulaba el antiguo artículo 315 del Código del Trabajo, era una figura diseñada a nivel legal, con el objetivo específico de reconocerle a un colectivo, distinto al sindicato, uno de sus derechos más relevantes: la negociación colectiva. En Chile, prácticamente el único que tiene algo de peso es el sindicato, ya que la negociación colectiva reglada es el procedimiento al que está expresamente adscrito el derecho de huelga.

Pese a que el requerimiento consignaba en el grupo negociador alcances constitucionales, incluso yendo a las intenciones de los redactores de la Constitución podemos comprobar que en las Actas de la Comisión Ortúzar nunca se hizo referencia alguna a los grupos negociadores,²² ni tampoco se los menciona en el texto de la Constitución. En las actas de la Comisión Ortúzar sólo se debate en torno a la figura del sindicato y en esos términos quedó expresado en la Constitución, que sólo consagra la figura del sindicato.

No obstante, la abundancia con la que el tema del grupo negociador es argumentada y contra argumentada en el fallo del TC, daría para pensar que se confunde la Constitución con el Plan Laboral. La insistencia de los requirentes, acogida por el TC, de darle al grupo negociador alcance constitucional responde a una obsesión que se vincula al hecho de que es una práctica antisindical legislada, ya que esa apertura legal a reconocerle manifestaciones de la libertad

²² Disponibles en: https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980

sindical a un colectivo distinto del sindicato sólo se produce, en primer término, por sus características de transitoriedad. El grupo muere al término de la negociación. A ello se suma que la paridad de derechos del grupo negociador con el sindicato implica una competencia que, en algún grado, desincentiva a la sindicalización. Se señala que es en “algún grado”, ya que estudios recientes demuestran que es muy baja la cifra de negociaciones realizadas por grupos negociadores en Chile, lo que desmiente por sí mismo que sea en efecto un problema cardinal de nuestra legislación.²³

Sin embargo, el TC declaró inconstitucionales las normas que lo regulaban con derechos de negociación colectiva a falta de sindicato, eliminando este articulado del mundo jurídico. Y es en ese momento en que la titularidad sindical total nace en favor del sindicato. El voto de disidencia de los ministros Carmona, García, Hernández y Pozo, lo anuncia al explicar —en un apartado en negritas— que: “La sentencia apoya paradójicamente una organización inexistente: los grupos negociadores ya desaparecieron” (voto de disidencia c.11), a partir del cual Gobierno y oposición quedaron en un escenario no querido.

A continuación, abordaremos la extensión pactada de beneficios por acuerdo entre el sindicato y el empleador —que se rechaza al haber dirimido el empate el voto del Presidente Sr. Carlos Carmona—. Los trataremos en conjunto ya que el argumento de fondo es el mismo: el desconocimiento absoluto de lo que es un contrato colectivo.

En cuanto a la extensión pactada de beneficios, los argumentos son artificiosos y tales reparos encontrarían respuesta en una figura propia también del derecho colectivo, a la que se negó a discutir el gobierno desde el principio de la tramitación de la reforma laboral: la negociación colectiva con eficacia general o erga omnes. Probablemente, es en este punto donde resulta más vergonzosa la cita al derecho extranjero.

El voto que estuvo por acoger tiene un barniz constitucional al apuntar que, con la extensión pactada, se podría producir una discriminación arbitraria, por tener a trabajadores realizando un trabajo de igual valor con distinta retribución²⁴. No desarrolla mucho más allá esta línea argumental, ya que su verdadero núcleo es la custodia de la independencia del empleador, para, según declara,

²³ La ENCLA 2011 da cuenta de que sólo un 9,5% de las empresas con sindicato tiene contrato colectivo celebrado con un grupo negociador, y que un 0,4% de las empresas sin sindicato tiene contratos celebrado con un grupo negociador.

²⁴ Voto por acoger, punto 4°, de los magistrados Marisol Peña, Iván Aróstica, Juan José Romero, María Luisa Brahm y Cristian Letelier.

ordenar y disponer los medios materiales, económicos y humanos, orientados al cumplimiento de las finalidades del artículo 19 N° 21 de la Constitución.

Resulta interesante detenerse en este planteamiento, porque precisamente fue este argumento el fundamento constitucional que tuvo la Casación italiana en los años cincuenta, cuando —ante un sistema sindical autónomo— construyó la eficacia subjetiva general o erga omnes, propia de la negociación ramal, en base a dos pilares. El primero, sustenta que se produciría tal discriminación retributiva por lo que, debiendo resolver lo que era una justa retribución para cada caso particular, sostuvo que —para evitar peligrosas subjetividades— debía tomarse como referencia los mínimos retributivos previstos por la negociación colectiva sectorial, “porque en las tarifas contractuales colectivas es determinable el dato de la experiencia y, al mismo tiempo, aquél momento de equilibrio entre intereses contrapuestos que más que cualquier otro es idóneo a constituir un punto válido de referencia para el juez equitativo”.²⁵

Nada de esto le importa a quienes están por acoger, ya que es el empleador quien, por los derechos que le asegura la constitución, es el único que debe poder decidir en esto; él es el árbitro de la igualdad en la empresa. Ya la sentencia muestra su ideología sin tapujos al dedicarle un elogio al empleador y su supremacía, fundado en que es él quien da empleabilidad en la sociedad, y realiza un aporte concreto y directo al bien común.²⁶ El sindicato no tiene cabida en esta decisión para el voto que acoge. Sin embargo, esta igualdad en la valoración del trabajo es el efecto propio de la negociación ramal, en el cual se garantiza la equidad en la determinación de estas condiciones mínimas y que prescinde del dato de la afiliación: es una norma mínima para quien se encuentre en el puesto de trabajador previsto por el contrato nacional, y es la respuesta que más se ha ajustado a los sistemas laborales de las democracias occidentales.

Apuntamos al hecho de que, desde nuestro punto de vista, el TC incurre en un error técnico al sostener que la extensión unilateral de beneficios afecta la libertad de trabajo del empleador,²⁷ ya que es una distinción bien asentada que la libertad de trabajo pertenece a las personas naturales para realizar labor en favor de terceros, sea en condición de subordinación o autonomía, y

²⁵ Giugni, Gino, *Diritto Sindacale* (Cacucci), 2006, p.142.

²⁶ Voto por acoger, N° 20.

²⁷ Voto por acoger, N° 14.

que el derecho a prestar trabajo en favor de la propia empresa se ubica en el multicitado artículo 19 N° 21° de la Constitución.²⁸

A modo de idea conclusiva, si se revisan las intenciones y principales preocupaciones de los redactores del Decreto Ley de 1980 al que llamamos Constitución, veremos que su principal preocupación era la huelga y, gracias al requerimiento y su obsesión por los grupos negociadores que se verían privados del “derecho fundamental a la huelga”, hemos logrado un momento inédito de unanimidad en las opiniones jurídicas sobre su calificación jurídica como derecho fundamental. Esto se suma a un último efecto de la sentencia del Tribunal Constitucional, cual es, que concurre con la derogación orgánica de la normativa anterior.

Al haberse eliminado las normas relativas a la negociación colectiva del grupo negociador, y al haberse derogado el antiguo artículo 314 bis C, que negaba expresamente el derecho de huelga y otras prerrogativas a las negociaciones colectivas distintas de la reglada, tenemos como resultado un verdadero sistema de libertad sindical, ya que el sistema actualmente se conforma de dos modalidades, ambas con derecho a huelga. El profesor Ugarte explica que el resultado final legislativo es que “la ley laboral reconoce a partir de ahora solo dos formas de negociación colectiva. Por una parte, la reglada u obligatoria que se refiere única y exclusivamente a la modalidad prevista en los artículos 327 y siguientes del Código del Trabajo, y que se expresa en un rasgo particular no presente en otras modalidades: el empleador tiene la obligación impuesta por la ley de negociar colectivamente. Y, por otro lado, la negociación colectiva voluntaria, contemplada en una forma general (artículo 314 del Código del Trabajo) y diversas modalidades específicas de la misma (como la de los trabajadores por obra o faena transitoria o de confederaciones y federaciones). Lo interesante, como veremos a continuación, es que lo que diferencia a ambas modalidades reconocidas por la ley es el carácter obligatorio de la negociación. No aparece ya como diferencia —según la ley vigente—, el ejercicio del derecho de huelga”.²⁹ Esta es la secuencia lógica de haber incorporado la interpretación de la huelga como derecho fundamental: favorable al ejercicio del derecho y permitida salvo en los casos expresamente prohibida.

²⁸ Ver Bronfman, Alan, Martínez, José Ignacio y Núñez, Manuel, *Constitución Política comentada. Parte dogmática. Doctrina y jurisprudencia* (Abeledo Perrot), 2012, pp.329-361

²⁹ Ugarte, José Luis, “Negociación colectiva huelga y reforma: una nueva cartografía”, *Revista Laboral y Seguridad Social*, Vol. 4 N° 4, Legalpublishing, 2016, p.14.

La razonabilidad de esta nueva estructura la explica el citado autor en torno a la siguiente pregunta: “¿Qué rol juega la huelga como derecho en las modalidades de negociación colectiva voluntaria previstas por el Código del Trabajo? A diferencia de la huelga en la negociación colectiva reglada u obligatoria, que opera como una etapa al final del procedimiento, la huelga en estos casos adquiere una función jurídica distinta: sirve de mecanismo de presión legítima a él o los empleadores o a sus asociaciones gremiales, con el propósito de que efectivamente se establezca un proceso de negociación colectiva de trabajo. En ese sentido, y en nuestro contexto jurídico, dado que se trata de modalidades ‘no obligatorias’ de negociación colectiva, la única forma de presión reconocida a los trabajadores para que esa negociación se lleve adelante, proviene —precisamente— del ejercicio del derecho de huelga. De este modo, en la nueva cartografía de la negociación colectiva regulada por el Código del Trabajo la huelga aparece como esa herramienta fundamental para la construcción de un derecho —tal como se nos dijo al inicio del proceso legislativo de la reforma laboral— que esté al servicio del equilibrio entre las partes de la relación de trabajo”.³⁰

Reubicadas las piezas del sistema de esta manera, que cumple con la necesaria simplicidad que requieren las intervenciones legales a la autonomía colectiva, nos encontramos ante un potencial movimiento de fronteras en las relaciones laborales en Chile: una forma de negociación colectiva —la voluntaria— y huelga, sin trabas legales para ser ejercidos por las organizaciones con la suficiente densidad y fuerza como para estar en condiciones de practicar relaciones laborales autónomas.

³⁰ Ugarte, José Luis, “Negociación colectiva huelga y reforma: una nueva cartografía”, *Revista Laboral y Seguridad Social*, Vol. 4 N° 4, Legalpublishing, 2016, pp. 14 y ss.

Negociación colectiva, huelga y reforma: una nueva cartografía

Collective negotiation, strike and reform: a new mapping

*José Luis Ugarte Cataldo*¹

Resumen

El presente artículo analiza el mapa normativo resultante de la reforma laboral de la Ley N° 20.940, dentro de cuyas coordenadas deberá moverse la negociación colectiva y la huelga. El resultado puede explicarse en dos grandes dimensiones. Por un lado, la reforma contempla solo dos modalidades de negociación colectiva: reglada y voluntaria, cuya diferencia central se encuentra en la obligatoriedad de la negociación. Por otro, presenta un derecho de huelga adscrito a la negociación colectiva reglada y sujeto a sus prescripciones, y un derecho huelga que deriva, directamente, de la Constitución Política de la República. Este último no operará como una etapa al final del procedimiento de negociación, sino que cumplirá una función jurídica distinta: actuará como un mecanismo de presión legítima a el o los empleadores, o a sus asociaciones gremiales, con el propósito de que, efectivamente, se establezca un proceso de negociación colectiva de trabajo en condiciones de equilibrio entre las partes.

Palabras Claves: reforma laboral, negociación colectiva, huelga, sindicato, grupo negociador.

Abstract: This paper analyses the legal framework resulting of the Labour Reform of Law N° 20.090, where the collective negotiation and strike shall

¹ Abogado, profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, República N° 105, Santiago de Chile, correo electrónico: jose.ugarte@udp. cl.

move. The result could be explained within two larger dimensions. On one side, the Reform considers only two modes of collective negotiation: ruled and consensual, which main difference locates on how mandatory negotiation is. On the other, it presents a right of strike within the ruled collective negotiation and subject to its norms, and a right of strike deriving directly from the Constitution. The latter will not operate as a final procedural stage of negotiation, but it will accomplish a different legal function: it will act as a legitimate mechanism of pressure to the employers or their trade associations, with the purpose of establishing effectively a process of labour collective negotiation in conditions of party balance.

Keywords: labour reform, collective negotiation, strike, union, negotiating group.

Introducción

La reforma laboral (Ley N° 20.940) ha dejado —más allá de la retórica política de los actores que intervinieron en su diseño— un marco normativo que altera, significativamente, el derecho colectivo chileno: una nueva cartografía donde deberá moverse la negociación colectiva.

Lo extraño de la situación es que dichas modificaciones —que podríamos calificar de profundas— fueron el resultado de la configuración final del derecho colectivo del trabajo, a resultas de la intervención del Tribunal Constitucional a través de la sentencia N° 3016-3026 del 2016. Es decir, no por la argumentación contenida de la sentencia de dicho órgano —intrascendente en términos doctrinarios, y rabiosamente ideológica en lo político—, sino por los efectos supresivos de su actuación: la apertura de espacios normativos que dibujan un nuevo mapa de la regulación sindical y colectiva en nuestro sistema legal.

De ese nuevo mapa, dos cuestiones distintas —pero relacionadas— aparecen como especialmente relevantes. En primer lugar, la reforma se lleva por delante la clásica modalidad triádica de la negociación colectiva del trabajo chileno, vigente desde el Plan Laboral de la dictadura y sus posteriores ajustes en democracia. En adelante, como explicaremos, sólo existen dos modos de negociación colectiva en nuestra legislación laboral, que conducen a la celebración de un instrumento colectivo de los que regula el Código del Trabajo. Y ambas suponen la existencia de un sindicato.

En segundo lugar, el derecho colectivo que queda vigente después de la publicación de la Ley N° 20.940, pone a la huelga como una herramienta fundamental en todos los procesos de negociación colectiva previstos y regulados en el Código del Trabajo —salvo excepción expresa—.

Con esto, como sugeriremos, se pone a tono la regulación legal con el reconocimiento de la huelga como derecho constitucional.

Revisemos ambas cuestiones.

1. El nuevo modelo dual de negociación colectiva en el Código del Trabajo: negociación colectiva reglada y voluntaria

La negociación colectiva reconoce en Chile dos fuentes normativas: por una parte, regulada como derecho fundamental en la norma constitucional (artículo 19, número 16) y, por otra parte, regulada como forma o medio para la suscripción de lo que la ley denomina instrumentos colectivos entre trabajadores y empresarios.

La negociación colectiva es, según convención ampliamente admitida, una manifestación de la autonomía colectiva. Lo relevante de ello es que —desde el punto de vista de la protección del trabajador— se considera que dicho tipo de autonomía es una forma de libertad contractual superior, normativamente hablando, a la autonomía individual. La expresión colectiva de los trabajadores tiene prioridad por sobre la expresión individual de esos mismos trabajadores.

Ahora, en relación con la regulación legal de este derecho fundamental de los trabajadores, la reforma laboral tiene significativas consecuencias: se ha puesto fin a la modalidad triádica que podía asumir —desde el Plan Laboral de la dictadura y sus posteriores reformas— la negociación colectiva regulada por la legislación chilena.

Como es conocido, nuestra ley regulaba tres formas de negociación colectiva: En primer lugar, la negociación colectiva reglada u obligatoria —de los artículos 303 y siguientes del Código del Trabajo—, la cual podía ser llevada adelante tanto por sindicatos, como por los denominados grupos negociadores. En segundo lugar, la voluntaria o “no reglada”, que es aquella que no se sujetaba a “reglas procedimentales” contemplada en el artículo 314 del Código del Trabajo, y que sólo estaba permitida a sindicatos. Y, por último, la denominada por la doctrina

“semi-reglada”, que solo podía ser llevada a cabo por el “grupo negociador” y se encontraba prevista en el artículo 314 bis del Código del Trabajo.²

Pues bien, la legislación vigente —post reforma laboral— no contempla esta última modalidad. En efecto, la llamada “negociación semi-reglada” ha sido eliminada por la vía de la derogación expresa del artículo 314 bis citado, quedando sin sustento legal esa forma de negociación colectiva.

En coherencia con lo anterior, el denominado “grupo negociador” queda fuera del Código del Trabajo como sujeto representativo de los trabajadores, por la sencilla razón de que ya no existe modalidad procedimental que canalice su negociación colectiva. Se trata, cabe precisar, de una “coalición” —unión de trabajadores— caracterizada por la “transitoriedad”—sólo para efectos de negociar— y que no es titular de la libertad sindical contemplada en la Constitución —la que únicamente reconoce al sindicato en su artículo 19 número 19.

En ese sentido, en la nueva nomenclatura del texto legal laboral, el único sujeto que recibe reconocimiento como representante de los trabajadores es el sindicato, esto es, una organización de trabajadores con carácter permanente y jurídicamente titular de la libertad sindical en su dimensión colectiva. Así, la ley laboral chilena reconoce, a partir de ahora, sólo dos formas de negociación colectiva. Por una parte, la reglada u obligatoria que se refiere, única y exclusivamente, a la modalidad prevista en los artículos 327 y siguientes del Código del Trabajo, y que se expresa en un rasgo particular no presente en otras modalidades: el empleador tiene la obligación impuesta por la ley de negociar colectivamente. Y, por otro lado, la negociación colectiva voluntaria, contemplada en una forma general (artículo 314 del Código del Trabajo) y diversas manifestaciones específicas de la misma (como la de trabajadores por obra o faena transitoria, o de confederaciones y federaciones).

Lo interesante, como veremos a continuación, es que lo que diferencia a ambas modalidades reconocidas por la ley es el carácter obligatorio de la negociación. No aparece ya como diferencia —según la ley vigente—, el ejercicio del derecho de huelga.

¿Qué se entiende por “negociación obligatoria”, como criterio de diferenciación entre ambas modalidades reconocidas en la ley? Dice relación con aquella modalidad de negociación colectiva donde el empleador se encuentra sujeto a

² Para una revisión crítica de la regulación legal de la negociación colectiva en el Código del Trabajo desde la perspectiva de la libertad sindical, ver Caamaño, Eduardo y Ugarte, José Luis, *Libertad Sindical: un enfoque crítico*, (Legal Publishing), 2009, p. 31 y ss.

una específica posición pasiva impuesta por ley: la obligación de llevar adelante un proceso efectivo de negociación colectiva planteado por una presentación formal del sindicato, en conformidad a las reglas legales.

Por lo mismo, no cuentan como modalidades de negociación reglada u obligatoria —nadie nunca lo ha sostenido así— aquellas modalidades especiales de negociación previstas por el Código del Trabajo —antes y después de la reforma—, donde el empleador carece de la obligación de negociar, efectivamente, con los trabajadores, ya sea porque esa obligación no existe en absoluto, o bien porque la ley permite al empleador responder sencillamente que no va a negociar colectivamente.

Entonces, y de este modo, se cuentan como expresión de forma de negociación colectiva voluntaria las modalidades previstas en el Código del Trabajo que, después de la reforma, se denominan voluntaria o no reglada con sindicato de empresa (artículo 314 del Código del Trabajo) o sindicato inter-empresa (artículo 364 del Código del Trabajo); la negociación colectiva de trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria (artículo 365 del Código del Trabajo); y, la negociación colectiva de confederaciones y federaciones (artículo 408 del Código del Trabajo).

Queda, en cualquier caso, una duda dando vueltas: ¿en qué situación legal quedan las eventuales coaliciones de trabajadores que no constituyen un sindicato?

La expulsión del denominado grupo negociador del Código del Trabajo, no significa que las coaliciones de trabajadores dejen de existir jurídicamente. Podrán subsistir en la aplicación directa tanto del derecho de libertad de asociación (artículo 19 número 19), como del derecho a negociar colectivamente (artículo 19 número 16), ambos reconocidos constitucionalmente. Esto significa que los acuerdos suscritos por coaliciones de trabajadores no constituidas como sindicatos tienen validez jurídica, la que deriva del derecho constitucional de negociación colectiva y cuya titularidad recae en los trabajadores organizados colectivamente —en este caso, a través de una coalición—. Como se trata de una proyección directa de la norma constitucional, es necesario que en su reconocimiento quede acreditado que se trata de una coalición efectivamente representativa de los trabajadores, y no un mero artificio del empleador para representar sus propios intereses.

Pero ese acuerdo, que es jurídicamente válido, no constituye un instrumento colectivo de los que se refiere el Código del Trabajo y, en consecuencia, no produce los efectos propios que la ley le asigna a esos instrumentos.

Se trata de una forma de negociación colectiva autorizada por la norma constitucional, la cual consagra como derecho fundamental la negociación colectiva, y que puede recibir aplicación directa al margen del Código del Trabajo, dando lugar a convenios colectivos innominados. Por tanto, no pueden producir los efectos previstos expresamente por las normas de dicho texto legal para los instrumentos colectivos que regula. Particularmente, entre otros, no inhabilitarán a sus trabajadores a presentar proyecto de contrato colectivos durante la vigencia de los mismos (artículo 307 del Código del Trabajo) y no podrán ser habilitantes para la extensión de beneficios (artículo 322 del Código del Trabajo).

2. La negociación colectiva voluntaria y el derecho de huelga

La huelga es un derecho constitucionalmente reconocido en el derecho chileno, de carácter implícito, como han afirmado prácticamente —con unanimidad— tanto la jurisprudencia judicial, como la constitucional.

En efecto, la jurisprudencia nacional ha afirmado categóricamente ese carácter: se trata, se dice, de un “derecho fundamental de reconocimiento implícito en la Constitución”, y al que se le atribuye, como ocurre en buena parte de las sociedades modernas, una importancia básica: “carecen los dependientes de otra herramienta pacífica que puede contrapesar la autonomía y poder de la propiedad”.³ Y en ese mismo sentido, se ha sostenido que “de modo diferente al que, contraproducentemente, se insinúa en el recurso, la huelga no es un desenlace no deseado para una negociación colectiva” sino que “un derecho adherido indisolublemente a la libertad sindical y se traduce en un medio que permite hacer efectivo el ejercicio del derecho a la negociación colectiva”.⁴

La razón de dicho reconocimiento se produce por tres vías concordantes: por una parte, la idea de que la autonomía colectiva recogida en el artículo 19, número 19, supone el reconocimiento a los medios de acción y reivindicación de los trabajadores, particularmente el modo paradigmático de esa acción: la huelga. Por otra parte, el establecimiento en la norma del artículo 19, número

³ Corte Suprema, Rol 3514-2014, 04 de diciembre de 2014, considerando 28. En ese mismo sentido, Corte Suprema, Rol 995-2008, 15 de mayo de 2008, considerando 9, entre otras; y las sentencias de Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 142-2014, sentencia de fecha 11 de marzo de 2014, considerando 8. Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 183-2014 sentencia de fecha 9 de julio de 2014, considerando 6.

⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 142-2014, sentencia de fecha 11 de marzo de 2014, considerando 8.

16 de la Carta Magna, del derecho constitucional de la negociación colectiva, implica —como contenido funcional y necesario de la misma— la herramienta básica de presión de los trabajadores representada por la huelga.⁵ Y, por último, la huelga es clave para la realización del principio de protección del trabajo previsto en el artículo 19, número 16, párrafo primero de la Constitución,⁶ en el entendido que la organización sindical tiene como uno de sus fines legítimos la protección de los trabajadores como categoría de sujetos sometidos al poder privado del empleador.

En ese sentido, por las diversas vías señaladas, la huelga como derecho fundamental expresa el reconocimiento en el orden constitucional chileno de su valor como expresión del “mecanismo de presión” más relevante con el que cuentan los trabajadores insertos en una relación de poder, como es la que da lugar el contrato de trabajo. Se suele sostener que la huelga corresponde a un derecho que se “perfecciona con la provocación colectiva de un daño, premeditado e inevitable al empresario”, agregándose que “implica el propósito deliberado de provocar una lesión económica —y ocasionalmente moral— al titular de los medios de producción”.⁷

En rigor, y desde el punto de vista de los efectos de su ejercicio para el empleador, el derecho de huelga más que un derecho de daño corresponde a un derecho de presión. Ello porque lo que se reconoce jurídicamente como relevante no es la provocación de un daño efectivo al empleador, sino el hecho de poner en manos de los trabajadores una herramienta de presión relevante sobre los destinatarios del ejercicio de ese derecho.

Se trata de un rasgo hoy generalizado en el derecho contemporáneo. La huelga ha escalado —básicamente desde la segunda mitad del siglo veinte— al espacio jurídico más relevante en el tránsito del Estado Liberal de derecho al Estado Social de derecho. Ese tránsito deja, como resultado, la incorporación en el catálogo estándar de derechos con reconocimiento constitucional a la huelga, la que décadas antes era considerada como un hecho ilícito.

⁵ Refuerza el carácter de derecho fundamental en el derecho chileno su reconocimiento expreso en diversos tratados internacionales. Como sostiene Irureta “ese reconocimiento no solo emana de los Convenios N°87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo; también el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales lo acoge en la letra d.) del artículo 8.1. Irureta, Pedro, *Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del art.19 N°16 de la Constitución chilena*, (Colección de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Alberto Hurtado), 2006, p. 198.

⁶ Gamonal, Sergio, “El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena”, *Estudios Constitucionales*, N°1, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile UTAL), 2014, p. 425-458.

⁷ García, Héctor, *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, cap. El derecho de huelga, (La Ley), 2012, p.559. La huelga implica, agrega ese autor, “un derecho a dañar garantizado al más alto nivel normativo”.

Estamos, entonces, frente a un principio constitucional que debe guiar la interpretación de la reforma laboral recién aprobada en Chile.⁸ De hecho, la configuración definitiva de la reforma laboral ha querido hacer un gesto de ese máximo reconocimiento agregando —por primera vez en la historia legislativa chilena— que la huelga “es un derecho” de los trabajadores (Código del Trabajo).

Y, precisamente como aplicación de este principio constitucional, la huelga como derecho fundamental debe ser leída como una de las modificaciones más relevantes de la frondosa reglamentación contenida en la reforma laboral (Ley N° 20.940). En concordancia con su carácter de derecho fundamental, la reforma laboral —posterior a la intervención del Tribunal Constitucional— ha venido a derogar la norma contenida en el artículo 314 bis c) del Código del Trabajo, precepto legal que impedía el acceso a la huelga a las modalidades que no fueran la reglada u obligatoria de negociación colectiva. La hoy derogada norma señalaba que “las negociaciones de que tratan los artículos 314, 314 bis A y 314 bis B no se sujetarán a las normas procesales previstas para la negociación colectiva reglada” agregando que “no darán lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones que para ésta se señalan en este Código”.

Desde la reforma en adelante, nuestro Código del Trabajo ya no contiene norma legal alguna que prive a los trabajadores en las diversas modalidades voluntarias de negociación colectiva del recurso al derecho fundamental que la Constitución les reconoce. Precisamente por lo anterior, y en armonía con esta relevante modificación —la expansión de la huelga a las modalidades voluntarias de negociación colectiva—, el legislador ha debido, para el caso que hubiese decidido excluir el recurso a la huelga, disponerlo expresamente.

En efecto, en la única modalidad de negociación colectiva voluntaria que la reforma ha querido que los trabajadores carezcan de huelga, ha contemplado una norma expresa en ese sentido. Se trata del artículo 365 del Código del Trabajo, que priva para un caso en particular el ejercicio de ese derecho —el de los trabajadores con contrato por obra o faena transitoria—. De más está decir que, con esta modificación legal, el derecho de huelga adquiere el reconocimiento como derecho fundamental dentro del propio Código del Trabajo.

⁸ Respecto del contenido de la huelga como principio constitucional ver Ugarte, José Luis. “Teoría del derecho de huelga, constitución y contenido protegido”, en *Revista Trabajo y Derecho*, N° 23, (Wolters Kluwer), 2016, p.23-38.

Conclusiones

¿Es relevante este reconocimiento para la nueva cartografía de la negociación colectiva que antes trazamos? El reconocimiento de la huelga como derecho de presión en las modalidades voluntarias de negociación colectiva previstas en nuestra legislación laboral, es un hecho que da especial coherencia al sistema de derecho colectivo nacional: se trata de formas de negociación que no sólo carecen de la obligación para el empleador en concordar un convenio colectivo, sino que se traducen en la inexistencia del deber de negociar propiamente tal.

En este sentido, ¿qué rol juega, entonces, la huelga como derecho en las modalidades de negociación colectiva voluntaria previstas por el Código del Trabajo? A diferencia de la huelga en la negociación colectiva reglada u obligatoria, que opera como una etapa al final del procedimiento, la huelga en estos casos adquiere una función jurídica distinta: sirve de mecanismo de presión legítima a el o los empleadores, o a sus asociaciones gremiales, con el propósito de que, efectivamente, se establezca un proceso de negociación colectiva de trabajo.

De acuerdo con ello, y en nuestro contexto jurídico, dado que se trata de modalidades “voluntarias” —no obligatorias— de negociación colectiva, la única forma de presión jurídicamente reconocida a los trabajadores, para que esa negociación se lleve adelante, proviene —precisamente— del ejercicio del derecho de huelga.

De este modo, en la nueva cartografía de la negociación colectiva regulada por el Código del Trabajo, la huelga aparece como esa herramienta fundamental para la construcción de un derecho —tal como se nos dijo al inicio del proceso legislativo de la reforma laboral— que esté al servicio del equilibrio entre las partes de la relación de trabajo.

Crisis institucional en Chile: acogimiento residencial como vulneración del derecho del niño, niña y adolescente a la vida familiar

*Fabiola Lathrop Gómez*¹

Resumen

Este trabajo aborda la vulneración del derecho a la vida familiar que sufren los niños, niñas y adolescentes que se encuentran sometidos a una medida de protección de carácter residencial. Los trágicos hechos sucedidos durante el año 2016 en los centros residenciales a cargo del Servicio Nacional de Menores desencadenaron una serie de reacciones a nivel institucional, con el objeto de determinar responsables y buscar soluciones a la crisis desatada. El trabajo recapitula dichos hechos y reacciones; se detiene en las críticas formuladas al tratamiento normativo de las vulneraciones de derechos de niños, niñas y adolescentes, así como en la desregulación de su derecho a la vida familiar. Finalmente, el trabajo comenta las iniciativas legales en curso para la implementación de un sistema integral de protección de derechos de nuestros niños, niñas y adolescentes.

Introducción

En julio de 2013 fueron publicados los resultados parciales de un estudio llevado a cabo por el Poder Judicial de Chile y UNICEF-Chile acerca del sistema

¹ Fabiola Lathrop Gómez, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Abogada, Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesora Asociada de la carrera académica ordinaria del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Agradezco la colaboración del señor Joaquín Mesías Toro en la reconstrucción de los hechos de connotación social y periodística descritos en este trabajo.

residencial de niños, niñas y adolescentes (NNA) de nuestro país.² Este informe dio cuenta de las deficientes condiciones de vida existentes al interior de los centros de residencia de NNA, es decir, de menores de edad respecto de los cuales el Estado chileno había adoptado una medida de protección consistente en el alejamiento de su entorno familiar y comunitario. Conforme a la ley chilena, este tipo de medidas judiciales proceden frente a una “grave vulneración o amenaza de vulneración” de derechos de los NNA.

A partir de entonces, se ha agudizado la llamada “crisis del Servicio Nacional de Menores (SENAME)” que arrastramos desde hace décadas. La sociedad ha sido testigo de una serie lamentable de hechos, en su gran mayoría denunciados a través de la prensa; algunos de ellos han dado lugar a destituciones y dimisiones de autoridades, así como a interpelaciones en el Congreso Nacional; otros se han judicializado en sede civil y/o penal para la determinación de los responsables, con mayor o menor éxito; y, en buena parte, han sido analizados por comisiones especiales de investigación del funcionamiento de SENAME en el seno de nuestro Parlamento.³

En estas páginas repasamos algunos de estos hechos, particularmente los acaecidos durante el año 2016, con la intención de poner en evidencia la deficiencia del sistema de protección de derechos de los NNA chileno, en especial, de su derecho a vivir en familia. En primer lugar, se presenta una reseña de las irregularidades detectadas en el cumplimiento de la función de SENAME de protección de los derechos de NNA que se encuentran a su cuidado directo o a cargo de organismos colaboradores bajo su supervisión. En segundo lugar, analizaremos el tratamiento nacional e internacional del derecho a la vida familiar, con especial énfasis en el NNA. Luego, efectuaré algunas críticas a la regulación chilena en casos de vulneración de los derechos

² Me refiero al estudio contenido en el “Boletín N° 2: El Sistema Residencial en Chile. Análisis de casos: Aldeas Infantiles SOS.” Este Boletín presenta los resultados parciales de una investigación realizada en el contexto del Proyecto de Levantamiento y Unificación de la Información de niños/as en el sistema residencial 2011-2012, encabezada por UNICEF-Poder Judicial. Al respecto, puede consultarse: Corporación Administrativa del Poder Judicial, “Informe Estadístico de los niños/as privados de cuidado parental en Chile. Año 2013”; Ciperchile.cl, Niños protegidos por el Estado: Los estremecedores informes que el Poder Judicial mantiene ocultos, 04 de julio de 2013; y Ciperchile.cl, Niños protegidos por el Estado II: la falta endémica de recursos que los deja sin la mínima asistencia, 09 de julio de 2013.

³ La primera de ellas, creada en julio de 2013, se denominó “Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento de SENAME” y emitió su informe el 03 de marzo de 2014. La segunda se denominó “CEI de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas de la Cámara de Diputados, por la aprobación del informe de la Comisión Investigadora del SENAME en el año 2014, y la situación de menores de edad carentes de cuidado parental”, fue creada el 10 de mayo de 2016 y emitió su informe el 03 de julio de 2017, el que fue rechazado por la Cámara.

del NNA. En cuarto lugar, se comentarán los principales proyectos de ley que conforman la agenda legislativa sobre infancia. Por último, presentaré algunas consideraciones finales.

1. Los hechos que precipitaron el colapso institucional de la protección de derechos de los NNA

1.1. Fracaso del acogimiento residencial: inexistencia de un sistema integral de protección de derechos de NNA

Nuestro país conoce la deficiente protección de derechos de los NNA. Usuarios del sistema y expertos jurídicos y psicosociales son conscientes de las graves falencias que presentan las políticas públicas y las leyes referidas a los derechos de los NNA. El revuelo mediático generado en torno a los trágicos sucesos que comentaré en los apartados siguientes sólo ha hecho patente una realidad sabida por la sociedad chilena, y ha precipitado la adopción de medidas dispersas, en un intento por aplacar las críticas a la gestión del sistema.

La Ley Orgánica de SENAME señala que éste es “(...) un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos y a la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal (...)”⁴. Sus funciones no se ubican en un sistema integral de protección de derechos de NNA, pues éste no existe en nuestro país. Esta carencia ha provocado una inadecuada confusión entre las tareas de SENAME de promoción, difusión y prevención; la responsabilidad por la protección de los derechos de los NNA —estén o no en situación de vulneración—; y el deber de proveer oferta especializada. Esta deformación funcional ha terminado por colapsar el sistema, al punto de producirse graves violaciones a los derechos del NNA dentro de la propia estructura institucional de SENAME.

El Informe Nacional de Visitas a Hogares y Residencias de Protección de la red SENAME y Privado recopila la información consignada por los jueces de familia que visitaron todas las residencias de SENAME, tanto de administración directa como de organismos colaboradores, a nivel nacional. En las conclusiones del informe se constatan las siguientes debilidades: existe sobrepoblación en

⁴ Artículo 1, Decreto Ley N°2465 que crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su Ley Orgánica.

gran parte de las residencias visitadas; hay una permanente baja dotación de personal profesional y técnico; la infraestructura de los centros es insuficiente; no existen programas que aborden el trabajo del tiempo libre y del ocio de los NNA; y falta coordinación entre quienes dirigen los centros y SENAME.⁵

Si bien no existe un seguimiento a los NNA que pasan por centros residenciales —que permita conocer su trayectoria futura y analizar el efecto que tuvo en sus vidas la internación—, existe un estudio que indica que, doce meses después de abandonar el programa de protección de derechos administrado por SENAME, el 8% de los NNA que había dejado de ser beneficiarios de los mismos al cumplir la edad reglamentaria, había ingresado al sistema de justicia juvenil. Asimismo, se relacionan con este ingreso: la entrada temprana a tales programas, la deserción escolar, el consumo de drogas y el trabajo infantil.⁶ La atención en centros residenciales y programas de acogimiento excede el plazo establecido originalmente, permaneciendo en promedio en ellos los NNA tres años.⁷ Cuando se comparan los centros residenciales con los programas de familias de acogida, la duración de la estadía no varía sustancialmente: ninguna de las dos alternativas pareciera ser efectivamente temporal y es prolongada en el caso de hogares de NNA con discapacidad.⁸ El 81,8% de estos NNA vuelve a sus familias biológicas, el 11,4% es derivado a otros programas y, aproximadamente el 2,2%, es entregado a familias sustitutas o adoptivas; sin embargo, menos del 48,8% de los NNA que egresan han cumplido con los objetivos de la intervención.⁹ Estos datos sitúan globalmente los abusos, muertes y excesos, que comentaremos a continuación.

1.2. La muerte de Lissette Villa

El día 11 de abril de 2016, Lissette Villa, una niña de 11 años que se encontraba bajo el cuidado proteccional del Centro de Reparación Especializada de

⁵ Corporación Administrativa del Poder Judicial, Departamento de Desarrollo Institucional, Unidad de Seguimiento e Información Acta 37-2014, “Informe Nacional Visita a Hogares y Residencias de Protección Red SENAME y Privados. Agosto 2016”, pp.153-154.

⁶ Cfr. Álvarez, Jorge, “Historia de adolescentes egresados de la red de protección del Sename y factores de riesgo de ingresar a la justicia juvenil”, en Señales, (Sename, Ministerio de Justicia), núm. 11, Año 6, agosto 2013, pp.43-61.

⁷ Cfr. Iruarrizaga, Francisca, “Rediseñando el sistema de protección a la infancia en Chile. Entender el problema para proponer modelos de cuidado alternativos y ayudar a la reunificación familiar”, en *Estudios Públicos*, núm. 141, 2016, p.27.

⁸ Datos tomados de Iruarrizaga, Francisca, “Rediseñando el sistema de protección a la infancia en Chile. Entender el problema para proponer modelos de cuidado alternativos y ayudar a la reunificación familiar”, en *Estudios Públicos*, núm. 141, 2016, p.20.

⁹ Ministerio de Justicia, Unidad de Estudios, “Anuario estadístico institucional 2015”, pp.138-139.

Administración Directa (CREAD) Galvarino, en la comuna de Estación Central, falleció bajo confusas circunstancias. Antes de evacuarse el informe del Servicio Médico Legal (SML) que constatará la causa de muerte de la niña, la Directora de SENAME de ese entonces, Marcela Labraña, afirmó que “una crisis emocional provocada por la ansiedad de no recibir una visita esperada le habría causado un paro cardiorrespiratorio”.¹⁰

Tras la muerte de Lissette, se abrió un sumario administrativo interno por parte de SENAME, mientras que se dio inicio a una investigación por el Ministerio Público. Ambos procedimientos buscaban esclarecer las circunstancias de su fallecimiento.

En agosto de 2016, un informe elaborado por la Policía de Investigaciones daba cuenta de una serie de factores de riesgo a los que se encontraba sometida Lissette, que pudieron provocar su muerte; entre ellos, se indicaban elementos neurológicos (discapacidad intelectual moderada), sociales (vivió gran parte de su vida institucionalizada), psiquiátricos (se le administraban psicofármacos), cardíacos (presencia de tejido adiposo en el miocardio), hepáticos y toxicológicos (por medicación).¹¹ Sin embargo, dicho informe habría sido categórico al señalar que “existió un mal manejo de la crisis que la niña tuvo el día 11 de abril de 2016 por parte de las funcionarias de la institución, lo que significó su muerte por asfixia”.¹²

Luego de ocho meses de investigación encabezada por el Ministerio Público, el SML precisó que la muerte de Lissette Villa fue provocada por “asfixia por sofocación producto de una compresión mecánica externa”.¹³ El informe detalló que dos funcionarias del CREAD Galvarino, ante la crisis emocional de Lissette, “actuaron con pleno desconocimiento del protocolo que se debería usar, y sin conocimiento de primeros auxilios”; por lo que, al “inmovilizarla, se subieron encima de ella comprimiendo la región torácica y abdominal, lo que imposibilitó por varios minutos que la niña respirara”.¹⁴

El 1 de marzo de 2017 se llevó a cabo la audiencia de formalización de las imputadas por la muerte de Lissette. Fueron formalizadas, en calidad de

¹⁰ *El Mercurio*, Abren investigación por muerte de niña en centro de Sename. 13 de abril de 2016, página C9.

¹¹ Policía de Investigaciones de Chile, Departamento de Medicina Criminalística, Informe N°83, 08 de Julio de 2016.

¹² *Quepasa.cl*, ¿De que murió Lissette?, 26 de agosto de 2016.

¹³ *Elmostrador.cl*, La verdad sepultada: Lissette Villa habría muerto tras ser torturada por sus cuidadoras, 18 de diciembre de 2016.

¹⁴ *Ibidem*.

autoras, dos educadoras de trato directo, por el delito de apremios ilegítimos y tormentos con resultado de muerte, junto con otros seis funcionarios del mismo centro, en calidad de encubridores; además, fueron fijadas las medidas de arraigo nacional y firma mensual para tres de los imputados.

1.3. Comisión Investigadora de SENAME II

Luego de la muerte de Lissette Villa, en mayo de 2016, la Cámara de Diputados aprobó la creación de una Comisión Especial Investigadora —llamada Comisión Investigadora de SENAME II—, con el fin de obtener información sobre el cumplimiento, por parte de las autoridades de gobierno, de las propuestas del Informe de la Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento de SENAME, creada anteriormente (en el año 2014).¹⁵

A medida que esta Comisión fue recibiendo informes de los distintos organismos investigados, se revelaron más hechos irregulares, como la incongruencia de los datos existentes en cuanto a la cantidad de NNA fallecidos bajo el cuidado proteccional de SENAME.

En efecto, por petición del diputado Saffirio, mediante ley de transparencia, SENAME informó la nómina de NNA fallecidos bajo su cuidado directo o de organismos colaboradores.¹⁶ Consignó que “un total de 185 menores que se encontraban a cargo de instituciones dependientes del Servicio Nacional de Menores han fallecido desde 2005 a mayo de 2016”;¹⁷ agregando que “del total de muertes, 134 de ellas se produjeron en establecimientos de salud sin indicar cuál; 49 en organismos colaboradores del servicio; mientras que dos correspondieron a centros de administración directa de SENAME”.¹⁸

Sin embargo, esta información fue cuestionada, pues se contradecía con las cifras manejadas por UNICEF-Chile. Esta institución, en un documento titulado “La situación de niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe”, de 2012, establecía que “75 niños, niñas y adolescentes fallecieron en 2010, durante el periodo de cuidado en instituciones de protección en el país”.¹⁹ Esa cifra no era congruente con lo informado por

¹⁵ Según Oficio N°12.531 de 20 de mayo de 2016, ver nota n°3.

¹⁶ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ORD. N°4458, ANT.: Oficio N°19.457 de fecha 04 de mayo de 2016, Cámara de Diputados, MAT.: Responde Petición que indica, Santiago, 07 de julio de 2016.

¹⁷ latercera.cl, Informe: 185 menores dependientes de instituciones del Sename han muerto desde 2005. 11 de Julio de 2016.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ elmostrador.cl, Unicef contradice Cifra oficial de menores muertos en Sename, 21 de julio de 2016.

SENAME, pues el informe entregado a la Comisión Investigadora contemplaba que sólo “15 (menores y adolescentes) perecieron en 2010 (13 murieron en establecimientos de salud y dos en organismos colaboradores)”.²⁰

Finalmente, en octubre de 2016, la directora de SENAME, Solange Huerta, actualizó las cifras de NNA fallecidos bajo el cuidado y supervisión de la institución durante el período de enero de 2005 y junio de 2016. Indicó que “tras una investigación de dos meses y medio, se confirmó que en este período murieron 210 niños que vivían en el sistema de protección de residencias que mantiene el organismo. Mientras que otros 406 menores fallecieron estando en recintos privados que funcionan como colaboradores”.²¹ Señaló que del desglose de los “210 menores informados como fallecidos en el sistema de residencias, 113 tenían algún grado de discapacidad, 74 eran menores de seis años, 131 tenían alguna enfermedad, mientras que 32 no estaban enfermos. Además, en 47 casos la causa de muerte no es concluyente.” Enseguida, agregó que “respecto de los 406 niños asociados a la protección de colaboradores privados, 177 estaban diagnosticados con alguna enfermedad, 180 estaban sanos y en 49 casos la causa [de muerte] no es concluyente”.²² En cuanto a la diferencia de las cifras entregadas en julio de 2016 por la misma institución, la Directora explicó que la disconformidad se debía a que dicho informe “consideraba solo hasta el 30 de mayo de 2016 y que ahora se aplicó un procedimiento aún más riguroso”.²³

1.4. Uso y abuso de psicofármacos en los centros de SENAME

Luego de la muerte de Lissette Villa, CIPER Chile realizó una investigación periodística en la cual se describía un alto uso de medicamentos del tipo psicofármacos en los centros administrados por SENAME y sus organismos colaboradores.²⁴ El reportaje señaló que en la Región Metropolitana existen “979 niños y adolescentes en las residencias administradas directamente por el SENAME”, tanto en hogares de protección como en el sistema de justicia juvenil. Además, agregó que solo en esta región “las dosis promedio de antidepresivos, antipsicóticos y tranquilizantes suman más de 10 mil al mes”²⁵. Asimismo,

²⁰ Ibidem.

²¹ elmostrador.cl, Sename: Solange Huerta eleva a un total de 210 la cifra de menores muertos bajo la tutela de la institución. 3 de octubre de 2016.

²² Ibidem.

²³ t13.cl, Sename: 210 niños han muerto en hogares de menores los últimos 11 años. 03 de octubre de 2016.

²⁴ ciperchile.cl, El uso y abuso de psicofármacos en los Hogares del Sename, 28 de abril de 2016.

²⁵ Ibidem.

indicó que los “testimonios recogidos entre psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras, enfermeros y educadores que trabajan en centros del SENAME, muestran la verdadera función que cumplen los psicofármacos en el control de los menores”;²⁶ en el sentido de que, “ante el colapso de los centros, el hacinamiento y la falta de personal, muchas veces se los medica para evitar comportamientos disruptivos que puedan poner en riesgo la integridad de los menores”.²⁷

El reportaje detalló las modalidades en que los psicofármacos se administran a NNA. Así, la medicación diaria está destinada a “estabilizar el ánimo, reducir la hiperactividad, impulsos agresivos e insomnio” (con medicamentos como aradix, clonazepam, entre otros); y la medicación “sos”, que consiste en “un cóctel de fármacos de emergencia” (clonazepam, quetiapina y clorpromacina). En casos especialmente graves, se administra una segunda dosis de “sos”, consistente en una inyección intramuscular del sedante benzodiacepina y del antipsicótico clorpromacina. Conforme al reportaje, todos estos medicamentos son recetados por psiquiatras del mismo servicio o de los servicios de salud pública; sin embargo, son aplicados por el propio personal de SENAME.²⁸

1.5. Reacción del Poder Ejecutivo: el envío de dos proyectos de ley

El día 24 de marzo de 2017, la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, anunció el despacho de dos proyectos de ley que buscaban eliminar SENAME y crear dos servicios especializados. La Presidenta señaló que frente a la crisis actual del sistema de protección de los derechos de los NNA, se hace “necesaria diferenciación de dos funciones claramente distintas que hasta hoy ha debido asumir el Servicio Nacional de Menores”; agregando que esta medida busca reemplazar al SENAME por dos organismos diferentes: “un Servicio Nacional de Protección especializada para niños y niñas que dependerá del Ministerio de Desarrollo Social, y un Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil que dependerá del Ministerio de Justicia”.²⁹

Los hechos relatados precipitaron la presentación de estas iniciativas. Como veremos en el apartado 4, estos dos servicios forman parte del Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez que el Ejecutivo ha impulsado, desde

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ elmostrador.cl, Presidenta Bachelet firma proyectos de ley para dividir el Sename y combatir incendios forestales, 27 de marzo de 2017.

2015, mediante el proyecto de ley que lo contiene. La “división” de SENAME en dos servicios nuevos viene a dar satisfacción al compromiso internacional de nuestro país, cuyo cumplimiento le había hecho ver el Comité de Derechos del Niño.³⁰

2. El derecho del NNA a la vida familiar

Nuestro ordenamiento no se refiere explícitamente al derecho a la vida familiar. La Constitución Política de la República (CPR) se limita a declarar que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y que es deber del Estado darle protección y propender a su fortalecimiento (art. 1 incisos segundo y cuarto); para más adelante establecer que se asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (art. 19 N° 4), así como la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (art. 19 N° 5). En el contexto del Derecho de Familia y de la Infancia existe sólo una referencia a este derecho en la Ley de Adopción.³¹ A su vez, la doctrina y la jurisprudencia lo han desarrollado muy escasamente.³²

El derecho a la vida familiar está consagrado en los artículos 5, 9, 18, 19, 20 y 27 de la Convención Sobre Derechos del Niño (CDN); artículo 19 del Pacto de San José de Costa Rica; artículo 15 del Protocolo de San Salvador; y artículo 11 b) de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad. Estas normas reconocen a la familia como el medio prioritario en que debe desarrollarse el NNA; afirman que el Estado debe propender a que

³⁰ Comité de Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención, Chile, 2007, párrafo 3 letra e).

³¹ Su art. 1 señala que: “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”.

³² Ver Espejo, Nicolás, “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”, en Lepín, Cristian y Gómez de la Torre, Maricruz (coordinadores), *Estudios de Derecho Familiar I*, (La Ley-Thomson Reuters), 2016, pp. 197-209; Rizik, Lucía, “Los derechos del niño y la protección a la familia. El caso Fornerón e Hija vs. Argentina de la CIDH”, en *Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado*, núm. 6, diciembre 2014, pp. 35-48. La jurisprudencia aborda sólo tangencialmente el derecho a la vida familiar cuando la separación del NNA de su familia resulta desproporcionada. Cfr. Lathrop, Fabiola, “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 22, julio 2014, pp. 197-229.

la familia cumpla la función de su cuidado y que, por ende, debe intervenir solo cuando aquella falle en este cometido.³³

Asimismo, el derecho a la vida familiar ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina comparada³⁴ y los órganos de los sistemas universal y regional de Derechos Humanos. Las Directrices sobre las Modalidades de Cuidado Alternativas de Niños³⁵ constituyen las pautas de orientación política y práctica esenciales, en torno a las que los Estados deben brindar protección especializada a los derechos del NNA privado de cuidado parental o en peligro de estarlo. En concreto, separar al NNA de su familia debe ser la última alternativa de intervención disponible, temporal, por el menor tiempo posible, procurar mantenerlo lo más cerca de su residencia habitual, estar sujeta a revisión periódica y, especialmente, autorizada por la satisfacción del interés superior del NNA y su derecho a ser oído. La Directriz N° 3 establece claramente que “Al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados principalmente a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, bajo la de otros familiares cercanos, o que vuelva a ella (...)”.

En nuestro sistema regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido una interesante vinculación entre los derechos a la vida familiar y a la identidad. Así, ha señalado que el artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y que ella debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Agrega que “dada la importancia del derecho a la protección a la familia, el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza

³³ Se trata de las dimensiones positivas y negativas de este derecho. Cfr. Lázaro González, Isabel, “Intervención pública en la protección de menores y respeto a la vida en familia: aportaciones del Tribunal de Estrasburgo”, en *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 83-84, 2011, pp. 263 y 265.

³⁴ A modo ejemplar: Cédola, Carolina, “Instituciones alternativas a la responsabilidad parental. Tutela. Guarda”, en Fernández, Silvia (directora), *Tratado de Derechos de Niños, niñas y Adolescentes*, Buenos Aires, (Abeledo Perrot), 2015, pp.1115-1134; Benavente, Pilar, “Riesgo, desamparo, y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, pp. 15-62; Ferrer i Riba, Josep, “Principles and prospects for a European System of Child Protection”, en *InDret*, núm. 2/2010, pp. 1-31; Gómez, Blanca y Berástegui, Ana, “El derecho del niño a vivir en familia”, en *Miscelánea Comillas*, vol. 67, núm. 130, 2009, pp. 175-198; Doek, Jaap E., “Article 8. The Right to Preservation of Identity. Article 9. The Right not to Be Separated from His or Her Parents”; en *Por todos*, Alen, André; *A Commentary on the United Nations Convention on the Right of the Child*, Leiden-Boston, (Martinus Nijhoff Publishers), 2006, pp. VIII-31.

³⁵ Resolución de Naciones Unidas aprobada por la Asamblea General N°64/142-2009. Al referirse a las “Directrices” o a la “Directriz”, aludo a ellas.

del núcleo familiar y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia. Así, el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”.³⁶

La Corte IDH ha señalado también que el mencionado artículo 17 reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general, agregando que el derecho a la protección de la familia es “tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas”.³⁷ Por último, en la Opinión Consultiva N° 17, de 2002, la propia Corte IDH estableció “Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”.³⁸

Especial relevancia tiene un pronunciamiento de la Corte IDH de 2011, efectuado al conocer de medidas provisionales solicitadas en un caso vinculado estrechamente con el derecho del NNA a la vida familiar y a su identidad, y que abrió paso a la decisión de fondo adoptada un año más tarde contra Argentina.³⁹ La Corte IDH señaló que “la circunstancia de que la situación de guarda y cuidado del niño permanezca indeterminada mientras las solicitudes que buscan establecer un relacionamiento con su familia continúan sin resolución, configura una situación de extrema gravedad que podría afectar de manera irreparable los derechos a la identidad, integridad psíquica y mental (...)”.⁴⁰ Agregó que “los procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de los niños que se encuentran en su primera infancia deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades”, debiendo “garantizar los derechos en posible riesgo hasta tanto

³⁶ Corte IDH, caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Fondo, sentencia de fecha 04 de septiembre de 2012, párrafo 145.

³⁷ Corte IDH, caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica. Fondo, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012, párrafo 145; ver también Corte IDH, caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia. Fondo, sentencia de fecha 3 de septiembre de 2012, párrafo 225.

³⁸ Corte IDH, OC-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002, Seria A N° 17, párrafos 75 y 77, y opinión 5, p. 86.

³⁹ Corte IDH, caso Forneron e hija vs. Argentina. Fondo, sentencia de fecha 27 de abril de 2012, párrafos 41, 107 y 109.

⁴⁰ Corte IDH, Medidas provisionales respecto de Paraguay. Asunto M. L., resolución de 11 de julio de 2011, párrafo 12.

no se resuelva la controversia sobre el fondo y de asegurar el efecto útil de la eventual decisión que se adopte”.⁴¹

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha afirmado que el Estado nacional debe ser cuidadoso al evaluar el impacto que la medida de alejamiento puede causar en el NNA y en sus padres; que estas medidas deben considerarse temporales, por lo que se les debe poner término tan pronto como las circunstancias lo permitan; y que cualquier medida alternativa de cuidado temporal debe encaminarse a que el NNA vuelva a estar bajo la crianza de sus padres.⁴²

Al resolver un caso contra Austria, el TEDH afirmó que las autoridades no habían adoptado acciones positivas para explorar alternativas que permitieran a los integrantes de una familia permanecer unidos, lo cual había violado el derecho a la vida familiar.⁴³ Asimismo, ha afirmado que la toma a su cargo de un NNA por la autoridad pública no pone fin a sus relaciones familiares naturales, debiendo propenderse a la reintegración.⁴⁴ El mero hecho de que el NNA pudiera tener un mejor ambiente o mejores condiciones para su desarrollo, no justifica, por sí mismo, que se adopte la medida de separarlo de sus padres,⁴⁵ sin que tampoco se justifique por la mera referencia a la situación precaria de sus padres, que puede tener en la vida del NNA una significación menor que su separación de la familia.⁴⁶

En suma, la protección del derecho a la vida familiar del NNA debe tener un carácter preventivo, debiendo toda medida, en casos de vulneración o amenaza, garantizar su máximo disfrute; de forma que el alejamiento de su entorno a través de una “institucionalización” solo proceda cuando se hayan agotado todas las acciones positivas tendientes al fortalecimiento familiar y consiguiente permanencia en el núcleo fundamental de origen.⁴⁷ La autoridad pública debe proveer al NNA un contexto de vida apropiado que lo aleje de la vulneración o

⁴¹ Corte IDH, Medidas provisionales respecto de Paraguay. Asunto M. L., resolución de 11 de julio de 2011, párrafo 16.

⁴² TEDH, caso P. C. and S. vs. United Kingdom, sentencia de fecha 16 de julio de 2002, párrafos 116 y 117.

⁴³ TEDH, caso Moser vs. Austria, sentencia de fecha 21 de septiembre de 2006, párrafo 70.

⁴⁴ TEDH, caso Couillard Maugery vs. Francia, sentencia de fecha 1 de julio de 2004, párrafo 270.

⁴⁵ TEDH, caso K. A. vs. Finlandia, sentencia de fecha 14 de enero de 2003, párrafo 92.

⁴⁶ TEDH, caso Saviny vs. Ucrania, de fecha 18 de marzo de 2009, párrafo 50.

⁴⁷ Cfr. Rodríguez, Laura y Blanck, Ernesto, “Ley 26.061: intervención estatal y medidas de protección”, en García, Emilio (compilador), *Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, 2008, Buenos Aires, (Fundación Sur-Editores del Puerto), p. 189.

amenaza a través de un acogimiento prioritariamente familiar. Esto significa que el NNA debe ser ubicado en un espacio conformado preferentemente por una familia, en especial aquella extensa a la que pertenece naturalmente; y que el acogimiento puede ser transitorio, permanente, e incluso preadoptivo, conforme a las circunstancias concretas, para satisfacer al máximo su bienestar y garantizar su interés.

3. Críticas a las normas sobre protección de derechos de NNA en Chile

El derecho a la vida familiar no está consagrado ni protegido adecuadamente en el ordenamiento nacional. La regulación inorgánica de los derechos del NNA con que actualmente contamos no hace referencia a este derecho. Tampoco la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado su contenido y alcances. El funcionamiento del sistema de justicia parece indicar que el derecho del NNA a la vida familiar se sacrifica desproporcionadamente frente al goce de otros de sus derechos que podrían encontrarse amenazados o vulnerados en su ejercicio, como el de integridad física o psíquica.⁴⁸ NNA son separados de sus familias y entornos sociales y comunitarios extralimitando los estándares legales,⁴⁹ conduciéndolos a instituciones que no velan por sus derechos, que más bien ponen en riesgo sus vidas (como surge de los hechos y datos comentados en párrafos anteriores).

Las falencias del marco regulatorio de las medidas de protección de derechos del NNA inciden directamente en la crisis institucional que hemos comentado. En un trabajo anterior he podido detenerme en algunas de ellas; en esta ocasión las resumo del siguiente modo:⁵⁰

⁴⁸ El libro “Todos fueron culpables”, de Lilian Olivares (Ediciones UC, 2014), narra la historia de una niña inmigrante violada y asesinada en Carrizal Bajo, mientras se encontraba a cargo de su cuidadora, luego de haberse dictado medidas de protección de sus derechos que importaron el alejamiento de su familia. La muerte de Paola Cajales, el 28 de febrero de 2011, es un dramático ejemplo del fracaso de la intervención judicial, agudizado por el contexto de marginación, pobreza e inmigración ilegal que ella y su familia sufrían.

⁴⁹ El inciso tercero del artículo 30 LM establece que la separación del NNA de su entorno familiar sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado, y en defecto de las personas con las que tenga una relación de confianza; y que tendrá un carácter esencialmente temporal, no debiendo decretarse por un plazo superior a un año y revisarse cada seis meses.

⁵⁰ Lathrop, Fabiola, “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno”, en Revista Chilena de Derecho Privado, núm.22, julio 2014, pp. 197-229.

En uno de los pocos artículos escritos al respecto, un juez de familia señala, en el año 2010, que las normas referidas a las medidas de protección no se ajustan a la CDN, agregando que su aplicación requiere de normas jurídicas de índole preventiva.⁵¹ Asimismo, se señala que estas y otras medidas son “mal concebidas” como el “principal instrumento a través del cual el Estado ejerce la potestad cautelar, cuyos destinatarios son los “menores en situación irregular”, ya sea porque han sido abandonados, se encuentran desamparados, presentan algún tipo de desajuste conductual o han infringido la ley penal siendo inimputables”.⁵² Ello, debido a que estas medidas responderían a procedimientos tutelares encaminados a la “protección de la persona” más que a los “derechos” del NNA.

La regulación de las medidas de protección de derechos del NNA no establece un supuesto determinado que amerite su aplicación. El artículo 30 de la Ley de Menores (LM)⁵³ establece que en los casos previstos en el artículo 8 N° 7 de la Ley que crea los Tribunales de Familia (LTF)⁵⁴ podrán decretarse las medidas que sean necesarias para proteger a los “menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos”.⁵⁵

Algo similar sucede con el elenco de las medidas de protección, que es abierto y que está desprovisto de la naturaleza preventiva connatural a su procedencia, conforme a los cánones de la CDN. El artículo 30 LM establece que “en particular, el juez podrá” (es decir, tiene libertad para ordenar otra medida no enumerada por dicha norma) disponer: “1) (...) la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes; (...) 2) (...) el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial.”

⁵¹ Cfr. Núñez, Germán, “La judicatura de familia ¿Tutela efectiva de los Derechos de los Menores?: las medidas de protección en el Derecho chileno”, en Revista Chilena de Derecho de Familia, núm. 3, 2010, pp. 247, 249 y 257.

⁵² Cfr. Millán, Patricio y Villavicencio, Luis, “La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección”, en Revista de Derechos del Niño, núm. 1, 2002, p. 50.

⁵³ Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2000.

⁵⁴ Ley N°19.968, de 2004.

⁵⁵ El artículo 8 N° 7 LTF determina que corresponderá a los Juzgados de Familia conocer y resolver de “todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas y adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores”. El artículo 68 inciso primero de la misma ley se refiere a derechos de NNA “amenazados o vulnerados”.

A su vez, si bien en lo que sigue del texto del citado artículo 30 LM se apega al carácter de *ultima ratio* que debe revestir la separación del NNA de su entorno familiar,⁵⁶ el sistema permite que la práctica judicial resuelva contrariando tal carácter. A mayor abundamiento, el actual tratamiento de las medidas de protección ha permitido ciertos vicios en su utilización, los que, finalmente, desvirtúan la naturaleza jurídica cautelar de estas medidas. Así, no obstante tener el procedimiento especial contenido en la LTF (artículos 68 a 80) un carácter cautelar autónomo,⁵⁷ se detecta un gran número de situaciones en que la medida de protección —especialmente aquella gatillada vía denuncia— es utilizada inescrupulosamente para preparar demandas de contenido civil (cuidado personal o adopción de NNA).⁵⁸

Finalmente, se advierte la vulneración del derecho al derecho del NNA al debido proceso, toda vez que la LTF razona sobre la base de que el NNA no es parte del mismo.⁵⁹ Concebir al NNA como *objeto* de una medida tan extrema en términos de afectación de derechos fundamentales —como es la de separación del NNA de su familia— equivale a negarle su calidad de sujeto de derecho. El NNA es parte directa en este tipo de procedimientos pues no hay interés

⁵⁶ Conforme al inciso segundo del artículo 30 LM, de consistir la medida de protección en el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial, el juez debe preferir para que asuman provisoriamente el cuidado del menor, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga una relación de confianza. A su vez, de acuerdo con el inciso tercero de esta norma, esta medida de internación en un establecimiento de protección tiene dos características: a) sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado, y en defecto de las personas con las que tenga una relación de confianza; b) tendrá un carácter esencialmente temporal, no se decretará por un plazo superior a un año y deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses, para lo cual solicitará los informes que procedan al encargado del Centro u hogar respectivo (aunque puede renovarse en estos mismos términos y condiciones mientras subsista la causal que le dio lugar).

⁵⁷ En este sentido, Núñez, René y Cortés, Mauricio, *Derecho Procesal de Familia*, Santiago de Chile, (Abeledo Perrot/LegalPublishing Chile/Thomson Reuters), 2012, p. 364. Conforme a estos autores, este procedimiento se caracterizaría, además, por el interés público que involucra, y por la urgencia, rapidez y socialización exigidas en su sustanciación.

⁵⁸ Así lo sostiene Núñez, Germán, “La judicatura de familia ¿Tutela efectiva de los Derechos de los Menores?: las medidas de protección en el Derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho de Familia*, núm. 3, 2010, pp. 264 y 274.

⁵⁹ Algunos autores sostienen que es parte indirecta, es decir, con interés independiente de las partes directas. Cfr. Núñez, René y Cortés, Mauricio, *Derecho Procesal de Familia*, Santiago de Chile, (Abeledo Perrot/LegalPublishing Chile/Thomson Reuters), 2012, p. 367.

más relevante involucrado en ellos que el del propio NNA.⁶⁰ El Estado debe garantizarle asesoría letrada y defensa técnica especializada.⁶¹

Un adecuado sistema de protección integral de derechos, basado en ciertos principios, como el de legalidad, autorizaría esta medida de separación sólo en casos excepcionales.⁶² La ausencia de un sistema de protección de derechos del NNA de componente eminentemente administrativo, termina por consolidar un modelo en que los tribunales de familia gestionan la oferta de servicios especializados de protección de tales derechos. Un modelo de protección de derechos que ordene, verdaderamente (no sólo en el texto legal), la intervención judicial únicamente en los casos de vulneración grave de derechos del NNA, dejaría a la administración un campo de actuación, de organización y coordinación de servicios especializados, para cuya gestión estaría, al menos teóricamente, mejor dotada. El proceso judicial no es el contexto más idóneo para la efectividad de intervenciones preventivas, psicosociales y restauradoras en materia familiar, ni para la prevención de la vulneración.

La intervención pública en la familia y en el entorno del NNA debe estar asociada a programas y metodologías flexibles y comunitarias. Así, un organismo administrativo de protección de derechos, con fuerte presencia local, competente para adoptar resoluciones y medidas de protección de derechos en casos no graves, intervendría colaborativamente en la situación del NNA, involucrando a su familia, entorno cercano y figuras relevantes para su desarrollo, proponiendo soluciones contextualizadas y pertinentes a su vida. En caso de fracasar en este nivel primario de intervención, la propia administración debiera proponer a la autoridad judicial la implementación de una medida de protección de derechos más fuerte, como podría ser la separación de su familia. Nada impediría que la

⁶⁰ Cfr. Rodríguez, Laura y Blanck, Ernesto, “Ley 26.061: intervención estatal y medidas de protección”, en García, Emilio (compilador), *Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, 2008, Buenos Aires, (Fundación Sur-Editores del Puerto), p. 201.

⁶¹ El nombramiento de un curador *ad litem* —contemplado en el art. 19 LTF— ha sido criticado en la doctrina. Se trata de un mecanismo de defensa de los derechos del NNA insuficiente: no constituye asistencia letrada para el NNA sino más bien una herramienta que busca garantizar el respeto de su interés superior en el juicio, no es obligatorio ni independiente. Ver Greeven, Nel, *Filiación*, Santiago de Chile, (Librotecnia), 2017, pp. 163 y 164.

⁶² En el trabajo “Hacia un rediseño normativo del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes”, en UNICEF, *Los derechos del niño. Una orientación y un límite*, 2015, detectamos, junto a Nicolás Espejo, los siguientes principios: protección reforzada del derecho de los NNA a su vida familiar; legalidad de las medidas de protección; necesidad y proporcionalidad de las medidas de protección; temporalidad de las medidas de protección; derecho de los NNA a ser oídos en los procedimientos de protección; supervisión autónoma de las medidas de protección; especialización y diligencia excepcional en la dictación, supervisión y revisión de las medidas de protección; integralidad de la intervención en materia de protección especial: reforzamiento del rol de la Administración.

intervención judicial se produjera directamente en casos de especial gravedad, en particular, ante un abuso o negligencia parental producido en el propio entorno familiar del NNA, que permita afirmar que no hay un adulto a cargo de su cuidado o que lo hay pero que no ejerce tal función responsablemente.⁶³ El elemento importante en este sentido, es garantizar un “diálogo” entre la administración y el tribunal, que configure un sistema de naturaleza mixta, no puramente judicial, más amigable y cercano a los NNA y sus familias.

4. Breve alusión al Derecho Projectado en materia de derechos de NNA

Consultadas las páginas web del Senado y de la Cámara de Diputados, a mayo de 2017, existen más de cien proyectos de ley —en tramitación— que pretenden mejorar la situación de los derechos de los NNA. De este centenar de iniciativas, me parece útil enumerar las siguientes, así como indicar brevemente su objeto y estado:

Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez: Boletín 10315-18, ingresado a la Cámara de Diputados el 24 de septiembre de 2015, actualmente en Segundo Trámite Constitucional en el Senado. El proyecto recibió casi quinientas indicaciones de parte del Ejecutivo y de parlamentarios; obtuvo sus primeros informes de la Comisión de Familia y Adulto Mayor y de Hacienda, el 12 de diciembre de 2016 y 25 de enero de 2017, respectivamente; el 17 de marzo de 2017 la Comisión de Familia y Adulto Mayor despachó el segundo informe; el 2 de mayo de 2017 se aprobó en particular su discusión; el 3 de mayo de 2017 pasó a la Comisión especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes y a la de Hacienda, en su caso; el 9 de mayo de 2017 se encontraba retirada la urgencia suma.

El carácter de esta ley es “marco”, es decir, establece las bases de un sistema normativo —y también institucional— que se irán desarrollando en otras leyes nuevas o a través de modificaciones a las ya existentes. El objeto de este proyecto ley es establecer, por primera vez en Chile, un sistema que proteja

⁶³ La Directriz 28 sobre las Modalidades de Cuidado Alternativas de Niños entiende por niños “privados de cuidado parental” a todos los niños que, durante la noche, no están al cuidado de a lo menos uno de sus padres, cualesquiera sean las razones y circunstancias de ese hecho; que se encuentra “no acompañado” un NNA si no ha sido acogido por otro pariente o por un adulto que por ley o costumbre sea responsable de acogerlo, y que está “separado” si ha sido separado de un anterior cuidado primario legal o consuetudinario, aunque pueda estar acompañado de otro pariente.

integralmente los derechos de los NNA. Este sistema estaría integrado por políticas, instituciones y normas destinadas a velar por el pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los NNA.

El proyecto original establecía una nueva institucionalidad, privilegiando fortalecer organismos existentes. En el Ministerio de Desarrollo Social se radicaban las tareas de rectoría del sistema a través de un Comité Interministerial. La función de coordinación del sistema correspondería a una subsecretaría dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, denominada “Subsecretaría de la Niñez”. Además, en este Ministerio recaería la articulación de la prestación de servicios y de los programas ejecutables por el propio Ministerio o por otros órganos de la administración y los municipios. Especialmente, en este Ministerio se ubicaba la función de adopción de medidas de protección de derechos del NNA en sede administrativa, en caso de limitación o privación de los mismos. La institucionalidad se completaría con un “Defensor de la Niñez”, que contribuiría a la promoción, protección y defensa de los derechos de los NNA.

El proyecto cuenta con un Título I, que describe el objeto de la ley, señalando los principales obligados al respeto, promoción y protección de los derechos de los NNA (familia, sociedad y órganos de la administración del Estado). Luego, su Título II desarrolla los principios que estructurarían el nuevo sistema: el reconocimiento del NNA como sujeto de derecho; el principio de autonomía progresiva; el derecho a la igualdad; y el interés superior. Se desarrollan también ciertos derechos especialmente relevantes para NNA: a la vida, desarrollo y entorno adecuado, protección contra la violencia, identidad, a vivir en familia, al debido proceso y especialización, a la libertad ambulatoria, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la libertad de expresión y comunicación, a la información, a ser oído, a la participación, a la vida privada, a la honra y propia imagen, a la educación y a la salud.

El Título III se refiere a los sistemas de protección administrativa y judicial, modificando radicalmente el modelo actual. Establece el deber general de los órganos de la administración del Estado de proveer servicios sociales para la protección de derechos del NNA; esboza una redistribución de competencias entre lo administrativo y lo judicial, reservando a este último aspecto aquellos casos en que, como *ultima ratio*, se requiera separar al NNA de su familia.

El Título IV aborda la institucionalidad del nuevo sistema, haciendo referencia a los tres niveles de competencia de los organismos públicos que contempla —estratégico, articulación, y de prestación y adopción de medidas—,

detallando los órganos que formarían parte de cada uno de estos niveles y sus principales funciones, en especial, las del Ministerio de Desarrollo Social (que he señalado antes). Finalmente, en este Título se contemplan normas para la actuación policial (de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones) y las referidas a la participación ciudadana y de los NNA, relevando la actuación de organizaciones de la sociedad civil sin fines de lucro cuyos objetivos se relacionen con la protección y promoción de los derechos de los NNA.

El sistema establecido en el proyecto descansa en la generación de una Política Nacional de la Niñez, destinada a asegurar el pleno desarrollo de todos los NNA; estableciendo sus fines, orientaciones y ejes de acción, los entes públicos y privados obligados a ponerla en práctica y sus dispositivos más importantes de planificación, control y seguimiento. Así, el Título V hace referencia a la Política Nacional de la Niñez y su Plan de Acción, estableciendo sus objetivos generales y contenido mínimo, destacando el carácter universal, coordinado, progresivo, integral e intersectorial que debe tener.

Finalmente, el mensaje del proyecto promete el establecimiento de una nueva acción judicial, especializada y de tramitación rápida, que permitiría exigir a los órganos de la Administración del Estado, dentro de sus competencias y con arreglo a sus disponibilidades presupuestarias, la prestación de los servicios que deben otorgar legalmente, cuando el acceso a ellos hubiese sido negado o limitado afectando los derechos del NNA.

A grandes rasgos, podría señalarse que durante la discusión en la Comisión de Familia y Adulto Mayor de la Cámara de Diputados, el proyecto mantuvo su estructura original; algunas indicaciones mejoraron notablemente su contenido, aunque su número y complejidad ralentizaron su tramitación. Podría afirmarse que la parte general del proyecto votada hasta el momento (objeto, principios y derechos), salvo con respecto a ciertas garantías, constituye un avance significativo. El Título III y IV, sin embargo, no siguió la misma suerte. En efecto, el carácter marco de la ley propuesta no fue un argumento suficiente para explicar por qué el proyecto no detallaba el diseño del sistema de protección, en especial, sus componentes administrativos. Dado que el proyecto no contemplaba las estructuras, órganos, naturaleza de los equipos a cargo a nivel local, ni indicios suficientes sobre el procedimiento administrativo a aplicar, entre otros aspectos, se levantaron suspicacias en torno a la efectividad del nuevo sistema propuesto. Esto, sumado a la falta de informe financiero del proyecto, redundó, prácticamente, en la desaparición de los mencionados títulos, cuyas normas fueron votadas en contra en sala. De aprobarse el

proyecto como se encuentra votado actualmente, la adopción de las medidas de protección de derechos del NNA seguiría radicada en los tribunales de familia y la nueva institucionalidad enunciada en el mensaje del proyecto, en especial, sus instituciones participantes, se vería francamente reducida. El Ejecutivo trabaja en indicaciones que, probablemente, repondrán —en mayor o menor medida—, los artículos originales del proyecto.

El proyecto introduce una reforma profunda al sistema normativo e institucional chileno, impactando estructuras de índole jurídica, política, familiar, social y cultural; recogiendo nuevos principios y creando nuevas reglas; proponiendo un lenguaje, abordaje y trato distinto hacia nuestros NNA. Por lo anterior, el proceso pre-legislativo y su tramitación en el Parlamento han sido complejos de desarrollar; no obstante, el proyecto logró avanzar como no lo hicieron iniciativas anteriores.⁶⁴ Sin duda, el proyecto requiere mejoras importantes, en especial, en cuanto a visibilizar el diseño del sistema administrativo que protegería los derechos del NNA. Los proyectos que contienen la creación de nuevos servicios —en materia proteccional y de reinserción social— debieran disipar algunas de las dudas existentes y llenar ciertos vacíos que presenta el diseño del sistema contenido en el proyecto de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez.

Otorga nuevas atribuciones al Ministerio de Desarrollo Social en materia de niñez y crea la Subsecretaría de la Niñez, dependiente del mismo: Boletín 10314-06, ingresado al Senado el 29 de septiembre de 2015, actualmente en Primer Trámite Constitucional. Su objeto es crear una nueva institucionalidad para los NNA, estableciendo un rol de rectoría del nuevo Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez ejercido por el Ministerio de Desarrollo Social, función que se ejercerá sobre los nuevos servicios que, en el contexto del nuevo sistema, asumen las tareas de promoción y protección de los derechos de los NNA. El proyecto se hace cargo del área de gestión estratégica del sistema y de la

⁶⁴ El año 2005, el Ejecutivo presentó un proyecto de ley sobre la materia, denominado “Sobre Protección de los derechos de infancia y adolescencia”, que concluyó su Primer Trámite Constitucional siendo aprobado en el Senado (Boletín 3792-07), y que hoy se encuentra en la Cámara de Diputados sin avances. En 2012, se presentó un proyecto que tiene por objeto la creación de dos nuevos Servicios de atención a la infancia y adolescencia, que se encuentra aún en Primer Trámite Constitucional (Boletín 8487-07). El mismo año, por moción de los Honorables Senadores señor Escalona, señora Alvear y señores Letelier y Walker, Patricio, se presentó el “Proyecto de ley de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”. Este proyecto incorporaba las propuestas de las organizaciones no gubernamentales que colaboran en materias de niñez; sin embargo, no fue sometido a tramitación por la naturaleza de sus disposiciones, que requerían iniciativa presidencial. Finalmente, el año 2013 se presentó un “Proyecto de ley de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes” (Boletín 8911-18).

articulación del mismo a nivel nacional, en especial, del diseño de la estrategia nacional contenida en la “Política Nacional de la Niñez”, que establecerá las prioridades y directrices del mismo. Fue sometido a discusión general y aprobado en general; en abril de 2017 se encontraba abierto el periodo de indicaciones; el 17 de mayo de 2017 se encontraba con urgencia suma.

Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de Niños y Niñas y modifica normas legales que indica: Boletín 11176-07, ingresado a la Cámara de Diputados el 4 de abril de 2017, actualmente en Primer Trámite Constitucional. Como se ha señalado anteriormente, este proyecto se enmarca en la creación del sistema de protección integral de derechos que establece el proyecto de ley de Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez. Su objetivo es crear un servicio de protección especializada de derechos de NNA que asuma las funciones que actualmente desarrolla SENAME en materia proteccional. El proyecto concibe este nuevo servicio como público, descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Desarrollo Social. A su vez, por protección especializada entiende aquella provisión de prestaciones dirigidas a restituir el ejercicio de los derechos vulnerados de niños y niñas debido a abuso, maltrato y trata, según lo definan las leyes respectivas, debido a explotación sexual y laboral infantil, o a abandono cuando carezcan de cuidados maternos o paternos; asimismo, las destinadas a atender a los niños y niñas sujetos de adopción; finalmente, la protección especializada estará también dirigida a la reparación de las consecuencias de la vulneración de derechos de los NNA. El día 11 de mayo de 2017 este proyecto se encontraba con urgencia simple.

Crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N°20.084, sobre Responsabilidad Penal Adolescente, y a otras normas que indica: Boletín 11174-07, ingresado al Senado el 4 de abril de 2017, actualmente en Primer Trámite Constitucional. Fue enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y a la de Hacienda, en su caso. El proyecto crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil como un servicio público descentralizado, que tiene por objeto la administración y ejecución de las medidas y sanciones contempladas por la Ley N° 20.084. A este nuevo servicio le corresponderá la implementación de políticas de carácter intersectorial y el desarrollo de programas que contribuyan a la modificación de la conducta delictiva y la integración social de los jóvenes sujetos de su atención.

Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez: Boletín 10584-07, ingresado al Senado el 22 de marzo de 2016, actualmente en Segundo Trámite Constitucional. Este proyecto crea tal Defensoría como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto es la difusión, promoción y protección de los derechos de los niños y niñas. En mayo de 2017 se encontraba en la Cámara de Diputados, pasando a la Comisión de Familia y Adulto Mayor, y a la Comisión de Hacienda, en lo pertinente; y con urgencia suma el día 17.

Consideraciones finales

Las largas etapas de institucionalización, especialmente durante los primeros años de vida, producen daños permanentes en las personas; los NNA que las viven sufren un mayor retraso en su capacidad de establecer interacciones sociales, así como trastornos médicos graves, deficiencias en el crecimiento físico y cerebral, problemas cognitivos y retrasos en el desarrollo del lenguaje y de la comunicación. En cambio, los NNA que fueron adoptados o que se integraron a familias de acogida tienen un mejor desempeño, no solo físico y cognitivo, sino también en logros académicos e integración social como adultos independientes, que aquellos que crecieron en instituciones.⁶⁵ El Informe Mundial sobre la Violencia contra Niños y Niñas de 2006 señala que la violencia en las instituciones es seis veces más frecuente que en los hogares de acogida, y que los niños institucionalizados tienen una probabilidad casi cuatro veces mayor de sufrir abuso sexual que aquellos que tienen acceso a alternativas de protección basadas en la familia.⁶⁶

Por estas razones, Chile debe evitar al máximo posible la “institucionalización” de sus NNA, protegiendo su derecho a vivir en familia. Existe evidencia de que hemos hecho escasos esfuerzos por evitar que el acogimiento residencial sea la regla excepcional y para que, en los casos en que ella parece ser la única medida adoptable, nuestros NNA sean tratados con dignidad.

En las páginas anteriores he intentado describir algunos hechos de implicancia jurídica, ciertas características del ordenamiento nacional y algunos elementos del funcionamiento de la justicia de familia que han conducido a nuestro país

⁶⁵ Cfr. UNICEF, *La situación de los niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe*, 2013, pp. 8 y 27.

⁶⁶ Unicef.org, Informe Mundial sobre la Violencia contra Niños y Niñas de 2006, 31 de mayo de 2017.

a una grave crisis. Los proyectos de ley referidos a la infancia alcanzaron, en los últimos dos años, avances significativos para la implementación de un sistema de protección de derechos del NNA. Es de esperar que esta tarea se consolide próximamente y no veamos fracasar, nuevamente, una ley de protección integral de derechos del NNA. Asimismo, es necesario comprender que este proceso involucra una transformación profunda de nuestro sistema jurídico, en especial de la normativa civil y de familia; nuevas aproximaciones de parte de la administración, de la justicia y de toda entidad del Estado y, especialmente, de los particulares, de la sociedad civil, de padres, madres y de los propios NNA.

Por último, en lo que al acogimiento de NNA privados de cuidados parentales se refiere, Chile debe cumplir sus compromisos internacionales, protegiendo efectivamente los derechos del NNA, garantizando la plena vigencia del derecho a la vida familiar del propio NNA y de los demás miembros de su familia y de su entorno. Chile debe establecer marcos normativos adecuados, que ordenen el cumplimiento de los más altos estándares de calidad a la red de servicios de acogimiento familiar y residencial, fortaleciendo fuertemente su fiscalización. En este sentido, debiera exigirse la implementación de un enfoque integral en la intervención, que respete el derecho al desarrollo personal y a la inserción socioeducativa y sociolaboral, en su caso, del NNA. El diagnóstico y diseño del programa de intervención respectivo debe considerar la situación del grupo familiar y social en que el NNA habita y se desenvuelve. De este modo, el acogimiento residencial no terminaría sacrificando, desproporcionadamente, el derecho a la vida familiar del NNA, hasta el punto de acabar con sus vidas, como —lamentablemente— sucede hoy en nuestro país.

Nuevas reglas de probidad para la función pública: ¿avanzamos?

*Gladys Camacho Cépeda*¹

Resumen

La respuesta a la grave crisis de confianza que afecta a las autoridades, agentes económicos y partidos políticos se afrontó, recientemente, con la creación del Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, luego del cual hemos constatado la multiplicación de las normas orientadas al aseguramiento de la probidad en la función pública. Nuestro marco normativo se ha enriquecido con la introducción de una serie de disposiciones legales y reglamentarias, que han elevado a mandato jurídico una serie de exigencias que buscan ordenar la función pública y el ejercicio del poder político y económico, con arreglo a ciertos mínimos éticos aceptados por todos. En este trabajo se identifican las nuevas disposiciones sancionadas, describiéndolas en sus líneas básicas, y se analiza cuánto se ha avanzado respecto de la situación anterior. Las normas que se aprobaron durante el año 2016 están dirigidas a diversas materias críticas para el buen funcionamiento de la Administración del Estado en sus distintos niveles, el fortalecimiento del sistema democrático y la formación ciudadana.

¹ Profesora Asociada de Derecho Administrativo y responsable de la Cátedra OCDE-Ministerio Relaciones Exteriores “Probidad y Transparencia Públicas”, es Coordinadora del Área de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y Magister en Administración Pública por la Universidad de Alcalá (Madrid). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo.

Introducción

El 2016 fue un año en el que se materializaron importantes normativas que recogen algunas de las propuestas del Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción (en adelante el Consejo o Consejo Anticorrupción). La creación de este Consejo tiene su explicación en la grave crisis de confianza que afecta a las autoridades, funcionarios públicos, empresariado, miembros del Congreso, partidos políticos, medios de comunicación, etc., situación que se torna preocupante porque compromete la estabilidad de nuestro sistema democrático.² El día 24 de abril de 2015, fecha de entrega del Informe Final del Consejo Anticorrupción, marca el inicio de los esfuerzos por cumplir el compromiso presidencial por introducir reformas orientadas a garantizar un trato igualitario “basado en derechos y en una cultura de respeto”,³ así como ha permitido que la agenda de probidad y transparencia del Gobierno se perciba con mayor claridad y se asocie con determinadas reformas legales y administrativas que según se vayan sancionando le van dando cumplimiento.⁴

La consecuencia de ello ha sido que nuestro marco normativo se ha enriquecido con la introducción de una serie de disposiciones legales y reglamentarias que han elevado a mandato jurídico una serie de exigencias que buscan ordenar la función pública y el ejercicio del poder político y económico, con arreglo a ciertos mínimos éticos aceptados por todos, por ello resulta necesario repasar estas medidas y evaluar la pertinencia de las mismas para el cumplimiento de sus objetivos. Demás está recordar que, desde 1999, año en que se dictó la Ley de Probidad Administrativa N° 19.693, el recorrido no ha sido fácil. El establecimiento de estándares más elevados de exigencias relacionadas con

² Sobre la naturaleza de la crisis no hay consenso, para unos se trata de la peor crisis institucional que ha tenido el país. *Latercera.com*, Ricardo Lagos Escobar: “Esta es la peor crisis política e institucional que ha tenido Chile”, 12 de abril de 2017. Para otros, el problema es ético: surge de la relación entre la política y los negocios y la instalación de una desconfianza generalizada. *Theclinic.cl*, Mahmud Aleuy: “Hay un problema ético en Chile y eso se enfrenta con todas las instituciones”, 12 de abril de 2017. Para la Presidenta Bachelet, no hay crisis de institucionalidad sino de confianza. *Cooperativa.cl*, Presidenta Bachelet: Hay una crisis de confianza, pero no una crisis institucional, 12 de abril de 2017.

³ Discurso de la Presidenta de la República, Michelle Bachelet al constituir el Consejo Anticorrupción. *Observatorioanticorruption.cl*, Informe del Consejo Anticorrupción, 4 de abril 2017.

⁴ Al 6 de abril de 2017, la Agenda de Probidad y Transparencia del Gobierno orientada a mejorar la calidad de la política y el ejercicio de la actividad pública, asocia 8 disposiciones legales y 9 medidas administrativas como compromisos gubernamentales cumplidos; y 8 proyectos de ley que están en trámite. *Lasnuevasreglas.gob.cl*, Agenda de Probidad y Transparencia, 6 de abril de 2017.

las inhabilidades, transparencia, regulación de los conflictos de interés, etc., no ha estado exento de resistencias por parte de los propios legisladores que son los llamados a establecerlas.

El panorama general se caracteriza por una suerte de dispersión normativa muy propia de nuestro sistema que, particularmente en materia de probidad, en vez de preferir el establecimiento de un régimen común aplicable a todos los órganos del Estado y, por consiguiente, a todo aquel que ejerce función pública, se ha optado por establecer normativas *ad hoc* según el órgano de que se trate. A la justificación de estos regímenes especiales han contribuido el principio de división de poderes y la correspondiente autonomía que la Constitución Política de la República (en adelante, CPR) reconoce a los órganos constitucionales. La autonomía constitucional, pues, sirve para fundamentar la no aplicabilidad de un régimen común y, también, la imposibilidad de que existan controles externos del cumplimiento de los estándares establecidos, limitando el control de su efectividad al ámbito interno.

No obstante, algunas de las medidas adoptadas han introducido, sorprendentemente, un cambio en esta materia, como por ejemplo la Ley N° 20.880, la cual —principalmente— regula las declaraciones de intereses y patrimoniales, y el mandato especial de administración que se instituyó en la Carta Política por la Ley N° 20.414, de reforma constitucional en el año 2010. Con todo, esta es una de las materias en que se ha de avanzar para el perfeccionamiento de la institucionalidad con arreglo a una racionalidad y estándares de exigencias comunes.

Como acertadamente observaba Irurzun, “el incremento de los casos de corrupción o la proliferación de conflictos de intereses en las Administraciones públicas de todo el mundo occidental, hizo revivir en otras latitudes y también aquí una preocupación por las cualidades y el comportamiento de los funcionarios públicos”.⁵ Esta preocupación ha dado origen a la multiplicación de las normas para asegurar la probidad en la función pública, cuyo análisis se emprenderá en lo sucesivo. Los comentarios y observaciones del panorama actual que presenta el marco normativo del principio de probidad seguidamente se ordenan siguiendo los instrumentos normativos aprobados a lo largo de 2016.

⁵ Irurzun, Fernando, “Ética y responsabilidad en la Administración pública”, en Documentación Administrativa, número 286-287, enero-agosto 2010, pp.79-111.

1. Ley N° 20.880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses

La Ley N° 20.880 por primera vez establece un régimen común para la función pública en lo que respecta a la obligación de declarar intereses y patrimonio, así como en lo relacionado con la administración delegada de bienes y valores al que deben sujetarse las autoridades obligadas. Esta ley viene a desarrollar los incisos 3° y 4° del artículo 8 de la CPR,⁶ que estableció el carácter público de las declaraciones de intereses y patrimonio, y la obligación de la administración delegada de bienes o también los casos en que deberán enajenar dichos bienes con motivo de que puedan suponer conflictos de interés con la función pública.

Entre los datos a destacar de esta nueva normativa, se encuentra la incorporación de definiciones importantes aplicables a todo aquel que ejerce función pública, siendo coherente con lo establecido por el artículo 8 de la CPR, el cual obliga a todas las magistraturas públicas a dar cumplimiento del principio de probidad. La definición que se emplea es la contenida en la Ley N° 19.653 de Probidad Administrativa, cuya aplicación se restringía, obviamente, a los órganos que forman parte de la Administración del Estado. En consecuencia, el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 20.880 universaliza esta definición en el entramado público que compone el Estado. De este modo, en todos los órganos del Estado se deberá entender que: “El principio de probidad en la función pública consiste en observar una conducta funcionaria intachable, un desempeño honesto y leal de la función o cargo con preeminencia del interés general sobre el particular” (art. 1, inc. 2°, Ley N° 20.880).

Otra de las definiciones importantes que contiene la ley corresponde a la identificación de los conflictos de interés, determinando que: “Existe conflicto de intereses en el ejercicio de la función pública cuando concurren a la vez el interés general propio del ejercicio de las funciones con un interés particular, sea o no de carácter económico, de quien ejerce dichas funciones o de los terceros vinculados a él determinados por la ley, o cuando concurren circunstancias

⁶ Se ha de recordar que tras el fracaso de la amplia publicidad de las declaraciones de patrimonio que estableció la Ley N° 20.088 de 2005, producto de la interpretación que hizo el Tribunal Constitucional (TC) al momento de ejercer el control preventivo de dicha ley, hubo de elevarse a norma constitucional el mandato de publicidad de dichos instrumentos, lo cual se materializó con la Ley de Reforma Constitucional N° 20.414. En efecto, en la mencionada oportunidad, la interpretación que hizo el Tribunal Constitucional restringió el acceso a las declaraciones de patrimonio (el voto mayoritario de los Ministros Colombo, Cea, Valenzuela, Libedinsky y Ortiz, resolvió que la publicidad de dichas declaraciones de patrimonio sólo se permitiera a terceros, si invocaban finalidades legítimas). Ver Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) Rol N° 460 de 6 de diciembre de 2012.

que le restan imparcialidad en el ejercicio de sus competencias” (inciso 3° artículo 1° de la Ley 20.880). Estas definiciones hacen visible que, en tiempos de crisis, el retorno a la ética cobra relevancia en la ordenación de la función pública a fin de asegurar su fidelidad para con el interés general.

Estos conceptos constituyen declaraciones que no tienen especial consecuencia jurídica en caso de producirse una infracción, pues la ley remite a “las responsabilidades y sanciones que determine la Constitución o las leyes” que correspondan. Sin embargo, instituyen la obligatoriedad de mandatos éticos que se refuerzan en la sujeción al principio de legalidad al que están obligados todos aquellos que cumplen funciones públicas, enriqueciendo el piso mínimo ético de la función pública. No se afirma que la situación anterior va a cambiar por el simple cambio de las leyes pero sí que ésta puede contribuir a una cultura de servicio público responsable indispensable para un Buen Gobierno.

Como se advertía, en relación con el resguardo del principio de probidad, la Ley N° 20.880 tiene como objetivo central establecer una nueva normativa para el cumplimiento de la obligación de determinadas autoridades y funcionarios de declarar sus intereses y patrimonio —en forma pública— cuya interpretación debe hacerse complementada por su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 2, del año 2016, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (en adelante “el Reglamento”). En tal sentido, cumple su objetivo introduciendo las siguientes innovaciones:

- a) Destaca el carácter público de la declaración de intereses y patrimonio (DIP), sin menoscabo de la protección de datos sensibles y de aquellos que sirvan para individualizar al declarante y su domicilio (inciso 2° art. 6° de la Ley y artículo 9 del Reglamento).

En este punto el reglamento establece, entre otras, una prescripción general relacionada con la afiliación a partidos políticos o movimientos políticos, disponiendo que estos datos se mantendrán en reserva. A este respecto, tratándose de las más altas magistraturas del Estado no se comprende la reserva que se establece de este dato particular, pues constituye una información relevante para el control ciudadano sobre las pautas de reclutamiento de las élites político-administrativas y la comprensión del funcionamiento del aparato público.

- b) Amplía el universo de autoridades y funcionarios obligados, siendo bastante exhaustivo el listado de sujetos obligados a declarar.

Así, deben cumplir con esta obligación, entre otros —además de las más altas autoridades del Gobierno y Administración del Estado—, el escalafón primario y los de la segunda serie del escalafón secundario del Poder Judicial,

el Fiscal Nacional y los fiscales regionales y adjuntos, los jueces de los diversos tribunales especiales contencioso-administrativos, además de los miembros del Congreso y funcionarios de las tres categorías más altas de las plantas de ambas Cámaras (artículo 4 y autoridades mencionadas en el Capítulo 3° del Título II).

Igualmente, la ley no se guía por los cánones tradicionales que hasta el momento han caracterizado la regulación anterior, en la cual se sujetaba esta obligación exclusivamente a quienes tenían un nombramiento de responsabilidad en las plantas de los organismos públicos. De este modo, el legislador incluye a las personas contratadas a honorarios en la Administración del Estado cuando perciban regularmente una remuneración igual o superior al promedio mensual de la recibida anualmente por un funcionario del tercer nivel jerárquico (N° 11 artículo 2° de la ley). Del mismo modo, quedan comprendidos como sujetos obligados a declarar de acuerdo al N° 10 del artículo 2 de la ley, no sólo quienes desempeñen funciones directivas en la Administración del Estado, en cualquier calidad (planta o a contrata), sino también los profesionales y técnicos que desempeñen un empleo cuya remuneración de carácter permanente sea equivalente, a lo menos, a la que percibe un directivo del tercer nivel jerárquico de la respectiva planta del servicio (Dictamen N° 6.845/2017). De este modo, el grado remuneratorio del tercer nivel jerárquico de la institución se convierte en el criterio básico para determinar si un sujeto está obligado o no a declarar, pues la equivalencia con lo que percibe, regularmente, este directivo es el patrón de comparación que sirve para los demás casos que no tengan asignado o bien un cargo directivo, o bien un grado remuneratorio.

Igualmente, se incorporan a la obligación de declarar los funcionarios de la Administración del Estado que cumplan funciones directas de fiscalización. Entendiéndose, por consiguiente, que en esta prescripción se encuentran comprendidos: a) los funcionarios que se desempeñan en unidades de auditoría interna o auditoría ministerial aun cuando no ejerzan labores de fiscalización externa (Dictamen N° 4.711/2017); b) quienes tienen el deber de dirigir, coordinar y gestionar los equipos integrados por quienes realizan de manera personal las aludidas inspecciones directas (Dictamen N° 6.320/2017); c) todo empleado que tenga asignadas funciones permanentes de fiscalización o inspección directa, aun cuando no sean las únicas que deba desarrollar con ocasión de su cargo, como es el caso de los funcionarios inspectores fiscales de las obras y el fiel cumplimiento de un contrato de construcción de obra pública (Dictamen

N°6.315/2017); y d) los consejeros del Consejo Nacional de Educación por cuanto realizan labores de fiscalización (Dictamen N° 6.313/2017).

En relación a la amplitud de los sujetos obligados, destaca el hecho de que la Corte Suprema también haya obligado a los abogados integrantes a declarar sus intereses y patrimonio.⁷ La institución de los abogados integrantes, por sí bastante cuestionada, nos permite afirmar que la cuestión del deslinde entre lo público y privado no la tenemos bien resuelta de manera de asegurar que lo relevante para el interés público sea debidamente cautelado.

Finalmente, hay un aspecto que se considera debe contemplarse más adelante, cual es, la incorporación a los funcionarios públicos en general a las obligaciones de efectuar la declaración de intereses y de patrimonio, y no sólo restringirlo a aquellos que están en el vértice de la cadena formal de autoridad. Como se ha advertido, en las organizaciones complejas como las públicas, usualmente participa personal subordinado en los procesos de adopción de decisiones, produciéndose la intervención de “múltiples manos”, con acciones parciales que dificultan su identificación, sin embargo, pueden ser eslabones de resultados perjudiciales para el interés general.⁸ De incorporarse a todos los funcionarios a la obligación de efectuar una Declaración de Intereses y Patrimonio (en adelante, DIP) ésta podrá distinguirse de las obligaciones de transparencia activa que afectan a las declaraciones de las altas magistraturas. De este modo, podría establecerse una obligación que los funcionarios debiesen cumplir, con la finalidad de facilitar el control del ente fiscalizador entregando la información relativa a su patrimonio y sus intereses personales y familiares, pero con una carga menor de publicidad resguardándose sus datos personales.

c) Sobre la publicidad

La publicidad que la ley ordena dar a las declaraciones es amplia. El reglamento precisa que ésta deberá hacerse tanto en el sitio electrónico de la institución — como cumplimiento de los deberes de transparencia activa (artículo 11)—, así como también encarga a la Contraloría General de la República (en adelante,

⁷ App.vlex.com, Corte revisará si hay conflicto de interés de abogados integrantes, 6 de abril de 2017. Esto ha permitido que se conozca que de los 15 abogados integrantes de la Corte de Apelaciones de Santiago designados para el 2017, 4 de ellos trabajan en el sector público por lo que el presidente del tribunal de alzada capitalino ha señalado que revisará personalmente “caso a caso” para ver si tienen un conflicto de interés. Más aún, del total de 94 profesionales designados por el Ejecutivo la Contraloría General ha observado que 18 de ellos se desempeñan en el sector público. https://app.vlex.com/?utm_source=webpush#CL/vid/676607209.

⁸ Ejemplos de ello los podemos encontrar —más recientemente— en la red de corrupción dedicada a vender licencias de conducir a personas que están inhabilitadas. Chvnoticias.cl, Denuncian corrupción municipal por entrega de licencias de conducir, 14 abril de 2017.

Contraloría General) y al Consejo para la Transparencia asegurar que las declaraciones se encuentren disponibles para la ciudadanía en formato de datos abiertos y reutilizables. La Contraloría General está a cargo de administrar un sistema de información que permite el acceso permanente de los declarantes a un Formulario Electrónico Único, a su contenido, a los campos requeridos y a las declaraciones efectuadas.

d) Sobre la fiscalización de la obligación de declarar y régimen sancionatorio

Respecto de la fiscalización de la obligación de declarar es remarcable que la ley faculta a la Contraloría General para realizar un control de la veracidad de los datos de las declaraciones de los sujetos señalados en el Capítulo I del Título II de la ley. Para ello, el órgano contralor podrá cruzar los datos con las bases de datos de distintos organismos como el Servicio de Impuestos Internos, Servicio de Registro Civil, Superintendencias, Conservadores, etc., entregando herramientas eficaces para asegurar la fidelidad de las declaraciones presentadas. Complementariamente, también tiene facultades para fiscalizar la oportunidad del cumplimiento de la obligación de declarar así como la integridad de la declaración.

Si bien se ha destacado en estas líneas que, por primera vez, se establezcan estándares de cumplimiento de la obligación de declarar los intereses y patrimonio comunes a todos los sujetos obligados con independencia de su posición y vinculación orgánica, en relación con el régimen sancionatorio por infracciones a la obligación de declarar, sí se produce la falta de unicidad del régimen.

Para las autoridades mencionadas en el Capítulo I del Título II de la ley se reconoce a la Contraloría General potestad para fiscalizar la infracción de la obligación de declarar, esto es, autoridades de órganos que integran la Administración del Estado en su tres niveles (nacional, regional y municipal), sean descentralizados o centralizados, con excepción del Banco Central. La persistencia en la infracción por más de cuatro meses después de ser sancionado, se califica como falta grave a la probidad y dará lugar a la destitución o cese de funciones del infractor.

e) El detalle de los elementos que debe contener la DIP

La Ley N° 20.880 y su reglamento son cuidadosos en cautelar la reserva de los datos personales que se incluyen en la declaración; además del rol único nacional y del domicilio, se mantendrán en reserva la dirección, el rol de avalúo, la foja y el número de inscripción de inmuebles que se identifiquen como domicilio, y la placa patente de vehículos.

Con todo la amplitud con la que se singularizan en la ley las actividades y bienes que deben declararse, el reglamento ha precisado en detalle los contenidos, dedicando para ello el párrafo 5º (artículos 12 al 25 del Reglamento). Entre las nuevas exigencias destaca la obligación de incluir en la DIP los datos del cónyuge o conviviente civil y los de los parientes por consanguinidad en la línea directa, en primer y segundo grado, tanto en línea colateral como por afinidad, aunque para lo relacionado con la publicidad de esta información los sitios electrónicos sólo podrán publicar los nombres de los parientes en primer grado por consanguinidad, con la salvedad de los fiscales y jueces con competencia en lo penal —en los que hay reserva absoluta de todos estos datos— (artículo 7 incisos 2º al 4º de la ley). Igualmente, sólo si el declarante posee la patria postestad, han de incluirse los bienes de los hijos, así como los de las personas que éste tenga bajo tutela o curatela.

Lamentablemente, la obligación de declarar los bienes del cónyuge o conviviente civil sólo surge si el régimen matrimonial es de sociedad conyugal o si se ha pactado régimen de comunidad de bienes, respectivamente. A este respecto, no se acogió la propuesta formulada por el Consejo Anticorrupción en el sentido de que, para efectos de la obligación de declarar, no sea relevante el régimen de bienes pactado, sobre todo si se toma en cuenta que se tratan de uniones vigentes, es decir, de personas que comparten la vida y proyectos en común por lo que su situación patrimonial puede —razonablemente— ser un factor que incida en sus decisiones. A esto responde, que la diferencia señalada de regímenes patrimoniales no ha sido tenido en cuenta por lo que respecta a la declaración de intereses, pues el sujeto obligado siempre deberá incluir en ésta las actividades económicas, profesionales o laborales de su cónyuge o conviviente civil (artículo 8 de la ley).

Finalmente, a pesar de que la ley se denomina de prevención de conflictos de interés no se ocupa de regular con mayor precisión importantes materias que son fuente natural de estos problemas. Así, la ley no se ocupa de las incompatibilidades de los cargos públicos, regulación necesaria para garantizar los principios de imparcialidad y de dedicación a la función que evite el desempeño simultáneo de diversos cargos y el compaginar funciones públicas y privadas de dudosa conciliación. A este respecto, se emplean diversas fórmulas para combinar la función pública con otras actividades particulares, entre otras: el empleo a honorarios; el fraccionamiento de la jornada (8, 12, 22 o 32 horas) con lo cual se permite el compatibilizar más de un cargo y el no asociar la remuneración o emolumento a la dedicación al cargo (este es el caso

de los miembros de consejos o directorios de servicios públicos o de empresas públicas). Asimismo, si bien la Ley N° 20.880 coadyuva a la transparencia de potenciales conflictos de interés, relacionados con la actividad desarrollada con anterioridad a la asunción del cargo, pues éstas deben ser declaradas (artículo 13 del Reglamento), el legislador no ha establecido ninguna incompatibilidad que se derive de ello, al igual que tampoco ha previsto mecanismos que aseguren, por un plazo prudencial, la no realización de ciertas actividades una vez que se haya dejado de servir el cargo público, evitando el fenómeno conocido como el *“revolving door”*.

2. Ley N° 20.900, para el fortalecimiento y transparencia de la democracia

La Ley N° 20.900 constituye un texto complejo que aborda la actualización de las instituciones que resguardan el derecho de los ciudadanos de elegir y ser elegidos, modificando el conjunto de normas legales referidas a la organización, administración, financiamiento, realización y fiscalización de las elecciones, por lo que en sus nueve artículos y doce disposiciones transitorias modifica las normas nucleares del derecho electoral vigente, tales como: la Ley Orgánica Constitucional (LOC) N° 18.700 de Votaciones Populares y Escrutinios; la Ley N° 19.884 sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral; la LOC N° 18.556 sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral; la LOC N° 18.556 sobre Sistema de Inscripciones Electorales; la Ley N° 20.640 que establece el Sistema de Elecciones Primarias para la Nominación de Candidatos a Presidente de la República, Parlamentarios y Alcaldes; deroga tanto el Título II de la Ley N° 19.885, que Incentiva y Norma el Buen Uso de Donaciones y que dan origen a Beneficios Tributarios y los Extiende a Otros Fines Sociales y Públicos como el artículo trigésimo sexto de la Ley N° 19.882; y, finalmente, adecúa diversos textos legales.

Como es comprensible, la ley es el resultado de la reunión de un conjunto de proyectos presentados a iniciativa de la Presidenta de la República a través de diversos mensajes,⁹ todos con gran incidencia sobre el derecho al sufragio. Los fundamentos de los mensajes presidenciales se encuentran en la necesidad de generar condiciones que resguarden la autonomía de los candidatos y de los

⁹ BCN.cl, Historia de la Ley N° 20.900 y de los numerales 7 del artículo 1; y 10, 11 y 20 del artículo 2, 13 de abril de 2017.

partidos políticos, transparentar los potenciales conflictos de intereses, buscar la realización de campañas con resguardo de la equidad entre los partidos los candidatos y los partidos políticos, con respeto de los espacios públicos, limitando y transparentando el financiamiento del gasto electoral, buscando regular la relación entre la política y el poder económico a fin de evitar el daño a la política. Todo ello, en definitiva, debiera tener como resultado el fortalecimiento de nuestro sistema democrático. Se ha advertido que los partidos políticos son más necesarios para los segmentos “pobres” de una sociedad, pues constituyen el “único medio organizacional disponible para participar políticamente en una sociedad mediante financiamiento público (...) En la política contemporánea, como nunca antes, quien carece de financiamiento carece de posibilidad real de participación política”.¹⁰

Con estos objetivos entre los cambios que introduce la Ley N° 20.900, destacamos sintéticamente los siguientes:

- a) La LOC N° 18.700 introduce preceptos que, entre otras cosas: 1) establece que el incumplimiento de realizar la DIP por parte del candidato es causal de inadmisibilidad de su candidatura; 2) exige a las candidaturas a Presidente de la República presentar un programa; 3) perfecciona la definición de propaganda electoral; 4) obliga a las empresas periodísticas a que no discriminen en el cobro de las tarifas entre las candidaturas; 5) obliga a las radioemisoras a transmitir información electoral de utilidad para la ciudadanía; 6) regula la utilización de espacios públicos para realizar propaganda electoral; 7) limita la divulgación de encuestas de opinión de preferencias electorales; 8) regula a los brigadistas; y 9) establece el procedimiento de denuncia y las sanciones por el no retiro de propaganda electoral.
- b) En relación con la Ley N° 19.884, se introducen normas que abordan los temas cuestionados sobre el financiamiento de las campañas y mejora la transparencia del gasto electoral, así: 1) perfecciona la definición de gasto electoral, incluyendo el efectuado por las precandidaturas; 2) introduce la DIP para los precandidatos a Presidente de la República; 3) modifica los límites de gasto electoral; 4) establece cargos inhabilitados para efectuar aportes a campañas electorales; 5) fija los máximos de aportes de origen privado permitido; 6) determina inhabilidades para las contrapartes de los partidos en las contrataciones de servicios; 7)

¹⁰ De Andrea, Francisco, “Los Partidos Políticos. Su marco teórico-jurídico y las finanzas de la política”, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 68-69.

precisa las formalidades para realizar los aportes; 8) permite los aportes sin publicidad solo a los calificados como aportes menores; 9) determina la publicidad de los ingresos percibidos por los institutos inscritos por los partidos ante el Servicio Electoral (en adelante, SERVEL); 10) prohíbe los aportes a campañas electorales de personas jurídicas de derecho público o derecho privado (salvo de los partidos políticos o el Fisco autorizados por ley); 11) tipifica delitos electorales por infracción a las normas de transparencia, límite y control del gasto electoral; y 12) regula publicidad de los gastos electorales.

- c) En lo que respecta a la LOC N° 18.603: 1) limita aportes de personas afiliadas y no afiliadas a los partidos políticos; 2) contempla aportes del Estado a los partidos políticos para cubrir su funcionamiento; 3) fija porcentaje mínimo que los partidos tienen que emplear en fomentar la participación de las mujeres; 4) regula el cargo de Administrador General de los Fondos; y 5) obliga a remitir el balance de los partidos al SERVEL.
- d) En cuanto a la Ley N° 19.885: 1) delinea el nuevo posicionamiento del SERVEL destacando la enumeración de sus funciones, la exención del trámite de toma de razón de sus resoluciones, reforma los órganos directivos que lo integran y da normas para su correspondiente funcionamiento, y 2) regula el procedimiento administrativo sancionador que deba aplicarse por las infracciones a la Ley N° 19.885.
- e) Por su parte, la LOC N° 18.583: 1) modifica la estructura orgánica y la planta del SERVEL incrementando su dotación, y 2) obliga al Consejo Directivo a presentar anualmente una cuenta pública e informar a las comisiones respectivas del Senado y de la Cámara de Diputados.

3. Ley N° 20.911, que crea el Plan de Formación Ciudadana para los establecimientos educacionales

Con miras a dar una respuesta a la situación de descuido del fomento de una cultura democrática y ética, esta ley viene a ordenar la inclusión de un Plan de Formación Ciudadana en todos los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado para los niveles de enseñanza parvularia, básica y media. El plan viene a suplir la ausencia de la tradicional asignatura de educación cívica, aunque sus pretensiones son mayores, pretende ser un marco que coadyuve a la formación de una ciudadanía democrática, responsable, tolerante y que

propenda al “mejoramiento integral de la persona humana, como fundamento del sistema democrático, la justicia social y el progreso” (artículo único).

La ley establece objetivos que deberán ser tenidos en cuenta en la elaboración de “acciones concretas” que aseguren el cumplimiento de éstos, precisando algunas de ellas, tales como: fomentar en los estudiantes el ejercicio de una ciudadanía activa en el ejercicio de sus derechos, crítica, responsable y respetuosa; promover el conocimiento y comprensión del Estado de derecho y la institucionalidad; promover el conocimiento y compromiso con los derechos humanos; y fomentar en los estudiantes la valoración de la diversidad social y cultural del país. Este plan no incide en valores religiosos ni sobre posiciones morales o ideológicas.

La ley deja en el sostenedor la responsabilidad de “fijar libremente el contenido del plan de formación ciudadana”, considerando las bases curriculares aprobadas por el Consejo Nacional de Educación, el plan tiene carácter público y se dará a conocer a comienzos de cada año al Consejo Escolar; de este modo se permite la participación en la formulación de las modificaciones.

4. Ley N° 20.915, que fortalece el carácter público y democrático de los partidos políticos, y facilita su modernización

Este cuerpo normativo introduce numerosas modificaciones a la LOC N° 18.603 de los Partidos Políticos, organizaciones que son vitales para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa. Como se sabe, en la actualidad, los partidos políticos están muy desprestigiados socialmente, lo que se refleja no sólo en las encuestas,¹¹ sino —más recientemente— en lo difícil que ha sido el proceso de reinscripción de militantes recientemente culminado.¹² No obstante, su revitalización es fundamental para lograr una participación efectiva en las decisiones políticas, pues como señala De Andrea “Los partidos políticos contemporáneos, (...) son pues, grupos políticos que despiertan y

¹¹ Según la encuesta CEP, los partidos políticos son las organizaciones que suscitan menos confianza (en torno al 6% y 4%, en julio 2014 y nov-dic. 2016). Cepchile.cl, 13 abril de 2016.

¹² Para febrero de 2017, tanto los partidos oficialistas como de la oposición declaraban que estaban distantes de la cifra que debían obtener para mantener su constitución como partido y seguir recibiendo financiamiento público. No obstante que para los partidos tradicionales se flexibilizaron las exigencias del refichaje (disponiendo 3 fórmulas para realizar el trámite), hubo amagos para proponer la tramitación de una ley corta para ampliar los plazos aprobados para este proceso. Ello originó protestas de representantes de los partidos nuevos por considerarse vulnerados en su derecho a la igualdad de trato. El Mostrador.cl, Servel cede a presiones de partidos y flexibiliza proceso de refichaje de militantes, 13 de abril 2017.

movilizan a los pueblos, que representan intereses, que facilitan la concreción de compromisos entre ópticas contrarias, que se convierten en un campo de aprendizaje propicio para futuros dirigentes políticos, y que, al congregar a miles o a millones de individuos permiten –como en el caso de los partidos de masas o proletarios—, financiar actividades y plataformas políticas que, como individuos aislados –esto es, sin la estructura de un partido— jamás podrían promover”.¹³

En esta perspectiva, las modificaciones que la Ley N° 20.915 introduce a la LOC N° 18.603 parten de una nueva definición y ubicación institucional de los partidos políticos que, en síntesis, cuentan con los siguientes elementos: 1) el reconocimiento de su autonomía y de personalidad jurídica de derecho público; 2) el condicionamiento legal para que su organización interna sea democrática; 3) como expresión del pluralismo político se les reconoce como instrumentos fundamentales de participación política democrática, y su rol de mediadores entre las personas y el Estado; y 4) se les impone el deber de contribuir al fortalecimiento de la democracia y el respeto de los derechos humanos (artículo 1, numeral 1°).

En consonancia con lo señalado, el legislador cuida de ampliar el campo de acción de los partidos políticos reconociéndole capacidad para realizar todas aquellas actividades que estén “destinadas a poner en práctica sus principios, postulados y programas” (artículo 1, numeral 2°), cuidando de pautear los contenidos mínimos de la declaración de principios de los partidos políticos (artículo 1, numeral 4°).

Dada su importancia para el funcionamiento del sistema democrático, el legislador también introduce una serie de preceptos que afectan la autenticidad de la representación y la legitimidad de los partidos políticos; entre ellas se encuentra: 1) la elevación de los estándares para el reconocimiento como partido político, exigiéndose que como mínimo deban constituirse en ocho regiones del país o en tres regiones geográficamente contiguas (artículo 1, numeral 3°); 2) el establecimiento de un piso mínimo de afiliados además del porcentaje de electores que ya era preceptivo (artículo 1, numeral 5°); 3) se amplía la relación de cargos públicos que están inhabilitados para afiliarse a un partido político (artículo 1, numeral 16°).

Entre las medidas orientadas a asegurar la democratización interna de la organización partidaria, destacan las siguientes medidas: 1) se obliga a que los

¹³ De Andrea, Francisco, “Los Partidos Políticos. Su marco teórico-jurídico y las finanzas de la política, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas”, 2002, p. 68.

estatutos especifiquen los derechos y deberes de los afiliados, contemplando un listado mínimo de derechos, entre los que destaca el derecho amplio de acceso a la información de sus afiliados, así como también un listado mínimo de deberes (artículo 1, numeral 17°); 2) se establece una orgánica mínima que deberá ser elegida en su totalidad conforme a los estatutos, renovarse —como máximo— cada cuatro años, y sus integrantes no pueden ser reelegidos por más de dos períodos consecutivos en su mismo cargo (artículo 1, numeral 21°); 3) los estatutos deben contemplar reglas de integración de los órganos colegiados que aseguren que ningún sexo supere el 60% de sus miembros (artículo 1, numeral 21°); 4) si el Órgano Ejecutivo es elegido por el Órgano Intermedio Colegiado, este último deberá ser elegido por los afiliados en votación directa (artículo 1, numeral 23°); 5) en las regiones donde los partidos están constituidos deberán contar —como mínimo— con un órgano Ejecutivo y un Órgano Intermedio Colegiado Regional (artículo 1, numeral 26°); y 6) se cuida que el Órgano Tribunal Supremo cumpla con un mínimo de exigencias para el cumplimiento de su función estableciendo requisitos e inhabilidades para su integración, así como también se le señala un mínimo de competencias, las sanciones que éste puede imponer y la exigencia de Tribunales Regionales en aquellas regiones donde está constituido el partido (artículo 1, numeral 27°).

Complementariamente, a los objetivos de democratizar los partidos y constituir organizaciones respetuosas de los derechos político-electorales de sus afiliados, el legislador también se preocupa —en el artículo 1, numeral 29°— de incorporar un mínimo de garantías de protección a los derechos de sus militantes, entre ellas: 1) exigir que los procedimientos sancionatorios cumplan con el principio del debido proceso (derechos como a la defensa, a presentar descargos y pruebas y a reclamar las decisiones en plazos razonables); 2) obligar que los estatutos contemplen las causales de abstención de los miembros del Tribunal Supremo; 3) imponer el cumplimiento de los deberes constitucionales y legales como límites a la potestad partidaria disciplinaria; y 4) tipificar un mínimo de infracciones a la disciplina interna.

En materia de financiamiento, la ley introduce medidas orientadas al aseguramiento de una correcta gestión de los recursos partidarios, tratando de evitar conflictos de intereses, así: 1) en materia contractual tienen prohibido evadir las condiciones de mercado y constituir o participar de personas jurídicas salvo las autorizadas por ley; 2) si bien pueden ser propietarios de bienes inmuebles, los dos tercios de estas propiedades deben dedicarse a las actividades que éstos deben ejecutar; 3) los aportes públicos que reciban deben

destinarse a sus fines legales, rendirse y justificarse; y 4) se limita su capacidad de invertir su patrimonio financiero.

Finalmente, se destaca el cuidado del legislador para introducir un nuevo “Título V del Acceso a la Información y Transparencia” en la Ley N° 18.603, regulando obligaciones de transparencia activa, entre las que se incluye la obligación de mantener a disposición permanente del público —en los respectivos sitios electrónicos— el monto total de las cotizaciones, el total de los aportes, donaciones, asignaciones testamentarias y todo tipo de transferencia pública o privada que reciban. Se reconoce a toda persona el derecho a reclamar en los términos del artículo 24 y siguientes de la Ley de Transparencia N° 20.285, en contra del partido político que no cumpla con la transparencia activa a la que está obligado (artículo 1, numeral 36°).

5. Ley N° 20.922, que modifica disposiciones aplicables a los funcionarios municipales y entrega nuevas competencias a las Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo

En el ámbito local, los problemas de probidad, eficacia y eficiencia parecen multiplicarse. Una de las causas de la debilidad institucional municipal es la escasa profesionalización del personal, dato que se agudiza en las comunas populares y alejadas. No sólo existe un desfase en la actualización de las plantas municipales, sino que Chile, en el ámbito de la OCDE y de los países latinoamericanos, tiene una de las menores tasas de relación entre funcionarios y cantidad de población a atender a lo que se suma que solamente uno de cada cuatro funcionarios municipales es profesional.¹⁴ De este modo, la descentralización también se dificulta por la escasa capacidad de gestión en el nivel municipal, no obstante la importancia que tienen al ser las administraciones más cercanas al ciudadano proveedoras de importantes servicios de interés general.

La Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo es el órgano de la Administración central encargado de proponer e impulsar las políticas públicas relacionadas con la descentralización, para ello esta ley le facilita el acceso a información relevante en materia de recursos humanos, información que las propias municipalidades le deberán proporcionar, anualmente, entre ellas: las modificaciones de las plantas de personal, la dotación nombrada o contratada

¹⁴ BCN.cl, Mensaje en Historia de la Ley N° 20.922, 13 de abril de 2017.

bajo cualquier régimen legal, las fuentes de financiamiento de los programas que permiten contratar personas, escalafón de mérito, política de recursos humanos, etc. Además, dicha información debe ser publicada formando una obligación de transparencia activa (artículo 3°).

La Ley N° 20.922, además de conceder beneficios económicos (bonos) a funcionarios y ex funcionarios municipales modifica, especialmente, dos cuerpos legales: la LOC N° 18.695 de Municipalidades (LOCM) y la Ley N° 18.883 sobre Estatuto Administrativo (LEAM) para funcionarios municipales.

Las modificaciones a la LOCM van orientadas a potenciar el fortalecimiento del personal municipal y, en esta tarea, potenciar la importancia del Concejo Municipal (en adelante, el Concejo) como órgano normativo y fiscalizador del alcalde. En consecuencia, la ley obliga a que el alcalde presente al Concejo la política de recursos humanos, la misma que se convierte en un instrumento indispensable para la gestión de las municipalidades (artículo 4, numerales 6° y 1 respectivamente). Si bien se faculta al alcalde a fijar o modificar las plantas de personal, esta atribución está sujeta a varios límites y requisitos (artículo 4°, numerales 4 y 5), en especial de sustentabilidad económico-financiera y de responsabilidad institucional, pues es el concejo el que debe aprobar la modificación contando con una certificación de las unidades de administración y finanzas y de control sobre la disponibilidad presupuestaria (artículo 4, numeral 5°).

Se busca impulsar la profesionalización disponiéndose que, de los nuevos cargos de la planta de personal que se creen, al menos el 75% debe cumplir el requisito de título profesional o técnico (artículo 4, numeral 5°). Igualmente, el reglamento que se dicte estableciendo el número de cargos y fijando sus grados, deberá ser tomado de razón por la Contraloría General. Esta atribución, además, sólo podrá ser ejercida cada ocho años y dentro de los dos años siguientes a contar del cumplimiento de dicho período y nunca en año de elecciones municipales. Introduce dos obligaciones del alcalde, a saber: a) someter al Concejo la política de recursos humanos cuyo contenido mínimo debe contemplar los mecanismos de reclutamiento y selección (artículo 4, numeral 6°); y b) incluir en la cuenta pública anual el estado de la aplicación de la política de recursos humanos

El estatuto administrativo municipal se modifica para fijar límites al gasto anual en personal en relación con los ingresos propios que perciben las entidades locales, y se establecen los requisitos para pertenecer a las distintas plantas (directivo, profesional, técnico, etc.). Destaca que para la plantas de jefaturas se exija título profesional y, específicamente, para el cargo de Director de Obras se exija título de arquitecto, ingeniero civil, ingeniero constructor civil

o constructor civil, y para la Unidad de asesoría jurídica se requiera el título de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión (artículo 5).

6. Ley 20.955, sobre el fortalecimiento de la Alta Dirección Pública

La Ley N° 19.882 de 2003, junto con crear la Dirección Nacional del Servicio Civil (DNSC), también instauró el Sistema de la Alta Dirección Pública (SADP). El cuestionamiento del SADP ha sido persistente desde que entró en funcionamiento, pues con ello se evidenció su ineficacia para limitar la amplia discrecionalidad presidencial en el nombramiento de los cargos de exclusiva confianza, circunscribiéndose a formalizar un procedimiento costoso y poco ágil para reclutar a directivos públicos altamente calificados.

La Ley N° 20.955 aborda dos partes esenciales del problema: la institucionalidad que tiene a cargo el SADP, esto es la DNSC, y el proceso de reclutamiento junto a las garantías mínimas del resultado del proceso.

En primer lugar, y en lo que respecta a la DNSC, la nueva legislación refuerza la importancia de la labor que ésta realiza, reconociéndole un ámbito propio que no concursa con las atribuciones de la Contraloría General que, por su ley orgánica constitucional, tiene reconocida la competencia para velar por la carrera administrativa. De este modo, a la DNSC se le amplían las competencias en el campo de la gestión de recursos humanos del sector público, particularmente, de personal de alto nivel, reconociéndole una labor en la elaboración y aplicación de las políticas de administración de personal, y se enfatiza su carácter de órgano asesor en la materia de gestión de personas en la Administración nacional centralizada y descentralizada (artículo 2 del artículo vigésimo sexto de la Ley N° 19.882). Asimismo, para el cumplimiento de estas funciones se le dota, entre otras facultades, de potestades normativas de aplicación general a los ministerios y sus servicios dependientes, o relacionados en materias de gestión de personas y para la elaboración de códigos de ética; de la dictación de directrices para la formulación, seguimiento y evaluación de los convenios de desempeño de los altos directivos públicos; y, en relación con la probidad administrativa, el deber de promover el cumplimiento de las normas que la regulen y podrá verificar la veracidad de los datos proporcionados por los postulantes que integren alguna nómina, reconociéndosele el acceso a las bases de datos de carácter económico, financiero, bancario y comercial.

Del mismo modo, la ley modifica la estructura de la DNSC incorporando una Subdirección de Gestión y Desarrollo de Personas que se suma a la ya existente Subdirección de Alta Dirección Pública.

Un elemento a destacar es la preocupación por regular, especialmente, las incompatibilidades e inhabilidades del cargo de Consejero de Alta Dirección Pública (nuevo artículo cuadragésimo séptimo de la Ley N° 19.882), incluyendo entre las incompatibilidades a los funcionarios de exclusiva confianza, situación que —como se recuerda— se produjo con la jefa de asesores del gobierno de Sebastián Piñera, que simultáneamente ocupaba el cargo de consejera. Se cuida, expresamente, de consignar la inhabilidad para actuar en el Consejo cuando el cónyuge o conviviente civil de un consejero sea administrador o tenga participación en empresas relacionadas con selección de personal inscritas en el registro de la DNSC, o si los vinculados con el grado de parentesco que señala la ley participan en un proceso de selección de personas.

En segundo lugar, en cuanto al SADP, la Ley N° 20.955 amplía la aplicación del sistema de la siguiente forma: 1) actualiza la lista de servicios excepcionados en su totalidad (artículo 1, numeral 4°); 2) precisa los cargos que ingresan al sistema (como los subdirectores en la Dirección General de Obras Públicas y la Dirección de Planeamiento del MOP; y, en el caso del SII, el cargo de Director Nacional) (artículo 1, numeral 4°); 3) incorpora expresamente algunos servicios al sistema indicando los niveles jerárquicos (v.g. Sename, DNSC, SERVIU Metropolitano; INJUV, Dirección del Trabajo, CONADI, etc.) (artículo 1, numeral 29°).

Una importante medida que, efectivamente, limita la discrecionalidad presidencial es la disposición trigésima sexta bis que la ley agrega (artículo 1, numeral 5°), según la cual sólo se permite al Presidente de la República exceptuar 12 cargos (no habla de servicios) en los primeros tres meses del gobierno que correspondan a jefes superiores de servicio, salvaguardando que la provisión de dichos cargos recaiga en personas que cumplan con el perfil del respectivo cargo. Del mismo modo, esta medida se complementa con: a) la exigencia de obtener autorización previa del Consejo de Alta Dirección Pública (en adelante, CAP) para convocar a procesos de selección de cargos de alta dirección pública, durante los ocho meses previos al inicio de un nuevo período presidencial, exigiéndose que dicha autorización sea aprobada con al menos cuatro votos favorables (artículo 1, numeral 11°); b) la exigencia de comunicar previa y fundadamente al CAP para poder solicitar la renuncia de los cargos de segundo nivel jerárquico durante los seis primeros meses del período presidencial (artículo 1, numeral 21); y c) la prohibición de proveer,

mediante el mecanismo de suplencia, los cargos vacantes sujetos al SADP, debiendo aplicarse la subrogación (artículo 1, numeral 22°).

Conclusiones

Desde hace un tiempo se ha instalado la idea de que atravesamos una crisis de valores que perjudica a la vida pública y nos hace vulnerables a la corrupción. Ello nos ha hecho revisar las instituciones y diagnosticar sus fallos, generando un largo listado de propuestas que se sistematizaron en el Informe del Consejo Anticorrupción. Estas propuestas han sido el origen de disposiciones legales y reglamentarias que han modificado la institucionalidad con el objetivo de resguardar la integridad pública, mejorar la gestión de los recursos públicos, promover una ciudadanía responsable y limitar las relaciones entre la política y el dinero. En estas páginas se ha hecho un análisis prospectivo del funcionamiento de las instituciones reformadas, sin pretender que sólo los cambios legales puedan modificar la situación subyacente, sin embargo, sí es posible producir un efecto beneficioso en la dirección correcta. Ciertamente, se ha constatado un sustancial avance para la superación de los vicios que padecen nuestras instituciones, pero sólo la aplicación práctica nos dirá si los cambios definitivamente fueron positivos y si se ha logrado construir un marco normativo más equilibrado. Recordaba, Adela Cortina, la lección de un jefe indígena “que contaba a sus nietos cómo en las personas hay dos lobos, el del resentimiento, la mentira y la maldad, y el de la bondad, la alegría, la misericordia y la esperanza. Terminada la narración uno de los niños preguntó: ¿cuál de los lobos crees que ganará? Y el abuelo contestó: el que alimentéis”.¹⁵

Si bien no se debe esperar prodigios con estas reformas, sí tenemos la expectativa que con ellas se vaya a producir un efecto beneficioso para la recuperación de nuestra sociedad, es decir, que con ello estemos alimentando al lobo *bueno* de nuestra sociedad.

¹⁵ Elpais.com, Ética en tiempos de crisis, 13 de abril de 2017.

El futuro de las leyes secretas

*Pablo Contreras*¹

Resumen

El trabajo analiza el estado de la cuestión y las posibilidades de desclasificación de las leyes secretas en Chile, a propósito de la divulgación del texto de la Ley N° 13.196, Reservada del Cobre. Para ello, se revisan algunos antecedentes generales de las leyes secretas en nuestro país y los intentos que precedieron a la Ley N° 20.977. Luego, se examinan las gestiones administrativas para dar a conocer estos textos secretos, con énfasis en el procedimiento de amparo de acceso a la información pública. A partir de ello, se explica la expedita tramitación de la moción parlamentaria de un proyecto de ley que no tuvo mayores complicaciones. El texto concluye con algunos de los dilemas que se abren respecto de la permanencia de leyes secretas en nuestro ordenamiento jurídico, así como los obstáculos que enfrenta la desclasificación de estos textos legales secretos.

1. Introducción

Tras casi sesenta años de secreto, se hizo público el texto completo y las modificaciones a la Ley N° 13.196, Reservada del Cobre. En la edición del Diario

¹ Doctor en Derecho (SJD), Northwestern University. Jefe de Normativa y Regulación, Consejo para la Transparencia. Profesor de Derecho Constitucional de las universidades Alberto Hurtado y Diego Portales. Correo electrónico: pablo.contrerasva@mail.udp.cl.

Quisiera agradecer los comentarios de Sebastián Soto y Andrés Pavón. Las opiniones y análisis aquí efectuados son de corte académico y no representan al Consejo para la Transparencia. Los defectos subsistentes son de exclusiva responsabilidad del autor.

Oficial del día jueves 22 de diciembre de 2016, se publicó la Ley N° 20.977 que materializó la difusión oficial y masiva del texto de esta enigmática ley.² Esta acción oficial constituye un punto de inflexión respecto del tratamiento de las leyes secretas en nuestro país. Por ello, conviene atender a las causas que originaron este desenlace.

La expedita aprobación de la Ley N° 20.977 no es casualidad. Una moción parlamentaria que no contaba con urgencia pudo hacerse paso entre una recargada agenda legislativa, dado ciertos factores exógenos que facilitaron el camino. Dichos factores son dos: las denuncias de corrupción en la ejecución de fondos provenientes de la Ley Reservada del Cobre,³ y un procedimiento de amparo de acceso a la información pública cuyo objeto era, precisamente, el conocimiento del texto íntegro de la ley y sus modificaciones.⁴

A partir de la publicidad de la Ley Reservada del Cobre, se abre un nuevo capítulo para las leyes secretas. Este tipo de leyes ha sido poco estudiado en nuestro medio, en general. Sin embargo, los recientes acontecimientos han gatillado un nuevo interés por conocer y difundir el contenido de estas leyes, hasta ahora, al margen de la ciudadanía.

El artículo se estructura de la siguiente forma. Primero, se revisan algunos antecedentes generales de las leyes secretas en nuestro país y los intentos que precedieron a la Ley N° 20.977 (2). Luego, se examinan las gestiones administrativas para dar a conocer estos textos secretos, con énfasis en el procedimiento de amparo de acceso a la información pública (3). A partir de ello, se explica la expedita tramitación de la moción parlamentaria de un proyecto de ley que no tuvo mayores complicaciones (4). El texto concluye con algunos de los dilemas que se abren respecto de la permanencia de leyes secretas en nuestro ordenamiento jurídico, así como los obstáculos que enfrenta la desclasificación de estos textos legales secretos (5). Para efectos de este trabajo, por desclasificación entenderemos “aquel mecanismo jurídico que remueve la afectación de reservado o secreto a una determinada información, con independencia de su soporte original”⁵

² Diariooficial.interior.gob.cl, Ley Reservada del Cobre, 22 de diciembre de 2016 [<http://www.diariooficial.interior.gob.cl/ley-reservada-del-cobre/>].

³ Weibel, Mauricio, Traición a la Patria. “Milicogate”. El Millonario Desfalco de la Ley Reservada del Cobre, (Aguilar), 2016.

⁴ Consejo para la Transparencia, C2867-15, 29 de marzo de 2016.

⁵ Contreras, Pablo, “Transparencia y Leyes Secretas”, En Estudios Constitucionales 8 (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2010, p. 100.

2. Sobre las leyes secretas

Las leyes secretas son un tópico escasamente estudiado en nuestro país y una anomalía democrática. El primero en advertirlo, en el ámbito académico, fue Roberto Garretón, en el año 1985.⁶ En este artículo, Garretón alertaba sobre el fenómeno de proliferación de textos legales reservados durante la dictadura. En su investigación, se identificaron 98 leyes secretas (80 decretos leyes y 18 leyes), varias de los cuales contenían, incluso, conductas delictivas o estructuraron las agencias de inteligencia a través de las cuales el régimen articuló la represión de disidentes políticos.⁷ Después de esta investigación, el tema quedó, prácticamente, en el olvido, salvo por algunos apuntes periodísticos⁸ y un proyecto de ley que intentó desclasificarlas, estando estancado —en Segundo Trámite Constitucional— hace más de 10 años.⁹

Tiempo atrás, por mi parte, publiqué una investigación que buscaba contribuir a la conceptualización y sistematización de las leyes secretas en nuestro país.¹⁰ Para entender los alcances de las leyes secretas hay dos aspectos conceptuales que deben ser, someramente, abordados: el tipo de leyes secretas y el régimen de publicación. Respecto del primer aspecto conceptual, debe aclararse que el conjunto de leyes secretas comprende diversas fuentes formales, desde leyes propiamente tales —algunas de ellas dictadas en períodos democráticos, otros bajo dictadura—, decretos con fuerza de ley y decretos leyes. En segundo término, se debe explicar el régimen de “publicación” o, más bien, el procedimiento que se empleó para autenticar y oficializar los textos legales secretos. El mecanismo, en su momento, fue explicado por el ex Director del Registro Civil. En una sesión ante el Congreso, se explicó que los textos legales se publicaban bajo una forma especial calificada de restringida, en los que “se dejaba constancia en el sumario de la edición que se había publicado una determinada ley, relativa, por ejemplo, a la movilización de tropas en casos excepcionales, y, en paralelo, se publicaban una o dos hojas en que figuraba la ley completa,

⁶ Garretón, Roberto, “Las Leyes Secretas en Chile”, En Revista Chilena de Derechos Humanos 1 (Academia de Humanismo Cristiano), 1985, pp. 27 y ss.

⁷ Garretón, *op. cit.*, pp. 34-37.

⁸ Ciperchile.cl, Las últimas jugadas para desclasificar las leyes secretas del gobierno militar, 11 de junio de 2009.

⁹ Proyecto de ley que ordena la publicación de leyes promulgadas en carácter de “secretas” en el período que indica (boletín 3307-07).

¹⁰ Contreras, *Transparencia, op. cit.*; Contreras, Pablo, Secretos de Estado. Transparencia y Seguridad Nacional, (Thomson Reuters), 2014.

las que debían editarse y repartirse en forma restringida a ciertas personas claramente individualizadas”.¹¹

Garretón, en su momento, calificó esta fórmula de “resquicio legal” que impedía la publicidad de las leyes secretas.¹² En cada caso, existía personal militar que controlaba la impresión y procedía a destruir los ejemplares defectuosos y las planchas metálicas utilizadas. El mecanismo empleado anulaba por completo la obligación constitucional de publicar las leyes, defraudando el sentido y alcance de la cláusula democrática de la Constitución.¹³

Los datos de nuestra investigación permitían tener una visión más amplia de las leyes secretas. Por un lado, demostraban que la publicación de leyes secretas constituyó una práctica que se extendió más allá del período 1973-1990, siendo las primeras de ellas publicadas en 1900 y la última, en 1998, años después del retorno a la democracia. El número total ascendía a 203 textos legales secretos —hoy 200, con la publicación de la Ley Reservada del Cobre y sus modificaciones—. La mayoría de las leyes secretas dicen relación con las “Plantas” de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile (110 textos legales secretos, 76% del total). El segundo grupo comprende transferencias de recursos o asignaciones monetarias a los organismos de Defensa (23 textos legales, 16% del total). Las otras dos categorías, Facultades de órganos (9 textos legales, 6% del total) y Varios (3 textos legales, 2% del total) tienen números marginales de cara al universo total de leyes secretas.¹⁴

3. La Ley Reservada del Cobre bajo examen

3.1. La jurisprudencia en materia de acceso a información pública

Hasta el año 2010, la situación de las leyes secretas estuvo inalterada. La cuestión cambió recién ese año con la aplicación de la Ley de Transparencia (Ley N° 20.285). En total, el Consejo para la Transparencia (el Consejo o CPLT) ha decidido nueve amparos de acceso a información respecto de la Ley Reservada

¹¹ Cámara de Diputados, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Boletín N° 3307-07, 10 de diciembre de 2003, p. 4.

¹² Garretón, *op. cit.*, p. 33.

¹³ Contreras, *Secretos, op. cit.*, pp. 140-149.

¹⁴ Contreras, Pablo, *Secretos, op. cit.*, pp. 137-140.

del Cobre. En siete de ellos, el CPLT acogió los amparos y ordenó la entrega de información;¹⁵ sólo en dos casos se rechazaron los amparos.¹⁶

En general, el criterio del CPLT quedó fijado en los dos amparos de acceso a la información, ambos del 2010, que inquirían distintas materias relacionadas con la Ley Reservada del Cobre. Por un lado, se solicitó información de los montos empozados en la cuenta de la Ley Reservada y otros datos financieros¹⁷ y, por otro, la denegación del contrato por el cual se adquirió un puente mecano para enfrentar las contingencias del terremoto del 27 de febrero de 2010.¹⁸ El Consejo estimó que no basta que la ley sea secreta para denegar acceso a la información. Para ello, se requiere que exista una afectación de una causal de reserva o secreto, fundada en las excepciones al principio constitucional de publicidad, establecido en el artículo 8 de la Constitución. La exigencia de afectación se deriva del texto mismo del citado artículo constitucional, que establece que una ley de quórum calificado puede disponer la reserva de información cuando la publicidad afectare algunos de los bienes y derechos constitucionalmente garantizados. En razón de ello, la mera existencia de una ley secreta no justifica la denegación de acceso a información.

Las decisiones tuvieron distintos resultados. En el caso de la información presupuestaria y financiera enmarcada en la Ley Reservada del Cobre, el CPLT estimó que se acreditaba la afectación de la seguridad de la Nación, puesto que se tratarían de recursos destinados a la adquisición de armamento y equipamiento militar.¹⁹ En el caso del puente mecano, el Consejo rechazó las alegaciones de afectación de la seguridad nacional, puesto que, en este caso, no había información relacionada con la compra o adquisición de equipos o armamento militar.²⁰

En ambos casos, el Consejo manifestó—en un dictum importantísimo— reparos a la existencia de leyes secretas en nuestro país. En efecto, en las citadas decisiones se consigna la preocupación del Consejo: “porque en nuestro ordenamiento

¹⁵ Consejo para la Transparencia, C396-10, 2 de noviembre de 2010; Consejo para la Transparencia, C326-11, 14 de junio de 2011; Consejo para la Transparencia, C349-11 y C536-11, 24 de agosto de 2011; Consejo para la Transparencia, C508-11, 19 de agosto de 2011; Consejo para la Transparencia, C2202-13, 7 de marzo de 2014; Consejo para la Transparencia, C503-15, 20 de junio de 2015; Consejo para la Transparencia, C2867-15, 29 de marzo de 2016.

¹⁶ Consejo para la Transparencia, C382-09, 26 de febrero de 2010 y Consejo para la Transparencia C57-10, 2 de noviembre de 2010.

¹⁷ C57-10, *cit.*

¹⁸ C396-10, *cit.*

¹⁹ C57-10, *cit.*, cons. 8. Sobre la aplicación del test de daño, véase Contreras, *Secretos, op. cit.*, pp. 80 y ss.

²⁰ C396-10, *cit.*, cons. 7-8.

existan leyes que tienen carácter secreto. Admitirlas supone aceptar un peligroso bolsón de opacidad que pugna con el principio constitucional de publicidad y transparencia y el contenido esencial del derecho a acceder a la información pública, esto es, la facultad de todo individuo de buscar, solicitar y acceder a la información que obre en poder de los órganos estatales, particularmente a partir de la reforma constitucional del 2005 (artículos 8° y 19 numerales 12 y 26 de la Constitución), representando también un serio debilitamiento del principio democrático en que se basa nuestra institucionalidad republicana (art. 4° de la Constitución).²¹

Este considerando será el pilar a partir del cual se estructurará la decisión que ordenó la entrega del texto de la Ley Reservada del Cobre. El caso se explica a continuación.

3.2. La decisión que ordenó la entrega parcial de la Ley Reservada del Cobre

El último amparo que el Consejo resolvió fue, precisamente, respecto de una solicitud de información que requería el texto íntegro de la Ley Reservada del Cobre, y sus modificaciones, a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.²² Se trataba de una solicitud directa y simple: se buscaba conocer una ley secreta, quizás una de las más importantes de todas. El CPLT, como medida para mejor resolver, requirió copia íntegra de la información solicitada y procedió a efectuar una examinación in camera del objeto materia del amparo, en base a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley de Transparencia.

El CPLT debía examinar si la divulgación del texto de la ley en cuestión —junto a sus modificaciones— afectaba algunos de los derechos o bienes jurídicos protegidos por el artículo 8, inciso 2° de la Constitución, en base a las causales de reserva o secreto que establece la ley. El juicio de afectación se debía realizar, en primer término, por el órgano requerido de información —en este caso, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas— y, posteriormente, de deducirse un amparo, por el CPLT.²³ Esta precisión es relevante para lo que se analiza más abajo.²⁴

Uno de los elementos para efectuar el juicio de afectación, fue la revisión de la información respecto de la Ley Reservada del Cobre que ya se encontraba

²¹ C57-10, *cit.*, cons. 10 y C396-10, *cit.*, cons. 14.

²² C2867-15, *cit.*

²³ Contreras, *Secretos, op. cit.*, pp. 95 y ss.

²⁴ Véase *infra* 5.

en el dominio público. El razonamiento es simple: si la información (o parte de ella) se encuentra en el dominio público, entonces no existe afectación en la divulgación oficial de ésta. Este es un criterio que, en materia de acceso a la información pública, se advierte desde el famoso caso *The Pentagon Papers*, de la Corte Suprema estadounidense.²⁵ Respecto de la Ley Reservada del Cobre, había una considerable cantidad de información disponible en distintos actos de órganos del Estado —el Libro de la Defensa Nacional, Dictámenes de la Contraloría, proyectos de ley y la Memoria Anual de CODELCO—ya divulgada en la esfera pública. Por tanto, concluía el CPLT, “la circunstancia de que dichos actos de Autoridad sean de público conocimiento precisamente ratifica que, en concreto, la afectación a la seguridad nacional no se produce en los términos expuestos por el órgano requerido”.²⁶ En base a lo anterior, el Consejo estimó que “tras revisión de los antecedentes acompañados, y especialmente, de la información requerida, no se advierte que la hipótesis de reserva concurra respecto del texto íntegro del cuerpo legal solicitado, así como sus posteriores modificaciones, ni se ha proporcionado elementos de juicio diversos que le hayan permitido a este Consejo formarse la convicción de que la reserva proceda por afectación de la seguridad de la Nación, de acuerdo a lo que se expondrá a continuación”.²⁷

Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo adoptó una actitud precautoria respecto del artículo 3º, inciso 1º de la Ley Reservada del Cobre, que ordenó declarar secreto.²⁸ En su momento, no se explicó las razones de por qué tal disposición debía ser secreta —más allá de declarar que se cumplía con requisitos de afectación presente o probable y con suficiente especificidad— y, por lo tanto, ordenó una entrega parcial de la Ley N° 13.196. Hoy ya sabemos qué era lo que contenía dicho inciso.²⁹ los datos de Cuentas de Reserva de las Fuerzas Armadas —números identificadores de asientos contables— que el

²⁵ Corte Suprema Federal de Estados Unidos, *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

²⁶ C2867-15, *cit.*, cons. 15.

²⁷ C2867-15, *cit.*, cons. 8.

²⁸ C2867-15, *cit.*, cons. 17.

²⁹ Ley N° 13.196. “Artículo 3º. Las cantidades en dólares que resulten de la aplicación del artículo 1º, se depositarán a medida que se produzcan y la Tesorería General de la República las ingresará por terceras partes, en cuentas especiales denominadas ‘Cuentas de Reserva N° 9.151, 9.152 y 9.153- Ley N° 13.196’, las que corresponderán al Ejército, Armada y Fuerza Aérea de Chile, respectivamente. [...]”

mismo legislador entendió que su desclasificación no producía un daño a la seguridad nacional.³⁰

Finalmente, cabe señalar que la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas no reclamó de ilegalidad. Con ello, la decisión del Consejo quedó firme.

3.3. El problema competencial de la vía administrativa

Antes de cerrar este apartado, conviene tener presente un problema competencial que fue presentado por el presidente de la Cámara de Diputados. Mediante una representación dirigida al presidente del Consejo para la Transparencia, el diputado Osvaldo Andrade sostuvo que dicha institución había “invadido la esfera de atribuciones del Congreso Nacional” y se habría “extralimitado en sus funciones” al decidir, a través de un amparo de acceso a la información, la publicidad del texto de la Ley Reservada del Cobre y sus modificaciones.³¹ De acuerdo a la misiva, la desclasificación de una ley secreta constituiría un acto legislativo y el “carácter secreto o reservado de una determinada ley debe ser resuelto por el Congreso Nacional y no por órganos de inferior jerarquía”.³² Respecto a este punto, cabe señalar que de aceptarse que es un acto legislativo, la decisión no competiría, exclusivamente, al Congreso Nacional, sino también al presidente de la República, en tanto colegislador. Por otro lado, es dudoso que exista un orden de jerarquía entre el Congreso Nacional y el Consejo para la Transparencia. Se tratan de órganos distintos con bases normativas establecidas en fuentes formales diversas, pero de ello no se seguiría una relación jerárquica.

El presidente de la Cámara califica la resolución del Consejo como “aberrante”,³³ puesto que estima que la desclasificación es un acto legislativo y que, tal como prescribe el artículo 22 de la Ley de Transparencia, “[l]os actos que una ley de quórum calificado declare secretos o reservados mantendrán ese carácter hasta que otra ley de la misma jerarquía deje sin efecto dicha calificación”. Conforme

³⁰ El punto está explicado por el diputado Pilowsky en la historia de la ley N° 20.977. En la Comisión de Defensa Nacional del Senado, el diputado explicó “que el proyecto presentado por el ex Presidente Piñera, que propone derogar la LRC y establecer un nuevo sistema de financiamiento de las Fuerzas Armadas, hace alusión a la cuarta cuenta. Esto permite que el número de las tres anteriores sea fácil de deducir, ya que basta con retroceder una cifra cada vez. O sea, todas las cuentas pueden conocerse actualmente. Aclaró que no se trata de cuentas corrientes, sino de asientos contables. Es muy importante tenerlo claro, porque ese carácter impide que sean objeto de ataques cibernéticos”. Bcn.cl, Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.977, 22 de diciembre de 2016, p. 68.

³¹ Osvaldo Andrade, Carta José Luis Santa María Zañartu, Presidente del Consejo para la Transparencia, 5 de mayo de 2016, p. 2.

³² Andrade, *cit.*, p. 3.

³³ Andrade, *cit.*, p. 4.

a este razonamiento, la decisión de entregar la información solicitada es de competencia del Congreso Nacional.

La respuesta del Consejo enfatiza el alcance de sus competencias legales: la Ley Reservada del Cobre y sus modificaciones era información que obraba en poder de un sujeto obligado por la Ley de Transparencia y, por lo tanto, frente a la denegación de acceso, corresponde a dicha Corporación conocer de los amparos de acceso a la información. En razón de ello, el Consejo argumentó que una vez “[r]equerida su intervención en forma legal”, éste debe “resolver si la divulgación de la información afecta o no alguno de los bienes jurídicos cautelados constitucionalmente”, en aplicación de las reglas constitucionales y legales vigentes.³⁴ Esto es especialmente relevante en el caso de leyes previas a la reforma constitucional de 2005, que elevó a rango constitucional el principio de publicidad y estableció la exigencia de afectación de una causal de reserva o secreto para la denegación de información fundada.³⁵ El Consejo sostuvo que la decisión del amparo no alteró “la asignación de competencias establecida en la Constitución en materia legislativa, pues sólo ha debido resolver un amparo presentado bajo el procedimiento en la forma que establece la Ley de Transparencia, ordenando la entrega da un particular de la información solicitada”.³⁶ Por ello, no se trata de una publicación general de la ley conforme lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución.³⁷

Aquí existe un punto de diferenciación sobre las formas de desclasificación. Si ésta es de carácter y alcance general, se trata de un acto legislativo y debería ser equivalente a la publicación de una ley, regulada por el artículo 75 de la Constitución y los artículos 6 y siguientes del Código Civil.³⁸ Si la desclasificación tiene alcance particular, por ejemplo, bajo un procedimiento administrativo reglado la Ley de Transparencia, entonces la decisión es adoptada por el jefe superior del servicio, el Consejo para la Transparencia —conociendo eventualmente de un amparo— o los tribunales de justicia —si hubiere reclamos de ilegalidad

³⁴ Consejo para la Transparencia, Oficio N° 4513, de 9 de mayo de 2016, p. 1.

³⁵ Contreras, *Secretos*, *op. cit.*, pp. 51-64.

³⁶ Consejo para la Transparencia, Oficio N° 4513, *cit.*, p. 2.

³⁷ Consejo para la Transparencia, Oficio N° 4513, *cit.*, p. 2.

³⁸ Aquí debe hacerse una precisión: el acto de publicar una ley es un acto administrativo, como bien se recoge en Bronfman, Alan; Cordero, Eduardo & Aldunate, Eduardo, *Derecho Parlamentario Chileno*, (Thomson Reuters), 2013, p. 269. El acto de publicar es, sin embargo, conceptualmente distinto de la decisión de si una ley puede ser pública o secreta. El argumento del Presidente de la Cámara de Diputados estima que la competencia para adoptar esta última decisión le cabe al Congreso Nacional (aunque, en rigor, y para ser consecuente con su propio razonamiento, la decisión de desclasificación de leyes sería de competencia de los colegisladores).

contra la decisión del Consejo o recurso de queja contra la decisión de una Corte de Apelación—.

Hay un punto que todavía no se ha podido dilucidar del todo. El argumento del presidente de la Cámara asume que fue la ley la que se auto-clasificó como secreta y, por tanto, su desclasificación es de competencia legal. Si así lo fuere, entonces la auto-clasificación de secreto violaría el artículo 75 de la Constitución. Sin embargo, no es claro que la decisión de clasificación se haya adoptado a nivel legal. Como se aborda más abajo, los parlamentarios argumentaron que fue el decreto promulgatorio el acto jurídico que declaró secreta a la Ley Reservada del Cobre, antecedente que aparecerá recién con la discusión legislativa de la Ley N° 20.977. Este punto es central: si no hay norma legal que ordene el secreto de la Ley Reservada del Cobre, entonces la desclasificación no es de competencia exclusiva de los colegisladores y, por lo tanto, la decisión del Consejo tiene un antecedente más para ser justificada en base a la infracción de un requisito explícito del artículo 8 de la Constitución: la necesidad de la reserva legal de quórum calificado para establecer información reservada o secreta.

4. La Ley N° 20.977 y la desclasificación de la Ley Reservada del Cobre

El conocimiento general e integral de la Ley Reservada del Cobre y sus modificaciones, provino de una decisión legislativa: la Ley N° 20.977. En este apartado se da cuenta del proyecto que lo originó y cómo la decisión del Consejo sirvió para facilitar su aprobación por los colegisladores.

El proyecto de ley corresponde a una moción liderada por el diputado Jaime Pilowsky.³⁹ El texto explicaba que no existían “razones técnicas ni de seguridad nacional para que la ciudadanía no pueda conocer” la Ley Reservada del Cobre y que el conocimiento del contenido de la ley “contribuirá a generar un debate con mayor altura de miras respecto de la necesidad de generar un nuevo sistema de financiamiento” para las Fuerzas Armadas y la Defensa Nacional.⁴⁰ En este sentido, la fundamentación del proyecto se alineaba con la justificación que, en su momento, dimos respecto de la inconstitucionalidad de las leyes secretas.⁴¹

³⁹ Proyecto de ley que exige la publicación en el Diario Oficial de la Ley N° 13.196, Reservada del Cobre (boletín 10.518-07).

⁴⁰ Biblioteca del Congreso Nacional, cit., p. 4.

⁴¹ Contreras, *Secretos, op. cit.*, pp. 140-152.

En efecto, este tipo de normas impide el desarrollo de un circuito deliberativo sobre el contenido y pertinencia de las leyes que rigen a una comunidad política; al estar vedado su conocimiento, los miembros de dicha comunidad sufren una imposición heterónoma de mandatos que no pueden ser reevaluados y corregidos. En definitiva, impiden que los ciudadanos se formen una opinión propia de las normas bajo las cuales quieren vivir, obstaculizando severamente su corrección democrática.

El proyecto contenía un simple artículo único: “El texto de la ley 13.196 y sus modificaciones dejará de tener el carácter de secreto o reservado a contar de la fecha de publicación de la presente ley. El Diario Oficial al publicar la presente ley deberá incorporar el texto íntegro y actualizado de la ley 13.196”.⁴² En la discusión del Congreso Nacional, se debatió sobre los límites de la reserva en materias de seguridad y la distinción entre la reserva de una norma en sí —en este caso, la Ley Reservada del Cobre— y las operaciones efectuadas al alero de la misma —por ejemplo, las compras de equipamiento y pertrechos militares con cargo a los fondos de la Ley Reservada del Cobre—. La mayoría de los diputados estuvieron a favor de hacer esta diferenciación, favoreciendo la publicidad general de la norma y procurando la reserva o secreto de las compras materializadas bajo dicho régimen jurídico.⁴³

Dentro de la tramitación en la Cámara de Diputados, además, apareció un nuevo antecedente: la Ley N° 13.196 no habría sido reservada por disposición legal, sino que por estipulación reglamentaria. En efecto, el diputado Pilowsky —que había tenido acceso a la Ley Reservada del Cobre— “precisó que no fue la ley la que estableció, en su texto, la reserva de la misma, sino que ello se estableció en su decreto promulgatorio”.⁴⁴ Si la fuente del secreto es un decreto, entonces es incompatible con la reserva legal del secreto que se establece en el artículo 8°, inciso 2° de la Constitución. Lamentablemente, no es posible acceder a ese decreto promulgatorio, puesto que no se encuentra dentro de los textos desclasificados por la publicación en el Diario Oficial. Lo que sí se puede verificar es que en todos los textos de la Ley Reservada del Cobre —desclasificados por la Ley N° 20.977— no hay ninguna norma legal que disponga la reserva de la información o que mandate un sistema alternativo de publicación en el Diario Oficial al previsto en el Código Civil. En consecuencia, es dable concluir

⁴² Proyecto de ley que exige la publicación en el Diario Oficial de la Ley N° 13.196, Reservada del Cobre (boletín 10.518-07).

⁴³ Biblioteca del Congreso Nacional, *cit.*, p. 12.

⁴⁴ Biblioteca del Congreso Nacional, *cit.*, p. 16.

que la reserva de dicha ley no se ajustaba con el régimen constitucional de publicación de la ley establecido en el artículo 75 y, de haber sido un decreto promulgatorio el acto que dispuso la reserva de la información, era contrario a la reserva de ley cualificada que dispone el artículo 8.

La decisión C2867-15 del Consejo para la Transparencia facilitó la expedita tramitación del proyecto. Al haberse entregado a un particular la información contenida en la Ley Reservada del Cobre, ésta ya se encontraba en el dominio público⁴⁵ y se esfumaba el argumento de su necesidad de secreto. Sin embargo, generó un punto de discrepancia. La decisión había resuelto que se debía entregar, parcialmente, la información y ordenó reservar el artículo 3° de la Ley. La norma en cuestión establece las cuentas contables a las cuales se les debe transferir los fondos globales de cada institución armada. El diputado Urrutia, en su argumentación, recogió el punto y sostuvo que, de aprobarse el proyecto, debía mantenerse la reserva de dicho artículo.⁴⁶ El diputado Pilowsky, por el contrario, aclaró que no se trataba de cuentas corrientes —cuya divulgación sí podría afectar la seguridad nacional—, sino que de asientos contables para la asignación de los recursos. Adicionalmente, sostuvo que el Consejo adoptó una actitud precautoria —visión conservadora— en qué debía ser entregado, pero que no impedía que el legislador fuese más allá en pos de la transparencia.⁴⁷ Esta última opinión prevaleció en el Congreso y explica cómo se llegó a la desclasificación total de la Ley Reservada del Cobre. El Ejecutivo, además, a través de su Ministro de Defensa Nacional, no presentó reparos a la iniciativa que desclasificaba, íntegramente, la Ley Reservada del Cobre.⁴⁸

Finalmente, en Segundo Trámite se efectuó una pequeña modificación en el texto del artículo único del proyecto, con el objeto de evitar una doble publicación de la ley. En efecto, las leyes secretas eran publicadas en el Diario Oficial a través de una serie de circulación restringida, esto es, disponible sólo para un número limitado de destinatarios.. Como ya existía una publicación, lo que correspondía era que el texto de la Ley Reservada del Cobre se desafectara del secreto y no que se volviese a publicar. Como consta en la historia de la ley, con el objeto de evitar la doble publicación, la Comisión de Defensa del

⁴⁵ Los medios de comunicación se aprestaron a divulgar rápidamente el contenido de la Ley. Véase, por ejemplo, Elmostrador.cl, Exclusivo: esta es la secreta “Ley Reservada del Cobre”, 5 de mayo de 2016.

⁴⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, *cit.*, p. 18.

⁴⁷ Biblioteca del Congreso Nacional, *cit.*, p. 18.

⁴⁸ Biblioteca del Congreso Nacional, *cit.*, p. 60.

Senado acordó cambiar el verbo rector de “publicar” por “insertar”⁴⁹ y con ello obligar que, conjuntamente con la publicación de la Ley N° 20.977, se insertase el contenido íntegro de la Ley Reservada del Cobre.

En cumplimiento de lo anterior, el Diario Oficial, en su edición electrónica de 22 de diciembre de 2016, estableció un apartado especial en donde se publicó la Ley N° 20.977 y procedió a habilitar la descarga del texto actualizado de la Ley N° 13.196, Reservada del Cobre, junto a sus modificaciones. Cabe señalar, sin embargo, que no encuentra disponible para la descarga el texto original de la citada ley —publicada en 1958—. En el siguiente cuadro se sistematiza la información respecto de la Ley desclasificada y sus modificaciones:

Cuadro N° 1

Ley N° 13.196, Reservada del Cobre y sus modificaciones

Norma	Edición	Carácter	Publicado	Título de la norma
Ley N°13.196		Reservada	20-10-1958	Ley Reservada del Cobre
DL N°984	29.248-A	Reservada	05-09-1975	Fija el Texto Refundido de la Ley N°13.196
DL N°1.530	29.596-A	Reservada	29-10-1976	Fija el Texto Definitivo de la Ley N°13.196
Ley N°18.445	32.298-A	Reservada	17-10-1985	Modifica Disposiciones de la Ley N°13.196
Ley N°18.628	32.822-A	Reservada	17-07-1987	Modifica Ley N°13.196
Ley N° 20.977	41.639	Abierta	(inserto) 22-12-2016	Texto actualizado de la ley N° 13.196

Fuente: Diariooficial.interior.gob.cl

5. Y ahora, ¿qué? El futuro de las leyes secretas

La desclasificación de la Ley Reservada del Cobre supone un quiebre en triste inercia antidemocrática de la existencia de leyes secretas en nuestro país. Sin embargo, aún quedarían 202 textos legales reservados por desclasificar. En este apartado se revisan algunos de los dilemas que se abren respecto de la permanencia de leyes secretas en nuestro ordenamiento jurídico, así como los obstáculos que enfrenta la desclasificación de estos textos legales secretos.

⁴⁹ Biblioteca del Congreso Nacional, *cit.*, p. 68.

5.1. Nuevos casos sobre leyes secretas

El Consejo para la Transparencia ha vuelto a enfrentar la pregunta sobre la publicidad de leyes secretas. Hay dos vías por las se podrá volver a plantear esta discusión: directas e indirectas. Ambas tienen complejidades respecto de la desclasificación de las leyes secretas.

La vía directa consiste en solicitar el texto de cada ley secreta. Es lo que pasó en agosto de 2016. Una solicitante requirió diversos textos legales secretos al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, con la indicación del número de la ley, o decreto ley secreto, y su año de publicación.⁵⁰ La Subsecretaría del Interior derivó la solicitud a la Biblioteca del Congreso Nacional, estimando que éste era el órgano competente para contestar. Frente a esta derivación, se recurrió de amparo al Consejo, puesto que la solicitante estimaba que el Ministerio era competente, habida cuenta sus atribuciones respecto del Diario Oficial (que fue traspasado a dicha cartera por resolución exenta N° 6.793 de 2013, de la Subsecretaría del Interior). Con ello, se declaró admisible el amparo y se pudo entrar a conocer de los descargos de fondo del organismo, el cual argumentó que la búsqueda de la información afectaba el debido cumplimiento de sus funciones, invocando la causal de reserva o secreto del artículo 21 N° 1, letra c) de la Ley de Transparencia. A juicio del órgano, el solicitante no entregó la fecha de publicación de cada texto secreto y, al no contar con motores de búsqueda para encontrar lo solicitado, la tarea importaría una distracción indebida de los funcionarios que se desempeñan en el Diario Oficial.

El Consejo rechazó la causal de reserva invocada por el órgano. La Subsecretaría del Interior no “precisó el número de funcionarios necesarios para abocarse a la búsqueda de la información y elaboración de la respuesta”, el “tiempo que éstos deberían destinar a las referidas tareas, ni la extensión de los documentos respectivos”.⁵¹ Adicionalmente, estimó que la solicitud estaba suficientemente detallada para permitir la búsqueda de los documentos, ya que indicaba tanto número como año de publicación.

No obstante rechazar la causal de reserva o secreto, el Consejo reconsideró el problema de la derivación a otros organismos. Así, en su decisión estimó que “los órganos jurídicamente competentes para pronunciarse sobre la solicitud en comento son aquellos vinculados con las materias y funciones reguladas

⁵⁰ Consejo para la Transparencia, C2844-16, 20 de diciembre de 2016.

⁵¹ C2844-16, *cit.*, cons. 6°.

en cada uno de las normas requeridas. En efecto corresponde a éstos explicar la procedencia de hacer entrega de la información o, eventualmente invocar una causal de reserva respecto de la misma señalando los bienes jurídicos que puedan verse afectados con la divulgación de los antecedentes solicitados”.⁵² En base a ello, ordena que se derive la solicitud a los Ministerios de Hacienda y Defensa Nacional y a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad. Al exigir esta derivación, traslada la determinación administrativa de la entrega o reserva de información a distintos órganos involucrados. Cada uno de éstos deberá verificar si los textos secretos obran en su poder, si procede una causal de reserva o secreto y si se produce una afectación del bien jurídico protegido por la causal.

La vía indirecta dice relación con materias que puedan estar reguladas en leyes secretas. Se trataría de una estrategia similar a los primeros casos que involucraron la aplicación de la Ley Reservada del Cobre y que se revisaron más arriba. El ejemplo, en este punto, sería la decisión que obliga la entrega de la dotación total del personal de Carabineros, desde el año 2010 hasta el 2016⁵³. La controversia de este caso se planteó en los términos de si la publicidad de lo solicitado afectaba la seguridad de la Nación, conforme las reglas previstas en el artículo 21 N° 3 de la Ley de Transparencia y el artículo 436 del Código de Justicia Militar. El problema de las leyes secretas, en este caso, podría haber sido planteado si el servicio hubiese argumentado que la dotación de personal se encuentra regulada por leyes secretas (cuestión que no aconteció)⁵⁴. Esto, obviamente, contrasta con las recientes leyes que han aumentado la dotación de Carabineros, todas ellas públicas⁵⁵. En este caso —que, a la fecha de término de este trabajo, se encontraba en revisión en los tribunales superiores de justicia— la discusión no es por la publicidad del texto mismo de una ley secreta, pero sí respecto de su contenido. En ese sentido, se trata de una vía indirecta que busca la desclasificación de ciertos aspectos de una ley secreta.

⁵² C2844-16, *cit.*, cons. 8°.

⁵³ Consejo para la Transparencia, C2376-16, 15 de noviembre de 2016.

⁵⁴ Entre otras, véase las leyes N° 18.291, de 1984; N° 18.529, de 1986; N° 18.652, de 1987; N° 18.683, de 1987; N° 18.710, de 1988; N° 18.873, de 1989; y N° 18.873, de 1989. Véase Contreras, *Secretos, op. cit.*, pp. 167-173.

⁵⁵ La decisión cita las Leyes N° 20.104, de 2006; N° 20.490, de 2011; y N° 20.801, de 2014. Véase C2376-16, *cit.*, cons. 12°.

5.2. Los problemas de la desclasificación vía amparos y la necesidad de una solución de carácter general

Para concluir, debe advertirse los problemas de la desclasificación de las leyes secretas vía amparos de acceso a información pública. El análisis de los casos revisados aquí permite inferir que la vía litigiosa a la desclasificación tiene resultados globales marginales. Si bien se logró, parcialmente, con la Ley Reservada del Cobre —contribuyendo a la aprobación de la Ley N° 20.977—, en el resto de las leyes secretas se ha obligado derivar la solicitud de entrega de la documentación a una pluralidad de organismos públicos competentes (como evidencia la vía directa del caso C2844-16). Esto fragmenta aún más la posibilidad de acceso a todos los textos legales secretos. La vía indirecta no es, en esta misma línea, una mejor opción. Supone obviar la discusión sobre la publicidad o reserva de la ley secreta —a nivel de amparo— pero sí optar por la entrega de información que se relaciona con dicha ley (como se advierte en el caso C2376-16 de la dotación de planta de Carabineros).

En consecuencia, si el futuro de la desclasificación de leyes secretas depende de los amparos de acceso a la información, entonces será un camino farragoso y repleto de obstáculos y de litigiosidad compleja. Además, y como trasfondo, tendrá la duda competencial esgrimida por el presidente de la Cámara de Diputados, respecto de si le corresponde o no a la Administración la decisión de desclasificación de textos legales secretos.

En razón de lo anterior, parece razonable aprovechar la oportunidad de la desclasificación de la Ley Reservada del Cobre y discutir, legislativamente, la publicidad de los 202 textos legales que aún se mantienen secretos. El esfuerzo es relativamente simple y cuenta con la venia de la entonces Ministra de Defensa, Michelle Bachelet: se debe resucitar el antiguo proyecto de ley que “ordena la publicación de leyes promulgadas en carácter de ‘secretas’ en el período que indica” (boletín 3307-07)⁵⁶ que, actualmente, duerme en Segundo Trámite Constitucional. La aprobación de una solución de carácter general y obligatoria reduciría la litigación asociada a las leyes secretas y extirparía un bolsón de opacidad inaceptable en una democracia como la nuestra.

Queda por explorar una última alternativa: el fundamento legal del secreto de las leyes secretas. Esta alternativa se podría explorar a través de la revisión *in camera* de las leyes secretas. ¿Qué pasaría si las leyes carecen de un precepto

⁵⁶ Tanto el proyecto de ley como toda la información referida a los Informes de las comisiones legislativas se encuentra disponible el sitio web: <http://sil.senado.cl/pags/index.html> [última visita efectuada 07 de abril de 2010].

legal que auto-ordena su secreto? ¿Y si el secreto de estas leyes no está en la ley misma sino en su decreto promulgatorio? La hipótesis no es descabellada: se basa en los antecedentes legislativos de la Ley N° 20.977. De ser efectiva esta alternativa, no hay razones constitucionales que autoricen el secreto —vía decreto— de las (ahora presuntas) leyes secretas. En base a la jurisprudencia del Consejo, en el caso C2844-16, corresponderá, primero, a los órganos competentes verificar si la reserva de tales leyes secretas es, efectivamente, por disposición legal o, por el contrario, por decreto. Si fuere un decreto, dicha reserva no está amparada por la Constitución y corresponderá, tanto los órganos competentes como al Consejo para la Transparencia, dar vigencia al principio constitucional de publicidad.

La Reforma Laboral como crisis de la dinámica hegemónica transicional

Fernando Muñoz L.¹

Resumen

Este texto sostiene que la reforma laboral promulgada el 2016, y que ha entrado en vigencia este año, ha constituido un punto de inflexión, puesto que ha tensionado, severamente, las dinámicas de antagonismo y colaboración entre la dirigencia orgánica de los partidos de centro-izquierda y de derecha que, durante las últimas tres décadas, han permitido que subsista el modelo de relaciones laborales contenido en el Plan Laboral de la dictadura. Tras conceptualizar dichas dinámicas de antagonismo y colaboración —a la luz de las ideas de Antonio Gramsci sobre la producción de hegemonía—, el artículo ofrece una panorámica de la tramitación de los resultados legislativos de la reforma laboral, y apunta hacia las acciones de diversos actores institucionales y sociales que, durante dicha tramitación, pusieron en evidencia el carácter duramente constreñido de la propuesta reformista en materia laboral.

1. Introducción: la dinámica hegemónica transicional, o guerra de posiciones en el Chile neoliberal

En este trabajo sostendré que la reforma laboral (la reforma), materializada en la Ley N° 20.940, ha generado una crisis en lo que denominaré como *dinámica hegemónica transicional*, término mediante el cual me referiré a patrones recurrentes de antagonismo y colaboración entre los partidos políticos de la

¹ Doctor en Derecho, Universidad de Yale. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho del Trabajo, Universidad Austral de Chile.

centro-izquierda histórica y de la derecha que han contribuido a legitimar el modelo económico, social y político de la dictadura. En esta introducción explicaré brevemente el concepto de dinámica hegemónica transicional para, posteriormente, examinar los hitos principales del proceso de tramitación legislativa de la reforma laboral y, a continuación, identificar las maneras en que las acciones de ciertos actores institucionales y sociales contribuyeron a generar un resultado que sustenta la afirmación que da inicio a este párrafo.

Comenzaré elucidando el concepto que he propuesto a partir del último de sus términos. Empleo el adjetivo *transicional* para señalar el contexto histórico en que se ha desplegado esta dinámica y, en consecuencia, apuntar al efecto resultante de dichas dinámicas. Dicho contexto histórico corresponde a aquel período de nuestra historia contemporánea que a menudo viene denominado, precisamente, como la Transición. A estas alturas, debiera resultar pacífico sostener que, más que concebir a la Transición chilena como un proceso de democratización de nuestras instituciones políticas —proceso cuyo punto de término nunca ha estado del todo claro, ni en términos teóricos ni prácticos—, resulta más apropiado comprenderla como un verdadero régimen político, económico y social cuya existencia abarca ya tres décadas, si es que consideramos como su hito fundacional la decisión de la Junta Militar y de los dirigentes de los partidos de la Concertación de Partidos por la Democracia de consensuar —entre sí— una reforma al texto constitucional, posteriormente presentada a la ciudadanía como un todo o nada cerrado.

Precisamente, lo que hace interesante caracterizar este período como Transición y no meramente como la versión chilena o local, del fenómeno global del neoliberalismo (que también lo es), es que este término pone en evidencia que, en Chile, la implementación del neoliberalismo ocurrió en el marco de una dictadura explícitamente orientada a suprimir el pacto entre clases expresado simultáneamente en el modelo de Estado surgido al alero de la Constitución de 1925 y en el modelo de relaciones laborales del Código del Trabajo de 1924/1931, y que ese propósito de suprimir dicho pacto interclasista se vio estimulado por la radicalización de las demandas sociales que caracterizó al proceso político entre 1967 y 1973. Este marco dictatorial permitió que la implementación del neoliberalismo adquiriera una particular intensidad; pero, inversamente, le generó problemas específicos de legitimidad que hacían presumir que la llegada de los partidos de oposición al Poder Ejecutivo en 1990 involucraría cambios fundamentales al modelo económico neoliberal.

En cuanto época de continuidad con un régimen que supuestamente ha terminado, la Transición se presenta como un evento de gran interés para una agenda de investigación sobre la política de naturaleza maquiaveliana, que se pregunte por las condiciones de posibilidad de la creación y mantención de regímenes políticos.² Ello la hace propicia para ser entendida recurriendo al arsenal de conceptos elaborados por Antonio Gramsci, teórico maquiaveliano por excelencia de la modernidad capitalista.³ Los escritos de Gramsci sugieren que la subsistencia de un régimen político, económico y social depende de la capacidad de sus clases dominantes de mantener una posición de liderazgo moral o hegemonía de cara a las demás clases sociales que legitime el uso del poder estatal —y, por tanto, de su monopolio sobre la legalidad y sobre la coerción— que aquella clase hace. En el caso de una democracia capitalista como Chile, estas clases dominantes suelen corresponder al gran empresariado nacional y a la clase política, particularmente a los grupos que lideran orgánicamente a los partidos insertos en los centros institucionales de toma de decisiones estatales: el Ejecutivo y el Congreso Nacional. En particular, desde una perspectiva gramsciana, aparecen como relevantes las acciones realizadas por aquellos actores e instituciones que, al intentar orientar su acción a la consecución de objetivos de mediano y largo plazo de los concretos grupos sociales existentes en una determinada sociedad, se erigen en “intelectuales orgánicos” de los mismos.⁴

De ahí que caracterice como hegemónico al patrón recurrente de antagonismo y colaboración que se ha desarrollado durante las últimas tres décadas —es decir, a partir de la negociación constitucional de 1988— entre los dirigentes orgánicos de la centro-izquierda orgánica y de la derecha. Sostengo que este patrón abarca dos momentos paradigmáticos y dos posibles resultados.

El primer momento paradigmático es el del *reformismo constreñido*. En él, los dirigentes orgánicos de la centro-izquierda se apropian, dentro de los

² Como señala Pocock, “[l]a gran cuestión que inquietaba a Maquiavelo consistía en qué podían hacer las formas políticas para mantenerse estables en una historia que no habían creado y que parecían incapaces de dominar”. J. G. A. Pocock, *El momento maquiavélico: El pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica* (Madrid: Tecnos, 2008), página 85.

³ En particular, véase la colección de escritos de la cárcel recopilados como: Antonio Gramsci, *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno* (Nueva Visión, 1980).

⁴ Para un intento de construir una teoría constitucional que dé cuenta de las intuiciones de Gramsci, véase Fernando Muñoz, *Hegemonía y Nueva Constitución: Dominación, Subalternidad y Proceso Constituyente* (Valdivia: Ediciones Universidad Austral de Chile, 2016), pp. 18-67. Cabe destacar, particularmente, que Gramsci utiliza la categoría de intelectual no en su sentido cotidiano, esto es, en referencia a individuos insertos en la ‘alta cultura’, sino para conceptualizar la capacidad de ciertos individuos de articular mediante sus discursos y su acción los intereses de grupos sociales concretos. ‘Intelectual’, entonces, es un término técnico en el léxico gramsciano, tal como lo es la noción de virtud en Maquiavelo.

márgenes determinados por el consenso neoliberal, de una determinada crítica a la herencia institucional de la dictadura, ya sea que dicha crítica provenga de sus propios cuadros intelectuales o del malestar de la ciudadanía, incluyendo dentro de su oferta programática electoral una propuesta que se sostiene que remediará el aspecto criticado.

El segundo momento paradigmático es el del *veto institucional*. Acá, los dirigentes orgánicos de la derecha recurren a algún mecanismo institucional para retrasar, condicionar, o bloquear la viabilidad de la propuesta.

Dependiendo de las específicas circunstancias estructurales (*quórum*s legislativos y otros requisitos definidos constitucionalmente) y coyunturales (correlación electoral y su traducción en posiciones institucionales dentro del Estado) que rodeen a cada caso, los dos resultados posibles de esta dinámica son la *derrota reformista*, es decir, la preservación incólume, inalterada, del aspecto criticado inicialmente, y el *reformismo truncado*, esto es, la adopción de una reforma considerada como aceptable por parte de los sectores más comprometidos con la preservación del modelo.

Esta dinámica transicional reviste un carácter hegemónico en un doble sentido: por un lado, permite preservar aquellos aspectos del modelo que, o bien quedan fuera del escrutinio crítico del reformismo constreñido, o bien quedan inalterados debido a un resultado de reformismo truncado; y, por otro lado, produce una dosis de liderazgo moral para aquella fracción de la clase política que asume la posición, aparentemente progresista en ella, permitiéndole solidificar su liderazgo en una narrativa política articulada en torno a triunfos morales y victorias pírricas.

En cuanto a la caracterización de este fenómeno como una dinámica, cabe señalar que ella busca evidenciar que se trata de una interacción entre agentes que, en cierta medida, no buscan colectivamente unos mismos resultados. En otros términos, al hablar de dinámica —esto es, de una interacción entre distintos agentes—, no necesariamente estamos atribuyéndole a los actores involucrados a priori el haber buscado intencionalmente el estado de cosas resultante, pues esos resultados pueden estar condicionados por circunstancias de carácter estructural, esto es, relativamente invariantes dentro del período en cuestión.

En este caso, hay dos circunstancias estructurales que contribuyen, de distintas maneras, a conducir las interacciones entre los dirigentes orgánicos de la centro-izquierda y la derecha a resultados que legitiman el modelo. Por un lado, se encuentran los procesos de transformación ideológica en la centro-izquierda, que comprenden tanto la así llamada renovación socialista, como la

discreta —pero elocuente— aceptación del modelo económico por los cuadros técnico-políticos de la Concertación hacia fines de los 80'. Estas transformaciones supusieron un acercamiento de parte significativa de la dirigencia orgánica de la centro-izquierda hacia posiciones ideológicas más favorables en cuanto a la aceptación de las necesidades de inserción flexible en la economía-mundo globalizada, integrándoles de esta manera a lo que podemos denominar como un consenso neoliberal a nivel de la clase política dirigencial. Por otro lado, la permanencia de la Constitución de 1980 como marco normativo de la política, decisión fundante de la Transición en cuanto régimen político, se erige como una circunstancia estructural determinante de la dinámica hegemónica transicional, ya que ha ofrecido durante las últimas tres décadas numerosas trincheras o “enclaves autoritarios” que le han permitido a la derecha ejercer su veto institucional.⁵ La combinación concreta entre aceptación del consenso neoliberal de parte de los dirigentes orgánicos de la centro-izquierda y bloqueo institucional que prevalece en cada ejemplo concreto de dinámica hegemónica transicional, desde luego, varía caso a caso.

Para usar una metáfora de gran resonancia en los textos gramscianos, se podría decir que la dinámica hegemónica transicional toma la forma de una guerra de posiciones en las trincheras institucionales del Chile neoliberal, en la cual un sector intenta llevar a cabo una reforma —constitucionales, laborales, tributarias, educacionales, etcétera— para ser, previsiblemente, derrotado por el otro sector, logrando menos de lo que se había anunciado que se deseaba, y quedando así sentadas las condiciones para que al cabo de algunos años se vuelva a retomar la misma propuesta de reforma, a veces de modo aún más disminuido. Como se ve, hay una importante dimensión temporal en esta dinámica, en la medida que, parafraseando a Wolfgang Streeck,⁶ ella le permite a las élites “comprar tiempo” para el modelo económico y su régimen político. Sin embargo, tal como el propio Streeck observa, a mediano y largo plazo se van reduciendo las posibilidades de seguir comprando tiempo para un modelo que demande esfuerzos constantes de legitimación debido al malestar social que genera; la propia dinámica exigida por las necesidades de legitimación del modelo puede terminar evidenciando las carencias o déficits del mismo. Hasta cierto punto, esa es la tesis que aquí se sostiene respecto de la reforma laboral. Veamos por qué.

⁵ Para una revisión crítica de estas dos circunstancias, véase Muñoz, *ibíd.*, pp. 122-39.

⁶ Wolfgang Streeck, *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático* (Buenos Aires: Katz Editores, 2016).

2. La reforma laboral en cuanto dinámica hegemónica transicional

Comenzaré anotando, a modo de marco cronológico, los principales hitos del proceso legislativo en cuestión. Aquello que el discurso público denomina hoy como *reforma laboral* corresponde al proyecto de ley presentado por el Ejecutivo al Congreso Nacional el 29 de diciembre de 2014. Tramitado como Boletín N° 9835-13, dicho proyecto comenzó su discusión en la Cámara de Diputados, cuyas comisiones de Trabajo y de Hacienda emitieron sendos informes el 3 de junio y 10 de junio de 2015, respectivamente, y cuya sala aprobó el proyecto en general y particular con fecha 17 de junio de 2015. Tras dicha aprobación, el proyecto fue discutido en segundo trámite constitucional por el Senado; su comisión de Trabajo informó respecto al mismo el 12 de agosto de 2015; la sala lo aprobó en general el 19 de agosto del mismo año; la comisión de Trabajo emitió un segundo informe el 4 de enero de 2016; y la comisión de Hacienda emitió un informe el 18 de enero.

Una vez aprobado en particular por el Senado el 10 de marzo, el proyecto retornó a la Cámara de Diputados para que, en tercer trámite constitucional, se pronunciase sobre las modificaciones que le introdujo al proyecto el Senado. El nuevo informe emitido por la comisión de Trabajo condujo al rechazo en la Cámara de las mencionadas modificaciones. Por ello, de acuerdo a las normas del artículo 71 de la Constitución Política de la República (la Constitución), se formó una comisión mixta entre senadores y diputados, cuyo informe —emitido el 5 de abril de 2016— condujo a la aceptación de las reformas consensuadas en la comisión mixta por parte de ambas cámaras al día siguiente. Ese mismo día, asimismo, la oposición de derecha presentó un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (el Tribunal), el que fue parcialmente acogido mediante sentencia publicada el 9 de mayo de 2016. Dicha sentencia declaró la inconstitucionalidad de algunos contenidos del proyecto de ley, lo cual, a su vez, suscitó que el Ejecutivo adicionara el proyecto mediante veto presidencial, el que fue aprobado por ambas cámaras el 22 de junio.

Concluida así la tramitación legislativa del proyecto, éste fue nuevamente remitido al Tribunal Constitucional el 23 de junio, para la revisión preventiva de sus contenidos de carácter orgánico-constitucional, revisión que resultó, por un lado, en el rechazo por extemporáneo de un nuevo requerimiento de los parlamentarios de derecha mediante sentencia de 27 de julio de 2016, y, por otro lado, en la declaración de inconstitucionalidad de una única modificación de

rango orgánico-constitucional, mediante sentencia de 11 de agosto del mismo año. El 16 de agosto la cámara de origen remitió el proyecto al Ejecutivo y la Ley N° 20.940 fue, finalmente, promulgada el 29 de agosto de 2016, para entrar plenamente en vigencia el 1 de abril de 2017.

Como se vio en el acápite anterior, la dinámica hegemónica transicional involucra dos momentos —el reformismo constreñido y el veto institucional— y dos posibles resultados —la derrota reformista o el reformismo frustrado—. Emplearé estas categorías para describir, brevemente, el proceso de tramitación legislativa de la reforma laboral y sus resultados.

El momento del reformismo crítico, según he dicho, corresponde a la apropiación de críticas al modelo y su articulación como propuesta programática dentro de los márgenes definidos por el consenso neoliberal. En el plano de las relaciones laborales colectivas, el punto de partida consiste en el así llamado Plan Laboral, es decir, el modelo de relaciones colectivas contenido en el Decreto Ley N° 2.756, sobre organización sindical, y el Decreto Ley N° 2.758, sobre negociación colectiva. El Plan Laboral, como observara su propio autor, José Piñera, está basado en cuatro objetivos centrales o pilares: en primer lugar, buscó “despolitizar el movimiento sindical chileno”;⁷ excluyendo de su ámbito de competencias cualquier tipo de acción que se alejase de la estricta provisión de bienestar material a sus afiliados; en segundo lugar, “sitúa la negociación colectiva en el ámbito que le corresponde, la empresa, y prohíbe las negociaciones por áreas de actividad”;⁸ en tercer lugar, estimuló “la atomización sindical” mediante el “paralelismo sindical”;⁹ permitiendo que la negociación colectiva fuese emprendida no solamente por sindicatos constituidos como tales, sino también por lo que el artículo 2° del Decreto Ley N° 2758 denominó como “grupos de trabajadores que negocian” o grupos negociadores; y en cuarto lugar, asegura “la posibilidad de contratar reemplazantes en las empresas en huelga”.¹⁰

¿Ha intentado la dirigencia orgánica de los partidos de la centro-izquierda histórica acabar con los objetivos centrales del Plan Laboral? Si bien la respuesta

⁷ José Piñera, *La revolución laboral en Chile* (Santiago: Zig-Zag, 1990), página 70.

⁸ *Ibid.*, p. 50.

⁹ *Ibid.*, p. 47.

¹⁰ El Plan Laboral, como se puede ver, es un explícito ejemplo de lo que Ralph Milliband, caracterizando al recientemente instalado gobierno de Margaret Thatcher, denominara como *conservadurismo de guerra de clases*, el que busca eliminar la capacidad de acción colectiva de las clases trabajadoras, en este caso constriñendo severamente el ámbito de competencias de sus organizaciones. Véase Ralph Miliband, *Class War Conservatism: And Other Essays* (Verso, 2015).

es rotundamente negativa respecto de las reformas laborales consensuadas entre la centro-izquierda y la derecha en 1994 y 2001, ella pareciera ser un poco más matizada respecto de la reforma laboral aquí discutida, dado que las reformas anunciadas decían tener por objetivo: (1) ampliar las materias sujetas a negociación colectiva, (2) acabar con los grupos negociadores, estableciendo la titularidad exclusiva de los sindicatos para negociar colectivamente, y (3) acabar con el reemplazo en huelga. En otros términos, la reforma anunciaba su intención de modificar tres de los cuatro pilares del Plan Laboral, así como de expandir la posibilidad de negociar colectivamente a ciertos tipos de trabajadores hasta entonces excluidos de ese procedimiento; ampliar el derecho a información de los sindicatos en el marco de la negociación colectiva; y garantizar la presencia de trabajadoras mujeres en el proceso de negociación.¹¹

Sin embargo, quizás lo más interesante, para efectos de evaluar el carácter constreñido del reformismo de la propuesta legislativa del Ejecutivo, consiste en prestar atención al pilar del Plan Laboral que es dejado *a priori* fuera de la reforma: la limitación de la negociación colectiva al nivel de la empresa, decisión fundamental de política laboral que debilita estructuralmente a los trabajadores al fragmentar las condiciones de trabajo prevalecientes a nivel de industria y anular la capacidad de distintos tipos de trabajadores de suplir sus déficits con la ayuda de otros. Los trabajadores del sector público, en tanto, permanecen situados en la indefensión, fuera de la órbita del derecho colectivo del trabajo, no contemplándose ninguna expansión de la negociación colectiva o la huelga a los mismos.

Por añadidura, el reformismo constreñido de la propuesta contenida en el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo evidenciaba singularidades que ponían en duda la efectividad de algunos de sus objetivos. En materia de sindicatos, contenía propuestas tales como disminuir la cantidad de delegados sindicales protegidos por fuero y crear nuevos ilícitos sindicales, incluyendo el ejercer “fuerza física en las cosas, o física y moral en las personas con ocasión del ejercicio de la actividad sindical”.¹²

En materia de negociación colectiva, el proyecto establecía la posibilidad de acordar pactos sobre condiciones especiales de trabajo, particularmente en materia de jornada laboral, que amenazan con imponer una severa presión sobre los trabajadores que se vean confrontados por su empleador con esta

¹¹ Véase Mensaje Presidencial N° 1055-362, “Inicia Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales”, de 29 de diciembre de 2014.

¹² Mensaje Presidencial N° 1055-362, artículo 1, n° 19, letra e).

propuesta; y posibilitaba que las partes de la relación laboral, de común acuerdo, partan de un ‘piso’ de beneficios en la negociación inferior al contenido en el convenio colectivo anterior “cuando las condiciones económicas de la empresa así lo justifiquen”;¹³ y, como ha quedado dicho, omitía expandir el ámbito de la negociación colectiva al nivel ramal.

Por último, respecto de la efectividad de la huelga, la propuesta traspasaba la potestad de ordenar la reanudación de servicios o faenas desde el Presidente de la República a la judicatura ordinaria; establecía un deber para las organizaciones sindicales de proveer de personal necesario para cumplir con “servicios mínimos” durante el ejercicio de la huelga, los cuales han de ser desempeñados por uno o más “equipos de emergencia”; calificaba como práctica desleal la realización de acciones sindicales tendientes a impedir el ingreso a la empresa de trabajadores que no participen de la huelga; y mantenía la limitación de la huelga a asuntos relacionados exclusivamente con la negociación dentro de la empresa.¹⁴

El momento del veto institucional, como ya he dicho, corresponde a las acciones tomadas por los parlamentarios de derecha para bloquear, retrasar o limitar el contenido reformista del proyecto legislativo. En este caso, debido a que la mayor parte de las reformas propuestas versaban sobre asuntos de ley simple, el espacio de veto al que recurrieron los parlamentarios de derecha fue el Tribunal Constitucional. En efecto, ya hemos visto que este órgano se pronunció sobre un requerimiento de inconstitucionalidad eliminando la así llamada titularidad sindical. Específicamente, el Tribunal decretó que la titularidad exclusiva de los sindicatos para negociar colectivamente infringía el artículo 19 N° 16 de la Constitución, el cual —a juicio de la mayoría del Tribunal— establecería que “la titularidad del derecho para negociar colectivamente es de todos y cada uno de los trabajadores”, por lo cual las normas sobre titularidad sindical implicarían “una intervención legislativa extrema que afecta la esencia del derecho de los trabajadores a negociar colectivamente, a través de grupos negociadores no sindicalizados”.¹⁵

Por supuesto, la lectura del Tribunal es antojadiza: nada en el artículo 19 N° 16 indica que dicha disposición deba ser entendida como que establezca un derecho estrictamente individual de cada trabajador a negociar colectivamente. Si el Tribunal hubiese estado animado por una comprensión democrática de su

¹³ Mensaje Presidencial N° 1055-362, artículo 1, n° 23, artículo 343.

¹⁴ Véase *Reforma Laboral. ¿Pone fin al Plan Laboral de la dictadura o lo consolida?* (Santiago: Fundación SOL, 2014).

¹⁵ Tribunal Constitucional, Rol N° 3016, sentencia de 9 de mayo de 2016, considerandos 19 y 20.

rol, no por un compromiso teleológico con proteger los intereses empresariales, habría comprendido la necesidad de leer esta disposición constitucional de tal manera que la hiciera compatible con una decisión legislativa como ésta, entendiendo que la expresión concreta del contenido de una constitución se encuentra en la interpretación que de ella realizan los ciudadanos y, en su nombre, los órganos políticos.¹⁶ Por supuesto, esa es una comprensión de la jurisdicción constitucional absolutamente desconocida en el Chile de la Transición.

El resultado, en este caso, pareciera corresponder a uno de reformismo frustrado. En relación al Plan Laboral, la Ley N° 20.940 exhibe a su favor el haber ampliado, al menos mínimamente, los márgenes de la negociación colectiva al interior de la empresa; haber consagrado una exigencia de presencia femenina en la negociación; y haber garantizado ciertos derechos de acceso sindical a información de la empresa. Pero, por otro lado, mantuvo fuera de la negociación colectiva medidas que pudiesen afectar la conducción de la empresa o que pudiesen darle a la huelga un potencial transformador más allá de los confines de la relación laboral dentro de la empresa; consagró normas represivas contra el actuar de los sindicatos durante la huelga; estableció como un derecho individual el así llamado ‘descuelgue’ o derecho de los trabajadores en huelga a reintegrarse a sus labores antes que haya terminado la movilización; dejó fuera un aspecto tan importante como la expansión de la negociación colectiva más allá de la empresa, materia en la cual la reforma se apegó al criterio del Código del Trabajo de 1994 de supeditar la negociación interempresas a la voluntad del empleador; y se abstuvo de extender derechos laborales colectivos a los trabajadores del Estado.

Por añadidura, la calificación administrativa, por parte de la Dirección del Trabajo, de qué labores deberán ser consideradas como “servicios mínimos” en caso de huelga, ha servido como una instancia en la que el empresariado ha buscado asegurarse que futuros ejercicios de este derecho puedan, efectivamente, afectar el funcionamiento de la unidad empresarial. Esto se ha visto demostrado con las noticias de los últimos meses sobre las empresas que han logrado que sean calificados como “servicios mínimos” labores que, en el caso de huelga, les permitirán no tener que paralizar sus actividades. De ahí que numerosos actores sociales vinculados al mundo del trabajo hayan señalado que esta reforma no modifica, sino que confirma los aspectos medulares del Plan

¹⁶ Para una defensa de una comprensión similar de la judicatura constitucional, véase Robert Post y Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013).

Laboral, limitándose simplemente a moderar algunos de sus extremos más abusivos. Se trataría, en consecuencia, de un caso paradigmático de reformismo constreñido y truncado.

La reforma laboral materializada en la Ley N° 20.940, sin embargo, pareciera haber producido grietas significativas en la performatividad de la dinámica hegemónica transicional. En particular, y regresando a la matriz gramsciana con la que comenzó este artículo, la tramitación de esta reforma y su implementación han permitido que diversos actores sociales hayan cuestionado las dinámicas hegemónicas transicionales, asumiendo una función de intelectualidad orgánica respecto de aquellos grupos sociales descontentos con las continuidades entre el modelo laboral de la Dictadura y el de la Transición. A continuación, señalaré algunos de los aspectos que permiten sostener esta afirmación.

3. La Corte Suprema adelanta al Ejecutivo por la izquierda

La Corte Suprema, históricamente percibida como un actor institucional comprometido con lo que Eduardo Novoa denominó como *justicia de clase*, se ha transformado recientemente en un interesante campo de disputa iuslaboral, debido a los cambios en la composición de la Cuarta Sala, también conocida como Sala Laboral

En efecto, durante varios años, la Sala Laboral —presidida por el ministro Patricio Valdés, cercano al empresariado— llevó a cabo una interpretación de las normas del Código del Trabajo que debilitaba su carácter protector. En relación con el derecho sindical y el ejercicio de la huelga, resulta particularmente importante la sentencia *Sindicato de Trabajadores de Empresas Cepech S.A. con Cepech S.A.*, de 7 de marzo de 2013, donde la Corte decretó que lo que el Código impedía en materia de reemplazo durante la huelga, en el articulado anterior a la reforma, era “la contratación de nuevos trabajadores para desempeñar las funciones de aquéllos que han declarado la huelga”, conclusión que la Corte sustentó en la tesis ideológica de que “corresponde realizar una interpretación restrictiva de las disposiciones” que reglamentan la huelga, “desde que dicha instancia compromete, ciertamente, el desarrollo económico a nivel de país” debido a “las perniciosas consecuencias que trae consigo” el ejercicio de la huelga.¹⁷

¹⁷ Corte Suprema, *Sindicato de Trabajadores de Empresas Cepech S.A. con Cepech S.A.*, Rol 4936-2012, sentencia de 7 de marzo de 2013, considerandos 4° y 6°.

La salida del ministro Valdés de la Sala Laboral, a comienzos del 2014, permitió que asumiera su presidencia el ministro Ricardo Blanco y que se conformara dentro de ella una nueva mayoría que revirtió dicha jurisprudencia desprotectora. Así, en *Sindicato de Trabajadores de Empresa Promolinks S. A. con Comercial Promolinks S. A.*, sentencia del 4 de diciembre de 2014, la Sala revirtió la anterior exégesis de las disposiciones en cuestión. Llegó a esta conclusión comparando el artículo 58 del Decreto Ley N° 2.758 de 1979, que autoriza al empleador a seguir realizando cualquier actividad propia de la empresa en caso de huelga y “para cuyo efecto podrá contratar los trabajadores que considere necesarios”, con el texto vigente antes de la reforma laboral del artículo 381 del Código del Trabajo, el que, tras haber sido modificado en 2001 por la Ley N° 19.759, pasó a estar encabezado por la siguiente afirmación: “Estará prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga, salvo que...”. A juicio de la nueva Sala, esta modificación transformó el artículo 381 del Código “en una norma categóricamente impeditiva” que revirtió la “regla general”, con lo que “[d]e la permisividad” en materia de reemplazo de huelguistas “se pasó a la proscripción” de esta práctica.¹⁸

En este sentido, para la Corte, el carácter categórico que la Ley N° 19.759 introdujo a la redacción del artículo 381, “autoriza inferir que si así se lo redactó fue precisamente para no dejar duda alguna cuanto a su naturaleza proscriptiva, inferencia ésta que no puede parecer extraña ni forzada, habida cuenta el propósito del legislador de elevar el rango vinculante de una huelga que, reemplazo de por medio, carecía de imperio, al menos de hecho”.¹⁹ Al igual que lo hizo la anterior Sala, los ministros que suscribieron esta sentencia hicieron explícitas las valoraciones ideológicas que orientaron su exégesis: si para la Sala presidida por Valdés el ejercicio de la huelga trae “perniciosas consecuencias”, para la Sala presidida por Blanco ella es una “herramienta pacífica” mediante la cual “contrapesar la autonomía y poder de la propiedad”.

La prohibición del reemplazo en huelga por parte de la Corte Suprema logró, en este sentido, poner en duda la voluntad “reformista” del Ejecutivo, cuya reforma laboral terminó generando, como hemos visto, nuevas posibilidades para el debilitamiento de la huelga; así, por ejemplo, la reforma facilitó el descuelgue de trabajadores en la micro y pequeña empresa, autorizando allí el reintegro individual de los trabajadores ya no a partir del día 15° de haberse

¹⁸ Corte Suprema, *Sindicato de Trabajadores de Empresa Promolinks S. A. con Comercial Promolinks S. A.*, Rol N° 3514/2014, sentencia del 4 de diciembre de 2014, considerando 16°.

¹⁹ *Ibíd.*, considerando 22°.

hecho efectiva la huelga, como ocurría antes de ella, sino a partir del 6° día. La regresividad de esta reforma respecto de lo que había resultado tras el cambio en la jurisprudencia de la Sala Laboral puso en duda la voluntad política expresada en la reforma laboral de mejorar las condiciones de ejercicio de la huelga.

4. Un oficialismo enfrentado a una oposición de izquierda intraparlamentaria

Como hemos visto, la Transición se ha caracterizado por dinámicas de antagonismo y colaboración entre la centro-izquierda y la derecha al interior de las instituciones de representación política, particularmente del Congreso Nacional. Esas dinámicas, durante gran parte de las últimas tres décadas, se vieron cuestionadas por una oposición de izquierda extraparlamentaria, encarnada principalmente en el Partido Comunista, cuya condición extraparlamentaria, sin embargo, le impidió la articulación de alternativas programáticas dentro del propio proceso legislativo, transformando a la oposición comunista al liberalismo, a ojos de parte de la población, en una oposición más testimonial que efectiva.

La binominalización de la representación política no se vio sustancialmente alterada con la llegada en 2010 del Partido Comunista al Congreso, pues dicho ingreso no constituyó sino un hito más en un proceso de convergencia política y programática entre dicha organización y los partidos de la centro-izquierda histórica. La situación cambió recién con la llegada, en 2014 de dos ex dirigentes estudiantiles al Congreso: por un lado, Gabriel Boric, apoyado por un movimiento en aquel entonces denominado colectivamente como Izquierda Autónoma y, tras un quiebre dentro de dicha organización, hoy militante del Movimiento Autonomista; y, por otro lado, Giorgio Jackson, como parte del movimiento Revolución Democrática. Ambos parlamentarios han desafiado, desde posiciones situadas a la izquierda de la centro-izquierda histórica y desde dentro de las instituciones, aquello que he denominado como la dinámica hegemónica transicional, cuestionando tanto el reformismo constreñido de la centro-izquierda como el veto institucional de la derecha. Con ello, han logrado cuestionar el carácter antagónico de la interacción entre ambos polos partidarios, presentándola más bien como pura colaboración en la mantención del modelo.

Así, por ejemplo, Jackson afirmó en relación a la reforma que el Gobierno “no ha escuchado a los trabajadores”, sino sólo a los gremios empresariales y centros de estudio de la derecha.²⁰ Por su parte, Boric también cuestionó al gobierno, expresándole a los ministros de Hacienda y Trabajo de la época “que están demasiado acostumbrados a la política binominal. Sólo discuten con la derecha, sólo discuten entre ustedes, entre amigos, pero a la hora de discutir con propuestas que no han venido de esos sectores, de los sectores tradicionales de la política, sencillamente (muestran) sordera”.²¹ Este tipo específico de críticas resulta de interés, puesto que pone en tela de juicio precisamente los límites a la política transicional determinados por el consenso neoliberal.

La capacidad de la oposición de izquierda intraparlamentaria de desarticular y poner fin a las dinámicas hegemónicas transicionales, desde luego, depende de su propia capacidad de incrementar su representación parlamentaria y, de esa manera, constituirse en un tercer actor institucional, capaz de sacar a una parte de la representación parlamentaria de la centro-izquierda histórica de sus dinámicas hegemónicas de colaboración en la preservación del modelo. En ese sentido, es importante anotar que el surgimiento de una coalición como el Frente Amplio —el que se propone, en las elecciones de este año, competir en los comicios con miras a crear una bancada parlamentaria por los derechos sociales— es un evento políticamente significativo en sí, más allá de su resultado incierto. Lo que revela es precisamente la crisis de la hegemonía transicional, en la medida en que representa un esfuerzo de ingreso a la política de franjas sociales movilizadas que han percibido un vacío en la representación política de intereses subalternos. Es la detección de ese vacío lo que constituye, hasta el momento, la principal virtud del Frente Amplio. De todas maneras, la presencia de parlamentarios opositores desde la izquierda es tan sólo una de las señales que permiten contemplar la posibilidad de una ruptura de las dinámicas transicionales. Otras evidencias provienen del campo de aquellos actores que son habitualmente —es decir, no sólo en el análisis gramsciano— caracterizados como *intelectuales*.

²⁰ Véase *Reforma laboral enfrenta a Gabriel Boric con el Gobierno y la Nueva Mayoría*, en <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/trabajo/proyectos/reforma-laboral-enfrenta-a-gabriel-boric-con-el-gobierno-y-la-nueva/2015-03-19/101247.html>.

²¹ Véase *Giorgio Jackson: El Gobierno cedió ante el empresariado en la discusión de la reforma laboral*, en <http://www.adnradio.cl/noticias/nacional/giorgio-jackson-el-gobierno-cedio-ante-el-empresariado-en-la-discusion-de-la-reforma-laboral/20160323/nota/3091561.aspx>.

5. La aparición de nuevos discursos críticos entre académicos y centros de estudios

Durante las últimas tres décadas, se ha consolidado el rol de los académicos universitarios y de los centros de estudios como actores protagónicos de la discusión pública.²² En este sentido, tanto los partidos de derecha como de la centro-izquierda histórica desarrollaron la capacidad de mantener, cada quien de acuerdo a sus oportunidades y posibilidades, centros que les proveyeran de insumos técnicos y de personal experto para la elaboración de diagnósticos y políticas públicas. Fuera de los márgenes del binominalismo transicional, sin embargo, esa capacidad de convocar a académicos y expertos resultaba mucho más débil.

La reforma laboral cambió esta situación, permitiendo el surgimiento de diversas voces, desde la academia y desde ciertos centros de estudio, críticas del contenido y orientación de la reforma, que además cobraron particular visibilidad durante el proceso legislativo.

Un temprano ejemplo lo ofrece el “Manifiesto Laboral: Por un nuevo Modelo de Relaciones Laborales”, suscrito por once abogados laboristas,²³ prácticamente todos ellos profesores de derecho en variadas universidades, junto a la Fundación Sol. En dicho manifiesto, además de identificar al Plan Laboral como la fuente originaria del desempoderamiento colectivo de los trabajadores, se señala que “los gobiernos de la Concertación no modificaron sustantivamente esta situación, apoyando argumentos y políticas en las que primaban los equilibrios macroeconómicos más que la democracia y la calidad de vida de los trabajadores y las trabajadoras”²⁴, crítica que evidencia los resultados hegemónicos de las dinámicas de antagonismo y colaboración entre la centro-izquierda y la derecha.

Ya durante la tramitación misma del proyecto, varios de los académicos firmantes asumieron, públicamente, posiciones que criticaban precisamente

²² Para una contextualización histórica, véase Patricio Silva, *En el nombre de la razón. Tecnócratas y política en Chile* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010).

²³ Lo suscriben María Ester Feres, profesora en la Universidad Central; Rafael Pereira, profesor en las Universidades Diego Portales y Arcis; Irene Rojas, profesora en la Universidad de Talca; Eduardo Caamaño, profesor en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; José Luis Ugarte, profesor en la Universidad Diego Portales; Sergio Gamonal, profesor en la Universidad Adolfo Ibáñez; Pedro Guglielmetti, consultor; Diego López, abogado; Cesar Toledo, profesor en las Universidades Diego Portales y Central; Manuel Puccio, profesor en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Diego Corvera, presidente de la Asociación Gremial de Abogados Laboristas de Chile; y Rafael Carvallo, ex presidente de la misma organización.

²⁴ *Manifiesto Laboral: Por un nuevo Modelo de Relaciones Laborales* (Santiago, 2013), página 1.

las dinámicas de antagonismo y colaboración que permiten la subsistencia del modelo de relaciones laborales del Plan Laboral. Así, por ejemplo, José Luis Ugarte, profesor en la Universidad Diego Portales, sostuvo que la reforma laboral “no significa en ningún sentido la superación del citado Plan Laboral, ni menos la construcción de un modelo de relaciones laborales fundado en la negociación colectiva”, debido a que dicho proyecto adolecía de una “sinuosa continuidad ideológica con el Plan Laboral vigente en el Código del Trabajo”, por lo que, en definitiva, dicho proyecto no haría otra cosa sino “impedir la construcción de un poder colectivo robusto para los trabajadores que pudiera operar como límite al espacio de autoritarismo y subordinación en que se convierte la empresa al amparo del derecho de propiedad”.²⁵ Por su parte, Daniela Marzi, profesora en la Universidad de Valparaíso, ha señalado que tanto el proceso legislativo como la ley misma de reforma laboral “sólo tienen valor como material para la reflexión sobre la antisindicalidad de nuestras élites políticas y sobre la necesidad de volver a indagar en las razones por las que se llegó a construir categorías jurídicas como las de interés colectivo, sindicato, negociación colectiva y huelga”.²⁶

Por último, y en términos más generales, otro ejemplo lo ofrece la alta figuración mediática cobrada por la propia Fundación Sol, la cual elaboró numerosos documentos para la discusión legislativa dispuestos a disposición de la opinión pública, el movimiento sindical y los parlamentarios críticos del proyecto. Así, por ejemplo, un documento de la Fundación Sol calificó la reforma como negativa debido a que ella “criminaliza y limita la autonomía de la acción sindical”, “no posibilita que la negociación colectiva se desarrolle fuera de la empresa” y “sigue regulando excesivamente los procedimientos de la negociación”, propuestas que a juicio de dicho centro de estudios “chocan con los Convenios 87 y 98 de la OIT que el proyecto mismo dice cumplir”.²⁷ Por añadidura, investigadores de la Fundación fueron reiteradamente entrevistados por medios de comunicación, creando un contrapeso en el debate público a los puntos tanto de economistas cercanos a la Nueva Mayoría como a la derecha. Cabe suponer que dicha atención responde precisamente a la novedad de contar con un centro de estudios situado fuera del binominalismo transicional.

²⁵ José Luis Ugarte, *Proyecto de Reforma Laboral: Un paso a ninguna parte* (Santiago: Fundación Ebert, s/f), página 23.

²⁶ Daniela Marzi, Prólogo, en Hugo Sinzheimer, *La lucha por el nuevo derecho del trabajo* (Valparaíso: Edeval, 2017), página 10.

²⁷ Véase *Reforma Laboral. ¿Pone fin al Plan Laboral de la dictadura o lo consolida?* (Santiago: Fundación SOL, 2014), página 33.

6. El sindicalismo histórico en crisis acelerada

La Central Unitaria de Trabajadores (CUT) ha sido, durante gran parte de la Transición, un espacio de apoyo político de la gobernanza de los partidos de la centro-izquierda histórica, gracias a que ha sido conducida por militantes de sus partidos: el demócrata cristiano Manuel Bustos entre 1988 a 1996, el socialista Roberto Alarcón entre 1996 a 1998, y el también socialista Arturo Martínez entre 2000 a 2012. Ello no impidió que la CUT se erigiera, ocasionalmente, como un espacio de antagonismo y, también, de colaboración entre la centro-izquierda histórica y la oposición de izquierda extraparlamentaria, representada por el Partido Comunista. De hecho, los comunistas estuvieron presente durante gran parte del período en la directiva de la CUT, y llegaron a su presidencia entre 1998 a 2000 de la mano de Ethiel Moraga. Aún así, la presencia comunista parecía tensionar las relaciones entre el Ejecutivo de la centro-izquierda y el movimiento sindical.

Esta situación cambió significativamente tras la llegada en 2012 a la presidencia de la CUT de la militante comunista Bárbara Figueroa, en medio del proceso de convergencia entre el comunismo y la centro-izquierda histórica. La CUT, explícitamente, apoyó la candidatura de Michelle Bachelet, tal como a inicios del ciclo de la Transición había apoyado la candidatura de Patricio Aylwin; y durante el proceso de tramitación de la reforma jugó un rol crítico pero de colaboración con el gobierno.²⁸ Este apoyo a la reforma le valió críticas de parte de algunos sectores de trabajadores movilizados, críticas que han coincidido con cuestionamientos a la transparencia de sus elecciones del año 2016, cuestionamientos los cuales han llevado a diversas organizaciones sindicales a cuestionar y, en última instancia, a congelar su membresía en la CUT.²⁹ La elección, en noviembre de 2016, de una mesa directiva del Colegio de Profesores encabezada por Mario Aguilera, militante del Partido Humanista y vinculado al Frente Amplio, evidencia las posibilidades de que esta crisis afecte severamente al sindicalismo vinculado a los partidos de la centro-izquierda histórica y, de esa manera, debilite el apoyo que el sindicalismo le ha prestado a la dinámica hegemónica característica de la Transición.

²⁸ Véase *CUT califica como un avance la reforma laboral propuesta por el Gobierno*, en <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-valparaiso/2016/08/31/cut-califica-como-un-avance-la-reforma-laboral-propuesta-por-el-gobierno.shtml>.

²⁹ Véase *CUT elige a Bárbara Figueroa a menos de un mes de reconocer fraude electoral de 2016*, en <http://radio.uchile.cl/2017/05/31/cut-elige-a-barbara-figueroa-a-menos-de-un-mes-de-reconocer-fraude-electoral-de-2016/>.

7. Conclusión: perspectivas y límites de la crisis de la dinámica hegemónica transicional

La coyuntura política presente pareciera ofrecer indicios que permiten pensar que los resultados magros y, en ocasiones, contraproducentes de la reforma laboral —desde el punto de vista de sus objetivos declarados—, pero muy característicos de aquello que he denominado como dinámica hegemónica transicional, parecieran formar parte de una crisis de la legitimidad de los partidos históricos de la centro-izquierda. Este agotamiento no se evidencia tanto en la suerte electoral de alternativas políticas a la izquierda de la Concertación, las cuales todavía se encuentran en una etapa embrionaria de su propio desarrollo político, sino en el hecho mismo de la conformación de estas alternativas. Lo que ese hecho dice es que hay sectores que han percibido una oportunidad política en la debilidad objetiva del adversario electoral. Que esos sectores lleguen a lograr aprovechar esa oportunidad para llegar a efectivamente hacer lo que la dinámica hegemónica transicional impidió, por supuesto, es algo que todavía resulta demasiado temprano para ser planteado incluso como hipótesis.

Si ese momento llega, por lo pronto, cabe desde ya formular diversas preguntas que habrán de ser respondidas en ese momento, a saber: ¿Es compatible la condición avanzada de globalización con sistemas de protección social y laboral más robustos que los que hemos mantenido gracias a la transición? ¿Es posible lograr niveles más altos en ese sentido, manteniendo el modelo productivo extractivista y altamente tercerizado que acoge, hoy en día, a parte significativa de la población laboral activa? ¿Qué cambios al sistema político tendrían que ocurrir para poder llegar a lograr tales objetivos? Esas y otras preguntas determinarán las perspectivas y límites de la actual crisis de las dinámicas políticas que han caracterizado a la transición.

4

**CATÁLOGO DE
PUBLICACIONES
2017**

Catálogo de publicaciones 2017

El siguiente catálogo de publicaciones se divide en 3 secciones. La primera contiene libros y capítulos de libros en las disciplinas de derecho constitucional, derecho internacional y derecho administrativo. La segunda incluye artículos de revistas nacionales y es la más extensa. La tercera sección incorpora reportes de Organizaciones Internacionales y nacionales.

Primera sección

Autores de esta sección: Roxana Núñez Becerra¹, Micaela Krögh Orellana² y Maximiliano Ramírez Moyano.³

1. Libros

1.1. Derecho Constitucional

Aguilar Cavallo, Gonzalo [Director], *Situación de los derechos económicos, sociales y culturales en Chile: año 2015*, (Editorial Triángulo), 2016.

Alvarado, Claudio, *La ilusión constitucional. Sentido y límite del proceso constituyente*, (Instituto de Estudios de la Sociedad, IES), 2016.

Anguita Ramírez, Pedro, *Acciones de Protección contra Google. Análisis del llamado derecho al olvido en buscadores, redes sociales y medios de comunicación*, (Editorial Librotecnia), 2016.

Arellano Ortiz, Pablo; Severin Concha, Juan Pablo; Feres Nazarala, María Ester [Editores], *Reforma al Derecho Colectivo del trabajo. Examen Crítico de la Ley N° 20.940*, (Thomson Reuters), 2016.

Ávila Arias, María Soledad Nascelly, *Desigualdad y discriminación de género en la Constitución y Código Civil chileno*, (Ediciones Jurídicas Olejnik), 2016.

Bagni, Silva, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, (Ediciones Jurídicas Olejnik), 2016.

Bustamante Gonzalo; Sazo, Diego [Compiladores], *Democracia y poder constituyente*, (Fondo de Cultura Económica), 2016.

Canut de Bon, Alejandro, *Ecología y Sociedad. Sobre la influencia de la ecología en la formación de un nuevo paradigma ético, económico y jurídico*, (Ediciones Universidad Finis Terrae), 2016.

Casas Becerra, Lidia; Lawson Delfina, *Debate y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2016.

Castaño, Sergio Raúl, *El poder constituyente entre mito y realidad*, (Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás), 2016.

¹ Alumna de 4° año de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

² Alumna de 4° año de la Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

³ Alumno del Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

- Cea Egaña, José Luís, *Derecho Constitucional Chileno. Tomo IV*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2016.
- Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], *El asociativismo intermunicipal en América Latina*, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Clavero, Bartolomé, *Constitucionalismo latinoamericano*, (Ediciones Jurídicas Olejnik), 2016.
- Clavero, Bartolomé, *Sujeto de Derecho entre Estado, género y cultura*, (Ediciones Jurídicas Olejnik), 2016.
- Contreras López, Carlos Andrés, *Régimen Jurídico de los Animales en Chile, Colombia y Argentina*, (Tirant lo Blanch), 2016.
- Contipelli, Ernani, *Teoría de la Constitución y bases de la institucionalidad*, (Ril Editores), 2016.
- Corvalán Pérez, José Luis, *Delimitación del Derecho de Propiedad*, (Editorial Librotecnia), 2016.
- Fernandois Vöhringer, Arturo, *Principios, valores e instituciones. El departamento de Derecho Público UC ante el cambio constitucional: reflexiones y propuestas*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2016.
- Fernandois Vöhringer, Arturo; Soto Velasco, Sebastián [Editores], *Sentencias Destacadas 2015. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, (Editorial Libertad y Desarrollo), 2016.
- Fernández Toledo, Raúl, *El poder disciplinario del empleador: Su configuración en el ordenamiento jurídico chileno*, (Thomson Reuters), 2016.
- Fielbaum Schnitzler, Alejandro; Zuchel, Lorena; Ajens, Andrés, *Contrabandos: escrituras y políticas en la frontera entre Bolivia y Chile*, (Editorial Colectivo Communes), 2016.
- Figueroa García-Huidobro, Rodolfo; Zegers Hochschild, Fernando; Salas, Sofía, *Aborto y derechos reproductivos: implicancias desde la ética, el derecho y la medicina*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2016.
- Fierro, Jaime, *La ciudadanía y sus límites*, (Editorial Universitaria), 2016.
- Fuentes, Claudio; de Cea, Maite, *La consulta indígena: Colombia-Perú-Chile*, (Ril Editores), 2016.
- Fundación Democracia y Desarrollo, *Tu Constitución: informe ciudadano*, (Confín Ediciones), 2016.
- Gajardo Falcón, Jaime; Quiero, Francisco, *Por una asamblea constituyente: mecanismos, procesos y contenidos para una nueva constitución*, (Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz), 2016.

- Galdámez Zelada, Liliana; Lages de Oliveira, Rita; López Garrido Valentina, *Migración y derechos humanos: Informe técnico 2016*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2016.
- García Pino, Gonzalo; Contreras Vásquez, Pablo; Martínez Placencia, Victoria, *Diccionario Constitucional Chileno*, (Editorial Hueders), 2016.
- Gariazzo, Alicia, *Proceso Constituyente en Chile: Reflexiones desde las Regiones*, (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Agrupación de Universidades de Chile, Academia Parlamentaria, PNUD), 2016.
- Guggiana Varela, María Karina, *Fragilidad de los derechos mineros en Chile. Análisis dogmático: estudio de casos*, (Editorial Metropolitana), 2016.
- Henríquez Viñas, Miriam, *Las fuentes del orden constitucional chileno*, (Thomson Reuters), 2016.
- Herrera, Hugo, *La frágil universidad. Seguimiento de derechos sociales, deliberación pública y universidad*, (Centro de Estudios Públicos), 2016.
- Humeres Noguera, Héctor, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I*, (Editorial Jurídica de Chile), 2016.
- Infante, Consuelo [Editora], *Constituyendo los bienes comunes. Memoria seminario sobre extractivismo y proceso constituyente*, (Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales OLCA), 2016.
- Isamit, Julio, *Educación: una transformación pendiente. Pingüinos, patines y gratuidad*, (Ediciones LYD), 2016.
- Lagos Díaz, Felipe Oscar, *Estado, mercado y contienda política: El proceso de cambio en Bolivia, 2000-2014*, (Ril Editores), 2016.
- Lizama Portal, Luis, *La reforma laboral: explicada y comentada*, (Ediciones Luis Lizama Portal & Cía. Abogados), 2016.
- Marshall, Pablo; Muñoz, Fernando, *Derecho Constitucional. El Sistema de Gobierno y sus Órganos*, (Ediciones Universidad Austral de Chile), 2016.
- Menanteau H., Hernán, *El delito de aborto en el derecho penal chileno*, (Editorial Metropolitana), 2016.
- Mella Cáceres, Rodrigo, *Aspectos Legales de la Protección del Patrimonio Cultural*, (Editorial Metropolitana), 2016.
- Mirosevic Verdugo, Camilo, *Mecanismos de participación ciudadana en el ordenamiento jurídico*, (Librotecnia), 2016.
- Muñoz León, Fernando, *Hegemonía y Nueva Constitución. Dominación, subalternidad y proceso constituyente*, (Ediciones Universidad Austral de Chile), 2016.
- Namuncura Serrano, Domingo, *Nueva constitución y pueblos indígenas*, (Pehuén Editores), 2016.

- Navarro Beltrán, Enrique, *La Constitución Económica Chilena ante los Tribunales de Justicia*, (Ediciones Finis Terrae), 2016.
- Musalem, Nelly, *Manual de educación cívica*, (Uqbar Editores), 2016.
- Pérez Guíñez, Alfonso, *Guía de Formación Cívica 2016*, (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile), 2016.
- Rojas Miño, Irene, *El derecho del trabajo en Chile: su formación histórica y el control de la autonomía colectiva*, (Thomson Reuters), 2016.
- Romero Valdivia, Natacha; Valenzuela Van Treek, Esteban, *Fuentes para una Constitución con poder indígena*, (Ariadna Ediciones), 2016.
- Ruiz-Tagle Vial, Pablo, *Cinco Repúblicas y una tradición: constitucionalismo chileno comparado*, (LOM Ediciones), 2016.
- Salinas Cañas, Sergio, *Conflictos y nuevos movimientos sociales*, (Ril Editores), 2016).
- Sierra, Lucas [Editor], *Propuestas constitucionales: la academia y el cambio constitucional en Chile*, (Centro de Estudios Públicos) 2016.
- Silva Irrarázaval, Luis Alejandro, *La dimensión legal de la supremacía constitucional*, (Thomson Reuters), 2016.
- Soto Kloss, Eduardo; Pinochet Cantwell, Francisco, *El recurso de protección: estudio profundizado y actualización sobre sus orígenes, evolución, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, (Editorial El Jurista), 2016.
- Ugarte Cataldo, José Luis, *Huelga y derecho*, (Thomson Reuters), 2016.
- Venegas, Juan Ignacio, *¿Por qué los jóvenes chilenos rechazan la política? Desafección política juvenil en el Chile postransición*, (Ril Editores), 2016.
- Wichterich, Christina, *Derechos sexuales y reproductivos*, (Fundación Heinrich Böll), 2016.
- Zavala Ortiz, José Luis, *Jurisprudencia: Recurso de Protección*, (Editorial Libromar), 2016.
- Zavala Ortiz, José Luis, *Terminación del contrato de trabajo: casos y jurisprudencia*, (Editorial Libromar), 2016.

1.2. Derecho Administrativo

- Arancibia Mattar, Jaime; Romero Seguel, Alejandro, *La prueba en la litigación pública*, (Editorial Librotecnia), 2016.
- Astorga Valenzuela, Camila, *Los Recursos administrativos*, (Circulo Legal Editores), 2016.
- Atria, Fernando; Salgado, Constanza, *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de agua en Chile*, (Thomson Reuters), 2016.

- Bermúdez Soto, Jorge [Editor], *Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa. Actas de las XI Jornadas de Derecho Administrativo 2014*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Camacho Céspedes, Gladys, *El derecho Administrativo en América Latina. Homenaje al Profesor Dr. Rolando Pantoja Bauzá*, (Editorial Jurídica de Chile), 2016.
- Cárcamo Tapia, Roberto, *La Desviación de Poder en el Derecho Público Chileno*, (Círculo Legal Editores), 2016.
- Celis Danzinger, Gabriel, *Acto y Procedimiento Administrativo*, (El Jurista), 2016.
- Celis Danzinger, Gabriel, *Derecho administrativo disciplinario*, (El jurista), 2016.
- Celis Danzinger, Gabriel, *El control de la administración del Estado*, (El jurista), 2016.
- Celis Danzinger, Gabriel, *Fundamento de Derecho Administrativo*, (El Jurista), 2016.
- Celis Danzinger, Gabriel, *Organización administrativa del estado*, (El Jurista), 2016.
- Cienfuegos Spikin, Ignacio; Penaglia, Francesco, *Manual de Administración Pública*, (Ril Editores), 2016.
- Cordero Vega, Luis, *Actualidad administrativa: decisiones destacadas del año 2015*, (Thomson Reuters), 2016.
- Cordero Vega, Luis, *Repertorio de la Ley de Municipalidades*, (Thomson Reuters), 2016.
- Cortés Ruz, Carla; Sandoval Unda Natalia, *Responsabilidad por Daño Ambiental*, (Círculo Legal Editores), 2016.
- Corvalán Pérez, José Luis, *Delimitación del derecho de propiedad*, (Editorial Librotecnia), 2016.
- Díaz Bravo, Enrique; Rodríguez, Letelier, Aníbal, *Contratos Administrativos en Chile*, (Ediciones Universidad Santo Tomás), 2016.
- Escobar Gonzalo, Patricio; Pinto Maturana, Jaime, *Manual de Capacitación sobre Corporaciones Educativas y Entidades Individuales de Educación*, (CAPROFED), 2016.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Figuroa Velasco, Patricio; Figuroa Valdés, Juan Eduardo, *Urbanismo y construcción*, (Thomson Reuters), 2016.
- Franco, Fabricio [Editor], *Experiencias comparadas de descentralización en la región*, (Ediciones FLACSO Chile), 2016.
- González Marino, Israel, *Aproximaciones filosóficas y jurídicas al Derecho Animal*, (Ediciones Jurídicas de Santiago), 2016.

- Menanteau Horta, Hernán, *Derecho del tránsito y de los juzgados de policía local*, (Editorial Metropolitana), 2016.
- Molina Zaldívar, Carlos; Ríos Salas, Víctor, *Derecho de la Construcción*, (O'Print Impresores), 2016.
- Moreno Pérez, Marco; Martínez Cerna, Luis [Coordinadores], *Desafíos para el desarrollo: Políticas públicas y sostenibilidad*, (Ril Editores), 2016.
- Nesvara Vidal, José, *El Principio de Conservación de los Actos Administrativos*, (Circulo Legal Editores), 2016.
- Núñez Leiva, José Ignacio [Director], *Derecho público y responsabilidad del Estado*, (Ediciones Universidad Finis Terrae), 2016.
- Núñez Terrae, Juan Ignacio, *Derecho público y responsabilidad del Estado*, (Universidad Finis Terrae), septiembre 2016.
- Otero, Miguel, *La nulidad procesal civil, penal y de derecho público*, (Editorial Jurídica de Chile), 2016.
- Osorio Vargas, Cristóbal Salvador, *Manual de procedimiento administrativo sancionador: parte general*, (Thomson Reuters), 2016.
- Precht, Alejandra; Reyes, Sonia; Salamanca, Carola, *El ordenamiento territorial en Chile*, (Ediciones UC), 2016.
- Rebolledo González, Loreto [Editora], *Pensar Chile desde las ciencias sociales y las humanidades. Territorio, ausencia, crisis y emergencia*, (Editorial Universitaria), 2016.
- Reyes Poblete, Miguel Ángel, *Sumarios Administrativos*, (Editorial Librotecnia), 2016.
- Rojas Calderón, Christian, *La distribución de las aguas*, (Thomson Reuters), 2016.
- Sanhueza Pino, Bernardino, *Chile: La Administración Territorial*, (Editorial Prolibros), 2016.
- Tisné Niemann, Jorge Bertrand [Editor], *Derecho ambiental y recursos naturales. Consolidación de doctrinas y nuevos desafíos*, (Universidad de los Andes), 2016.
- Vargas Miranda, Rafael, *Jurisprudencia Ambiental. Casos Destacados 2015*, (Editorial Metropolitana), 2016.
- Villarroel Contreras, Eduardo, *Juicios de tránsito y policía local*, (Editorial Jurídica AREMI), 2016.
- Von Stein, Lorenz, *Tratado de teoría de la administración y derecho administrativo. Con un estudio comparativo de la bibliografía y la legislación de Francia, Inglaterra y Alemania*, (Fondo de Cultura Económica), 2016.
- Wigg Sotomayor, Isabel, *Responsabilidad del Estado por las actuaciones del Ministerio Público*, (El Jurista), 2016.

1.3. Derecho Internacional

- Candia Falcón, Gonzalo, *Introducción al derecho internacional de los derechos humanos*, (Ediciones UC), 2016.
- De Cea, Maite; Fuentes Claudio [Editores], *La consulta indígena: Colombia, Perú, Chile*, (Ril Editores), 2016.
- Erazo, Ximena; Esponda Fernández, Jaime; Yaksic Beckdorf, Miguel [Editores], *Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local*, (LOM Ediciones), 2016.
- Facultad de Derecho Universidad de Chile, *Temas Actuales De Derecho Internacional Homenaje Al Profesor Emérito Mario Ramírez Necochea*, (Thomson Reuters), 2016.
- Jiménez Escobar, Alejandro, *Compromisos irrenunciables. Hermandad plena: Chile-Perú*, (Editorial Patrimonio), 2016.
- Lagos, Jaime, *La aspiración marítima de Bolivia. ¿Obligación de negociar?*, (Ril Editores), 2016.
- Leiva Lavalle, Patricio, *La demanda marítima de Bolivia en la Corte Internacional de Justicia* [Editor], (Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, Universidad Miguel de Cervantes), 2016.
- Llanos Mansilla, Hugo, *Derecho Internacional del Medio Ambiente. Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, (Thomson Reuters), 2016.
- Núñez Donald, Constanza, *Control de Convencionalidad*, (Editorial Librotecnia), 2016.
- Peña Neira, Sergio, *Fuentes del Estado de Derecho Internacional: Reflexiones acerca de la formación de las normas jurídicas internacionales*, (Ediciones Jurídicas Olejnik), 2016.
- Tapia Figueroa, Claudio, *Relaciones bilaterales entre Chile y Ecuador: la construcción de la amistad paravecinal, 1880-1910*, (Editorial USM), 2016.

2. Capítulos de Libros

2.1. Derecho Constitucional

- Aguilar Cantarellas, Pilar, “Buenas prácticas y acciones de promoción de derechos de los migrantes en la comuna”, en Erazo, Ximena; Esponda Fernández, Jaime; Yaksic Beckdorf, Miguel [Editores], *Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local*, (LOM Ediciones), 2016.

- Alvarado Lincopi, Claudio, "Más allá de la Constitución, la necesidad de deconstruir una lógica colonial, racista y patriarcal", en Infante, Consuelo [Editora], Constituyendo los bienes comunes. Memoria seminario sobre extractivismo y proceso constituyente, (Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales OLCA), 2016.
- Alzuela Galar, Igor, "Migrantes y gobierno local: la función de la intermediación social en la integración y convivencia comunal", en Erazo, Ximena; Esponda Fernández, Jaime; Yaksic Beckdorf, Miguel [Editores], Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local, (LOM Ediciones), 2016.
- Anaya, James, "El Convenio 169 y la norma de consulta con los pueblos indígenas", en Fuentes, Claudio; de Cea, Maite [Editores], La consulta indígena: Colombia-Perú-Chile, (Ril Editores), 2016.
- Ancapi Landaeta, Ana Esther, "Las organizaciones y comunidades indígenas en la conformación de la base social para la Asamblea Constituyente en Bolivia. La experiencia de los Consejos Educativos de Pueblos Originarios (CEPOS) bolivianos", en Gajardo Falcón, Jaime; Quiero, Francisco [Compiladores], Por una Asamblea Constituyente. Mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución, (Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz), 2016.
- Arce Riffo, Javiera, "Incorporar la diferencia. Transversalización de género en la gestión del Estado en Chile", en Cienfuegos Spikin, Ignacio [Coordinador], Tensión y retos de la gestión pública, (Ril Editores), 2016.
- Arrué Puelma, Carlos, "La asamblea constituyente es posible y necesaria", en Gajardo Falcón, Jaime; Quiero, Francisco [Compiladores], Por una Asamblea Constituyente. Mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución, (Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz), 2016.
- Atria, Fernando, "El desafío constituyente: de la neutralización política a la habilitación política", en Infante, Consuelo [Editora], Constituyendo los bienes comunes. Memoria seminario sobre extractivismo y proceso constituyente, (Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales OLCA), 2016.
- Atria, Fernando, "Nueva constitución y poder constituyente: ¿qué es "institucional"?", en Bustamante Gonzalo; Sazo, Diego [Compiladores], Democracia y poder constituyente, (Fondo de Cultura Económica), 2016.
- Aylwin, Sebastián, "Neoliberalismo y educación, más que un amarre constitucional, una voluntad política imputada a la Constitución", en Infante, Consuelo [Editora], Constituyendo los bienes comunes. Memoria seminario sobre

- extractivismo y proceso constituyente, (Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales OLCA), 2016.
- Bustamante, Gonzalo, "Poder constituyente: ¿un mito católico versus un símbolo protestante", en Bustamante Gonzalo; Sazo, Diego [Compiladores], Democracia y poder constituyente, (Fondo de Cultura Económica), 2016.
- Calfio, Margarita, "Visibilizar lo invisible: mujeres de pueblos originarios y Asamblea Constituyente en Chile", en Namuncura Serrano, Domingo [Editor], Nueva Constitución y pueblos indígenas, (Pehuén Editores), 2016.
- Caamaño Rojo, Eduardo, "La reforma laboral y el fortalecimiento del derecho a huelga: un puente demasiado lejos", en Arellano Ortiz, Pablo; Severin Concha, Juan Pablo; Feres Nazarala María Ester [Editores], Reforma al Derecho Colectivo del Trabajo. Examen Crítico de la Ley n° 20.940, (Thomson Reuters), 2016.
- Canelo Bridshaw, Pablo "La institucionalidad participativa en América Latina: tensiones y desafíos", en Gajardo Falcón, Jaime; Quiero, Francisco [Compiladores], Por una Asamblea Constituyente. Mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución, (Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz), 2016.
- Carrera Hernández, Ady, "El Asociativismo Intermunicipal en México", en Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], El asociativismo intermunicipal en América Latina, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Casas Becerra, Lidia; Vivaldi Macho, Lieta; Álvarez Rubio, Juan José, "Debate sobre la legalización de la interrupción del embarazo en Chile: las condiciones mínimas necesarias de garantizar y preservar", en Casas Becerra, Lidia; Lawson Delfina [Compiladoras], Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2016.
- Centurión, Gloria Mariela, "El Asociativismo Intermunicipal en Paraguay", en Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], El asociativismo intermunicipal en América Latina, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Chacón Romero, Andrés, "Conclusión, el Asociativismo Intermunicipal en Latinoamérica una propuesta de Ordenamiento", en Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], El asociativismo intermunicipal en América Latina, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Chignola, Sandro, "Estado, constitución. Una lección", en Bustamante Gonzalo; Sazo, Diego [Compiladores], Democracia y poder constituyente, (Fondo de Cultura Económica), 2016.

- Condori, Delia, "Perspectiva del Pueblo Aymara en el debate sobre una nueva Constitución", en Namuncura Serrano, Domingo [Editor], Nueva Constitución y pueblos indígenas, (Pehuén Editores), 2016.
- Cordero Nieves, Yolanda, "El Asociativismo Intermunicipal en Puerto Rico", en Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], El asociativismo intermunicipal en América Latina, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Cordero Quinzacara, Eduardo, "La ampliación del régimen de responsabilidad del Estado Juez a propósito de las sentencias de la Corte Suprema en los casos de medidas cautelares privativas de libertad y los errores judiciales fuera del ámbito penal", en Fernandois Vöhringer, Arturo; Soto Velasco, Sebastián [Editores], Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, (Editorial Libertad y Desarrollo), 2016.
- Covarrubias Cuevas, Ignacio, "La falsedad deliberada como exclusión de la libertad de informar. Esbozo de una propuesta con ocasión de un fallo que desestimó sanción del CNTV a un canal de televisión", en Fernandois Vöhringer, Arturo; Soto Velasco, Sebastián [Editores], Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, (Editorial Libertad y Desarrollo), 2016.
- Cortés, Luis, "Pueblos indígenas y nueva Constitución Política. ¿Por qué es necesario que los pueblos participen del proceso constituyente?", en Namuncura Serrano, Domingo [Editor], Nueva Constitución y pueblos indígenas, (Pehuén Editores), 2016.
- Cravacuore, Daniel, "El Asociativismo Intermunicipal", en Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], El asociativismo intermunicipal en América Latina, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Cravacuore, Daniel, "El Asociativismo Intermunicipal en Argentina" en Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], El asociativismo intermunicipal en América Latina, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Cristi, Renato, "Proceso constituyente originario", en Bustamante Gonzalo; Sazo, Diego [Compiladores], Democracia y poder constituyente, (Fondo de Cultura Económica), 2016.
- Cuenca, Lucio, "Cambiar la Constitución supone hoy cambiar de paradigmas", en Infante, Consuelo [Editora], Constituyendo los bienes comunes. Memoria seminario sobre extractivismo y proceso constituyente, (Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales OLCA), 2016.

- Cuminao, Clorinda, "Una visión socio-cultural de la importancia de incluir los Derechos Indígenas en la nueva Constitución Chilena", en Namuncura Serrano, Domingo [Editor], Nueva Constitución y pueblos indígenas, (Pehuén Editores), 2016.
- Dalmazzo Bidart, Antonia; Alzueta Galar, Igor, "Taller de mediación social intercultural con migrantes en la comuna", Erazo, Ximena; Esponda Fernández, Jaime; Yaksic Beckdorf, Miguel [Editores], Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local, (LOM Ediciones), 2016.
- Del Pilar Ruiz, María, "El Asociativismo Intermunicipal en Nicaragua", en Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], El asociativismo intermunicipal en América Latina, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Díaz de Valdés Juliá, José Manuel, "La gratuidad discriminatoria", en Fernandois Vöhringer, Arturo; Soto Velasco, Sebastián [Editores], Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, (Editorial Libertad y Desarrollo), 2016.
- Duarte Dantas, Sylvia, "Diálogo intercultural y convivencia", Erazo, Ximena; Esponda Fernández, Jaime; Yaksic Beckdorf, Miguel [Editores], Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local, (LOM Ediciones), 2016.
- Duso, Giuseppe, "Más allá del nexo soberanía-representación: ¿un federalismo sin Estado?", en Bustamante Gonzalo; Sazo, Diego [Compiladores], Democracia y poder constituyente, (Fondo de Cultura Económica), 2016.
- Esponda Fernández, Jaime, "Ciudadanía plena de los migrantes en la comuna", en Erazo, Ximena; Esponda Fernández, Jaime; Yaksic Beckdorf, Miguel [Editores], Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local, (LOM Ediciones), 2016.
- Fernández Melo, Claudio, "Titularidad y actuación sindical. Defensa (tutela) judicial de los intereses colectivos", en Arellano Ortiz, Pablo; Severin Concha, Juan Pablo; Feres Nazarala María Ester [Editores], Reforma al Derecho Colectivo del Trabajo. Examen Crítico de la Ley n° 20.940, (Thomson Reuters), 2016.
- Fernandois Vöhringer, Arturo, "Curtido Bas y expropiación regulatoria: elevando el estándar constitucional para cargas gravosas a la propiedad", en Fernandois Vöhringer, Arturo; Soto Velasco, Sebastián [Editores], Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, (Editorial Libertad y Desarrollo), 2016.

- Figueroa García-Huidobro, Rodolfo, "Objeción de conciencia y aborto", en Casas Becerra, Lidia; Lawson Delfina [Compiladoras], Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2016.
- Figueroa, Verónica; Llao, Ana; Matta, Andrés, "Desafíos de Estado y las políticas públicas. ¿Cómo gestionar la diversidad?", en Rebolledo González, Loreto [Editorial], Pensar Chile desde las Ciencias Sociales y las Humanidades. Territorio ausencia, crisis y emergencia, (Editorial Universitaria), 2016.
- Fuentes, Claudio; de Cea, Maite, "Territorios en disputa: extractivismo, pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa", en Fuentes, Claudio; de Cea, Maite [Editores], La consulta indígena: Colombia-Perú-Chile, (Ril Editores), 2016.
- Gajardo Falcón, Jaime, "Multiculturalismo y nueva Constitución", en Gajardo Falcón, Jaime; Quiero, Francisco [Compiladores], Por una Asamblea Constituyente. Mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución, (Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz), 2016.
- Gajardo Falcón, Jaime, "¿Es necesaria una Asamblea Constituyente en Chile?", en Gajardo Falcón, Jaime; Quiero, Francisco [Compiladores], Por una Asamblea Constituyente. Mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución, (Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz), 2016.
- Galaz Valderrama, Caterine, "Contextos locales y diversidad sociocultural: oportunidad para el reconocimiento y la participación efectiva", Erazo, Ximena; Esponda Fernández, Jaime; Yaksic Beckdorf, Miguel [Editores], Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local, (LOM Ediciones), 2016.
- Gamonal Contreras, Sergio, "La reforma laboral, la constitución y la libertad sindical", en Arellano Ortiz, Pablo; Severin Concha, Juan Pablo; Feres Nazarala María Ester [Editores], Reforma al Derecho Colectivo del Trabajo. Examen Crítico de la Ley n° 20.940, (Thomson Reuters), 2016.
- García Lozano, Luisa Fernanda, "Inclusión de la categoría diferencial en el derecho constitucional: tensiones y perspectivas", en Gajardo Falcón, Jaime; Quiero, Francisco [Compiladores], Por una Asamblea Constituyente. Mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución, (Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz), 2016.
- García, Patricio, "Asamblea constituyente y nueva Constitución Política de Colombia 1991: entre la esperanza, la reforma y la continuidad del conflicto interno", en Gajardo Falcón, Jaime; Quiero, Francisco [Compiladores], Por

- una Asamblea Constituyente. Mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución, (Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz), 2016.
- Garretón, Manuel Antonio, “Los desafíos del Estado contemporáneo”, en Rebolledo González, Loreto [Editorial], Pensar Chile desde las Ciencias Sociales y las Humanidades. Territorio ausencia, crisis y emergencia, (Editorial Universitaria), 2016.
- Grez, Sergio, “La soberanía en Chile nunca ha residido en el pueblo, la Asamblea Constituyente es esa posibilidad”, en Infante, Consuelo [Editora], Constituyendo los bienes comunes. Memoria seminario sobre extractivismo y proceso constituyente, (Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales OLCA), 2016.
- Grin, Eduardo José; Segatto, Catarina Ianni; Abrucio, Fernando Luiz, “El Asociativismo Intermunicipal en Brasil”, en Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], El asociativismo intermunicipal en América Latina, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Gris Legorreta, Perla Carolina, “La democratización de la evaluación. El rol de la sociedad civil”, en Cienfuegos Spikin, Ignacio [Coordinador], Tensión y retos de la gestión pública, (Ril Editores), 2016.
- Gutiérrez, Rolando Alonzo, “El Asociativismo Intermunicipal en Guatemala” en Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], El asociativismo intermunicipal en América Latina, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Hernández Aguilar, Orisel, “El Asociativismo Intermunicipal en Cuba” en Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], El asociativismo intermunicipal en América Latina, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Hernández Basualto, Héctor, “La legitimidad de las indicaciones del aborto y su necesario carácter de causas de justificación”, en Casas Becerra, Lidia; Lawson Delfina [Compiladoras], Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2016.
- Hernández Bonivento, José, “El Asociativismo Intermunicipal en Colombia” en Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], El asociativismo intermunicipal en América Latina, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Kalyvas, Andreas, “Poder constituyente: una breve historia conceptual”, en Bustamante Gonzalo; Sazo, Diego [Compiladores], Democracia y poder constituyente, (Fondo de Cultura Económica), 2016.

- Kjaer, Poul, "Órdenes normativos transnacionales: el constitucionalismo del derecho intra y transnormativo", en Bustamante Gonzalo; Sazo, Diego [Compiladores], Democracia y poder constituyente, (Fondo de Cultura Económica), 2016.
- Licanqueo, Elizabeth, "¿La nueva Constitución representará una oportunidad de institucionalidad para las organizaciones indígenas (Mapuches)?", en Namuncura Serrano, Domingo [Editor], Nueva Constitución y pueblos indígenas, (Pehuén Editores), 2016.
- Loncon, Elisa, "Derechos Educativos y Lingüísticos de los pueblos indígenas en una Nueva Constitución", en Namuncura Serrano, Domingo [Editor], Nueva Constitución y pueblos indígenas, (Pehuén Editores), 2016.
- Loncon, Lautaro, "Proceso constituyente, tratados mapuches. Elementos para la discusión", en Namuncura Serrano, Domingo [Editor], Nueva Constitución y pueblos indígenas, (Pehuén Editores), 2016.
- Martínez, Esperanza, "La crisis y el desafío de atreverse a pensar fuera de la caja", en Infante, Consuelo [Editora], Constituyendo los bienes comunes. Memoria seminario sobre extractivismo y proceso constituyente, (Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales OLCA), 2016.
- Marzi Muñoz, Daniela, "Perspectiva de género, cuota en las directivas y nuevos objetos de negociación: un camino lento hacia el poder", en Arellano Ortiz, Pablo; Severin Concha, Juan Pablo; Feres Nazarala María Ester [Editores], Reforma al Derecho Colectivo del Trabajo. Examen Crítico de la Ley n° 20.940, (Thomson Reuters), 2016.
- Mascareño, Aldo, "Hacia una deconstitucionalización del particularismo normativo en América Latina", en Bustamante Gonzalo; Sazo, Diego [Compiladores], Democracia y poder constituyente, (Fondo de Cultura Económica), 2016.
- Morales Cruz, Sergio; Soto Ulloa, Marcelo, "La Huelga y la negociación colectiva", en Fernandois Vöhringer, Arturo; Soto Velasco, Sebastián [Editores], Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, (Editorial Libertad y Desarrollo), 2016.
- Namuncura Serrano, Domingo, "Pueblos indígenas, reformas constitucionales en América Latina y Derechos Indígenas en una nueva Constitución", en Namuncura Serrano, Domingo [Editor], Nueva Constitución y pueblos indígenas, (Pehuén Editores), 2016.
- Ogalde Muñoz, Jorge, "Modificaciones introducidas en la ritualidad del procedimiento de negociación colectiva reglada en la empresa", en Arellano Ortiz, Pablo; Severin Concha, Juan Pablo; Feres Nazarala María Ester

- [Editores], *Reforma al Derecho Colectivo del Trabajo. Examen Crítico de la Ley n° 20.940*, (Thomson Reuters), 2016.
- Olave Robert, Rosa María, “Conflictos y mediación social en el espacio local”, Erazo, Ximena; Esponda Fernández, Jaime; Yaksic Beckdorf, Miguel [Editores], *Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local*, (LOM Ediciones), 2016.
- Oroño, Abel, “Formas Asociativas de Gobiernos Subnacionales en Uruguay”, en Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], *El asociativismo intermunicipal en América Latina*, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Ortiz, Leonardo; Vásquez, Nicole, “Hacia una democratización del Tribunal Constitucional chileno: una nueva fórmula de elección de sus miembros”, en Gajardo Falcón, Jaime; Quiero, Francisco [Compiladores], *Por una Asamblea Constituyente. Mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución*, (Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz), 2016.
- Ossandón Widow, María Magdalena, “Aborto cuando el embarazo es resultado de una violación: un injusto penal eventualmente no exigible”, en Casas Becerra, Lidia; Lawson Delfina [Compiladoras], *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2016.
- Palomo Vélez, Rodrigo, “El nuevo derecho de información de los sindicatos. Un ejemplo de reforma en la periferia del modelo”, en Arellano Ortiz, Pablo; Severin Concha, Juan Pablo; Feres Nazarala María Ester [Editores], *Reforma al Derecho Colectivo del Trabajo. Examen Crítico de la Ley n° 20.940*, (Thomson Reuters), 2016.
- Paredes, Julieta; López, Julio, “Estado versus movimientos sociales regionales”, en Rebolledo González, Loreto [Editorial], *Pensar Chile desde las Ciencias Sociales y las Humanidades. Territorio ausencia, crisis y emergencia*, (Editorial Universitaria), 2016.
- Pérez, Sonia, “Vulnerabilidades territoriales y desastres socionaturales”, en Rebolledo González, Loreto [Editora], *Pensar Chile desde las Ciencias Sociales y las Humanidades. Territorio ausencia, crisis y emergencia*, (Editorial Universitaria), 2016.
- Ponce Bollmann, Felipe David, “La experiencia histórica del poder destituyente en la España democrática: des-pensando el régimen del 78”, en Gajardo Falcón, Jaime; Quiero, Francisco [Compiladores], *Por una Asamblea Constituyente. Mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución*, (Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz), 2016.

- Prada, Raúl, "Asamblea Constituyente... poder y potencia", en Infante, Consuelo [Editora], Constituyendo los bienes comunes. Memoria seminario sobre extractivismo y proceso constituyente, (Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales OLCA), 2016.
- Provoste, Yasna, "Pueblos indígenas y Constitución. La palabra en las luchas del reconocimiento", en Namuncura Serrano, Domingo [Editor], Nueva Constitución y pueblos indígenas, (Pehuén Editores), 2016.
- Quiero Aguirre, Francisco, "Estado, mercado y nueva Constitución: cuatro modelos del rol del Estado en la economía", en Gajardo Falcón, Jaime; Quiero, Francisco [Compiladores], Por una Asamblea Constituyente. Mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución, (Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz), 2016.
- Quiero Aguirre, Francisco, "Nuevas constituciones en América Latina: análisis comparado de los casos de Ecuador, Bolivia y Venezuela 1999-2007", en Gajardo Falcón, Jaime; Quiero, Francisco [Compiladores], Por una Asamblea Constituyente. Mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución, (Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz), 2016.
- Quispe Mamani, Edgar, "Asociativismo y redes de gestión local en Perú", en Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], El asociativismo intermunicipal en América Latina, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Recabarren Silva, Lorena, "Reforma al sistema electoral: múltiples aristas del principio de igualdad en sede constitucional", en Fernandois Vöhringer, Arturo; Soto Velasco, Sebastián [Editores], Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, (Editorial Libertad y Desarrollo), 2016.
- Riedemann Fuentes, Andres, "Sobre las implicancias de desarrollar en Chile una educación intercultural acorde a la multicultural sociedad actual", en Erazo, Ximena; Esponda Fernández, Jaime; Yaksic Beckdorf, Miguel [Editores], Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local, (LOM Ediciones), 2016.
- Rivera Tobar, Francisco, "Diagnósticos de la realidad migratoria en el espacio local", en Erazo, Ximena; Esponda Fernández, Jaime; Yaksic Beckdorf, Miguel [Editores], Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local, (LOM Ediciones), 2016.
- Rojas Miño, Irene, "Los pactos de adaptabilidad y el debate sobre su incorporación al sistema jurídico de relaciones laborales chileno", en Arellano Ortiz, Pablo; Severin Concha, Juan Pablo; Feres Nazarala María Ester [Editores], Reforma

- al Derecho Colectivo del Trabajo. Examen Crítico de la Ley n° 20.940, (Thomson Reuters), 2016.
- Rossel Zúñiga, Ariel, “La extensión de beneficios pactados en un instrumento colectivo”, en Arellano Ortiz, Pablo; Severin Concha, Juan Pablo; Feres Nazarala María Ester [Editores], Reforma al Derecho Colectivo del Trabajo. Examen Crítico de la Ley n° 20.940, (Thomson Reuters), 2016.
- Sepúlveda, Lucía, “Lo que comemos nos constituye... semilla y soberanía alimentaria”, en Infante, Consuelo [Editora], Constituyendo los bienes comunes. Memoria seminario sobre extractivismo y proceso constituyente, (Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales OLCA), 2016.
- Sepúlveda Halles, Bárbara, “Iniciativa popular de la ley en la nueva Constitución Política de Chile”, en Gajardo Falcón, Jaime; Quiero, Francisco [Compiladores], Por una Asamblea Constituyente. Mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución, (Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz), 2016.
- Severin Concha, Juan Pablo, “Los sujetos de la negociación colectiva y la titularidad sindical”, en Arellano Ortiz, Pablo; Severin Concha, Juan Pablo; Feres Nazarala María Ester [Editores], Reforma al Derecho Colectivo del Trabajo. Examen Crítico de la Ley n° 20.940, (Thomson Reuters), 2016.
- Suárez, Marcela, “Otros casos nacionales de Asociativismo”, en Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], El asociativismo intermunicipal en América Latina, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Thayer Correa, Luis Eduardo, “Migrantes en Chile. Una aproximación a su condición social y a algunos elementos para entender la subjetividad”, en Erazo, Ximena; Esponda Fernández, Jaime; Yaksic Beckdorf, Miguel [Editores], Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local, (LOM Ediciones), 2016.
- Toro Vega, Bernardo José, “El Estado que requiere el Chile bicentenario”, en Gajardo Falcón, Jaime; Quiero, Francisco [Compiladores], Por una Asamblea Constituyente. Mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución, (Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz), 2016.
- Undurraga Valdés, Verónica, “La pena inútil”, en Casas Becerra, Lidia; Lawson Delfina [Compiladoras], Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2016.
- Urrejola, Antonia, “Aplicación del Convenio 169 en Chile”, en Fuentes, Claudio; de Cea, Maite [Editores], La consulta indígena: Colombia-Perú-Chile, (Ril Editores), 2016.

- Vargas Bravo, Verónica, "Migración y grupos vulnerables: situación de las niñas, niños y mujeres", en Erazo, Ximena; Esponda Fernández, Jaime; Yaksic Beckdorf, Miguel [Editores], *Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local*, (LOM Ediciones), 2016.
- Vater, Miguel, "Poder constituyente y representación", en Bustamante Gonzalo; Sazo, Diego [Compiladores], *Democracia y poder constituyente*, (Fondo de Cultura Económica), 2016.
- Verbal, Valentina, "El debate constitucional en Chile. La Cuestión de la legitimidad", en Bustamante Gonzalo; Sazo, Diego [Compiladores], *Democracia y poder constituyente*, (Fondo de Cultura Económica), 2016.
- Vergara del Río, Mónica, "Negociación colectiva de sindicatos interempresa y de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria", en Arellano Ortiz, Pablo; Severin Concha, Juan Pablo; Feres Nazarala María Ester [Editores], *Reforma al Derecho Colectivo del Trabajo. Examen Crítico de la Ley n° 20.940*, (Thomson Reuters), 2016.
- Vial Cossani, Camilo, "El Asociativismo Intermunicipal en Chile", en Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], *El asociativismo intermunicipal en América Latina*, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Villaruel Ríos, Constantino, "Tensiones y desafíos de la participación ciudadana en la gestión de las políticas públicas de Chile: un análisis comparativo de casos", en Cienfuegos Spikin, Ignacio [Coordinador], *Tensión y retos de la gestión pública*, (Ril Editores), 2016.
- Vivanco Martínez, Angela, "La objeción de conciencia como derecho constitucional", en Casas Becerra, Lidia; Lawson Delfina [Compiladoras], *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2016.
- Walker Roa, Pamela, "Un acercamiento al contexto regional y a las estrategias de cuidado de niños y niñas de familias transnacionales. El caso de madres colombianas que trabajan en Chile", en Erazo, Ximena; Esponda Fernández, Jaime; Yaksic Beckdorf, Miguel [Editores], *Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local*, (LOM Ediciones), 2016.
- Zúñiga Añasco, Yanira, "La regulación del aborto: entre el control y la autonomía", en Casas Becerra, Lidia; Lawson Delfina [Compiladoras], *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2016.

- Zúñiga, Francisco, "Acerca del estado social y los nuevos derechos en la nueva Constitución", en Gajardo Falcón, Jaime; Quiero, Francisco [Compiladores], Por una Asamblea Constituyente. Mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución, (Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz), 2016.
- Zúñiga, Francisco, "Potestad constituyente", en Bustamante Gonzalo; Sazo, Diego [Compiladores], Democracia y poder constituyente, (Fondo de Cultura Económica), 2016.
- Zuñiga, Javier, "La Constitución de los intereses de los propietarios en detrimento de los no propietarios", en Infante, Consuelo [Editora], Constituyendo los bienes comunes. Memoria seminario sobre extractivismo y proceso constituyente, (Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales OLCA), 2016.

2.2. Derecho Administrativo

- Agüero, Francisco, "El Derecho de la Competencia a los ojos del Derecho Administrativo", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Ahumada, José Miguel, "Chile y la trampa de los ingresos medios: una lectura desde la economía política del desarrollo", en Moreno Pérez, Marco; Martínez Cerna, Luis [Coordinadores], Desafíos para el desarrollo: Políticas públicas y sostenibilidad, (Ril Editores), 2016.
- Arancibia, Jaime, "La supervisión basada en riesgo: notas sobre su aplicación en Chile", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Balanzó, Alejandro; Herrera Kit, Patricia, "Cuando la descentralización no es suficiente: conceptos para la territorialización de políticas", en Moreno Pérez, Marco; Martínez Cerna, Luis [Coordinadores], Desafíos para el desarrollo: Políticas públicas y sostenibilidad, (Ril Editores), 2016.
- Barroilhet, Claudio, "La Autoridad Marítima", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.

- Bermúdez Soto, Jorge, "El principio de protección de la confianza legítima como fundamento y límites a la actuación de la Administración del Estado", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Bermúdez Soto, Jorge, "Luces y sombras de los contratos de concesión portuaria", en Bermúdez Soto, Jorge [Editor], *Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Bermúdez Soto, Rodrigo, "Transporte de pasajeros: ¿concesión de bienes nacionales o de "servicio público"?", en Bermúdez Soto, Jorge [Editor], *Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Camacho Céspedes, Gladys, "La falta de servicio: revisión al debate doctrinal y desarrollo jurisprudencial", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Camacho Céspedes, Gladys, "Rolando Pantoja Bauzá y su contribución a la Jurisprudencia Administrativa", en Camacho Céspedes, Gladys, *El derecho Administrativo en América Latina. Homenaje al Profesor Dr. Rolando Pantoja Bauzá*, (Editorial Jurídica de Chile), 2016.
- Cienfuegos Spikin, Ignacio, "Temas emergentes en la administración pública", en Cienfuegos Spikin, Ignacio; Penaglia, Francesco [Editores], *Manual de Administración Pública*, (Ril Editores), 2016.
- Cordero, Luis, "De Marín a Pierry: 20 años en el desarrollo de la Responsabilidad del Estado en la Corte Suprema", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- De la Maza, Gonzalo, "Administración pública y el ámbito local", en Cienfuegos Spikin, Ignacio; Penaglia, Francesco [Editores], *Manual de Administración Pública*, (Ril Editores), 2016.
- Dorn, Carlos, "¿Responsabilidad del Estado por actos normativos lícitos? Sincerando un debate sobre la concepción de propiedad", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores],

- Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Escárte Orellana, Carlos, "La experiencia como criterio de evaluación de las ofertas", en Bermúdez Soto, Jorge [Editor], Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Ferrada, Juan Carlos, "La clasificación de los recursos o acciones contencioso-administrativas en el Derecho Administrativo chileno: la influencia de la doctrina francesa en nuestro derecho y su aplicación jurisprudencial", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Flores Rivas, Juan Carlos, "La caducidad en los contratos administrativos", en Bermúdez Soto, Jorge [Editor], Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Flores, Juan Carlos, "Responsabilidad del Estado por actos administrativos aparentemente válidos", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Gajardo Harboe, María Cristina, "Personal a honorarios en la Administración del Estado, en Fernandois Vöhringer, Arturo; Soto Velasco, Sebastián [Editores], Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, (Editorial Libertad y Desarrollo), 2016.
- Gallegos Zúñiga, Jaime, "La Participación ciudadana en Chile a la luz de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.500", en Camacho Cépeda, Gladys, El derecho Administrativo en América Latina. Homenaje al Profesor Dr. Rolando Pantoja Bauzá, (Editorial Jurídica de Chile), 2016.
- Guiloff, Matías, "Pedro Pierry y la gramática del control judicial de los actos de la autoridad ambiental", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Herrera Bravo, Rodolfo, "El desequilibrio en contratos tecnológicos complejos", en Bermúdez Soto, Jorge [Editor], Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.

- Huepe Artigas, Fabián, "La facultad de la Inspección del Trabajo para calificar jurídicamente los hechos en su potestad fiscalizadora. ¿Es actividad administrativa o jurisdiccional? Análisis de votos de Pierry en la Corte Suprema", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Huepe Artigas, Fabián, "La facultad de la administración para poner término unilateral al contrato y su impugnación", en Bermúdez Soto, Jorge [Editor], *Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Huertas, Netty; Mola, José, "Desafíos para la inclusión social en Colombia ante los retos de desigualdad, pobreza y vulnerabilidad", en Moreno Pérez, Marco; Martínez Cerna, Luis [Coordinadores], *Desafíos para el desarrollo: Políticas públicas y sostenibilidad*, (Ril Editores), 2016.
- Huidobro, Ramón, "El redescubrimiento de una nueva relación entre el Derecho Administrativo y la moral, para la prevalencia de la dignidad de la persona en el Estado", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Irrázabal Sánchez, Ricardo, "¿Control de legalidad o de mérito en las políticas públicas ambientales? Fallo sobre la derogación de la norma de MP10 anual", en Ferrandois Vöhringer, Arturo; Soto Velasco, Sebastián [Editores], *Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, (Editorial Libertad y Desarrollo), 2016.
- Lara Arroyo, José Luis; García-Huidobro Herrera, Luis Eugenio, "Aspectos críticos y desafíos de la contratación administrativa bajo la Ley N° 19.886.127", en Bermúdez Soto, Jorge [Editor], *Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Latorre Vivar, Patricio, "La contratación administrativa en el ámbito municipal", en Bermúdez Soto, Jorge [Editor], *Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Lazo, Ximena, "Nuevas fórmulas de control de la actividad contractual del sector público en España", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez

- Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Loo Gutiérrez, Martín, “La distribución de los riesgos en el contrato de concesión de obra pública”, en Bermúdez Soto, Jorge [Editor], *Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016
- Loo Guitierrez, Martín, “La función de policía en perspectiva histórica”, en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Miranda Zúñiga, Ricardo, “Las impugnaciones a los procedimientos de contratación en los acuerdos de libre comercio”, en Bermúdez Soto, Jorge [Editor], *Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Mora Allende, Carolina, “La protección de los particulares frente a la Administración Pública contratante”, en Bermúdez Soto, Jorge [Editor], *Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Moraga Klenner, Claudio, “La Conceptualización Funcional (o material) de la Administración Pública del Siglo XXI (el aporte del profesor Rolando Pantoja Bauzá)”, en Camacho Céspedes, Gladys, *El derecho Administrativo en América Latina. Homenaje al Profesor Dr. Rolando Pantoja Bauzá*, (Editorial Jurídica de Chile), 2016.
- Navarro Beltrán, Enrique, “El contencioso administrativo en Chile y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Camacho Céspedes, Gladys, *El derecho Administrativo en América Latina. Homenaje al Profesor Dr. Rolando Pantoja Bauzá*, (Editorial Jurídica de Chile), 2016.
- Núñez Poblete, Manuel, “Convicciones éticas institucionales y objeción de conciencia colectiva en el sector sanitario público y privado”, en Casas Becerra, Lidia; Lawson Delfina [Compiladoras], *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2016.
- Obando, Iván; Allesch, Johann, “El control administrativo externo hacia la Administración del Estado”, en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del*

- Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Pinilla Rodríguez, Francisco, “Los poderes de ordenación en el contrato administrativo”, en Bermúdez Soto, Jorge [Editor], *Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Pizarro, Rafael, “Administración pública y práctica gubernamental: campo de acción tradicional de la administración pública”, en Cienfuegos Spikin, Ignacio; Penaglia, Francesco [Editores], *Manual de Administración Pública*, (Ril Editores), 2016.
- Peña Silva, Francisco Javier, “El sacrificio especial como criterio para determinar la procedencia de la responsabilidad del Estado por actos normativos”, en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Peña Silva, Francisco Javier, “Los reclamos en el sistema electrónico de la Ley N° 19.886”, en Bermúdez Soto, Jorge [Editor], *Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Pérez Arias, Enrique, “Cambios en el modelo de bienestar sueco y la nueva relación con la sociedad civil emergente”, en Moreno Pérez, Marco; Martínez Cerna, Luis [Coordinadores], *Desafíos para el desarrollo: Políticas públicas y sostenibilidad*, (Ril Editores), 2016.
- Poblete, Julia, “Estándares judiciales y administrativos en la motivación del acto que pone término anticipado a funcionarios a contrata”, en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Quezada, Flavio, “Procedimientos administrativos sancionadores especiales y la ley N° 19.880”, en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Riestra, Sebastián, “El contencioso administrativo según la Corte Suprema: alcances de parecer del Poder Judicial”, en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y*

- enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Rojas, Christian, "Responsabilidad de la Administración Pública en materia ambiental por daños causados por entidades privadas autorizadas", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016
- Román, Cristián, "Seguel Cares contra Fisco de Chile", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Ruiz Ibáñez, Andrés, "Límites a la facultad para establecer sanciones en los contratos de la ley 19.886", en Bermúdez Soto, Jorge [Editor], *Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Salvat, Pablo; Di Filippo, Armando, "Administración pública: orígenes, evolución y desarrollo disciplinar", en Cienfuegos Spikin, Ignacio; Penaglia, Francesco [Editores], *Manual de Administración Pública*, (Ril Editores), 2016.
- Santibáñez Yáñez, Francisco, "Los procedimientos de contratación y el principio conclusivo", en Bermúdez Soto, Jorge [Editor], *Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Turrays, Jenny Nicolás, "La declaración de inadmisibilidad de las ofertas en un proceso licitatorio", en Bermúdez Soto, Jorge [Editor], *Perspectiva para la modernización del derecho de la contratación administrativa*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso),
- Urrutia, Osvaldo; Weber, Pía, "Bases administrativas para un futuro Ministerio del Mar y Borde Costero en Chile", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Valdivia, José Miguel, "Actos administrativos ilegales y responsabilidad del Estado", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.

- Vargas Hernández, José, "El Estado como problema y solución. Estado, administración y políticas públicas: agravamiento de los problemas de Latinoamérica", en Moreno Pérez, Marco; Martínez Cerna, Luis [Coordinadores], *Desafíos para el desarrollo: Políticas públicas y sostenibilidad*, (Ril Editores), 2016.
- Vega Muñoz, Alejandro; De los Ángeles Ruiz, Sonia; Vásquez, Alberto, "Desarrollo sostenible y descentralización de la Cuenca petrolera del Golfo San Jorge", en Moreno Pérez, Marco; Martínez Cerna, Luis [Coordinadores], *Desafíos para el desarrollo: Políticas públicas y sostenibilidad*, (Ril Editores), 2016.
- Vergara Blanco, Alejandro, "La obra doctrinaria en Derecho Administrativo de Pedro Pierry. Aportes, influencias y temáticas", en Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge; Urrutia Silva, Osvaldo [Editores], *Doctrina y enseñanzas del Derecho Administrativo Chileno: Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016.
- Zambrano Meza, Francisco, "Don Rolando Pantoja Bauzá y la Universidad Pública", en Camacho Céspedes, Gladys, *El derecho Administrativo en América Latina. Homenaje al Profesor Dr. Rolando Pantoja Bauzá*, (Editorial Jurídica de Chile), 2016.
- Zapata Cortés, Olga Luisa; Agudelo Cano, Marco Fidel, "Políticas públicas para la inclusión social y la transformación de la ciudad de Medellín, 2004-2015", en Moreno Pérez, Marco; Martínez Cerna, Luis [Coordinadores], *Desafíos para el desarrollo: Políticas públicas y sostenibilidad*, (Ril Editores), 2016.
- Barroilhet, Claudio, "La Autoridad Marítima",
- Zúñiga Urbina, Francisco, "Contratación Pública ante el Tribunal de Defensa de Libre Competencia", en Camacho Céspedes, Gladys, *El derecho Administrativo en América Latina. Homenaje al Profesor Dr. Rolando Pantoja Bauzá*, (Editorial Jurídica de Chile), 2016.

2.3. Derecho Internacional

- Ajens, Andrés, "Siete fechas para Emma", en Fielbaum Schnitzler, Alejandro; Zuchel, Lorena; Ajens, Andrés [Editores], *Contrabandos: escrituras y políticas en la frontera entre Bolivia y Chile*, (Editorial Colectivo Communes), 2016.
- Anaya, James, "El Convenio 169 y la norma de consulta con los pueblos indígenas", en De Cea, Maite; Fuentes Claudio [Editores], *La consulta indígena: Colombia, Perú, Chile*, (Ril Editores), 2016.
- Balibar, Étienne, "Extranjeros como enemigos. Reflexiones adicionales sobre las aporías de la ciudadanía transnacional", en Fielbaum Schnitzler,

- Alejandro; Zuchel, Lorena; Ajens, Andrés [Editores], *Contrabandos: escrituras y políticas en la frontera entre Bolivia y Chile*, (Editorial Colectivo Communes), 2016.
- Bassa Mercado, Jaime, “El ejercicio de los derechos de las personas migrantes ante una vieja institucionalidad chilena”, en Fielbaum Schnitzler, Alejandro; Zuchel, Lorena; Ajens, Andrés [Editores], *Contrabandos: escrituras y políticas en la frontera entre Bolivia y Chile*, (Editorial Colectivo Communes), 2016.
- Bergallo, Paola, “Interpretando derechos: la otra legalización del aborto en América Latina”, en Casas Becerra, Lidia; Lawson Delfina [Compiladoras], *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2016.
- Bulo, Valentina; De Oto, Alejandro, “Piel inmunda: La construcción racial de los cuerpos”, en Fielbaum Schnitzler, Alejandro; Zuchel, Lorena; Ajens, Andrés [Editores], *Contrabandos: escrituras y políticas en la frontera entre Bolivia y Chile*, (Editorial Colectivo Communes), 2016.
- Chacón Romero, Andrés, “Gobiernos Latinoamericanos en la era de la Globalización”, en Chacón, Andrés; Oroño, Abel; Cravacuore, Daniel [Editores], *El asociativismo intermunicipal en América Latina*, (Ediciones Universidad Tecnológica Metropolitana), 2016.
- Cortés González, Paula, “Crónica de una demanda anunciada: El río Silala”, en Leiva Lavalle, Patricio [Editor], *La demanda marítima de Bolivia en la Corte Internacional de Justicia*, (Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, Universidad Miguel de Cervantes), 2016.
- De Cea, Maite; Fuentes, Claudio, “Territorios en disputa: extractivismo, pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa”, De Cea, Maite; Fuentes Claudio [Editores], *La consulta indígena: Colombia, Perú, Chile*, (Ril Editores), 2016.
- Diez, Alejandro, “La consulta oficiosa y la consulta oficial: los casos de la reserva Maijuna y del reglamento de la ley de consulta en el Perú”, en Fuentes, Claudio; de Cea, Maite [Editores], *La consulta indígena: Colombia-Perú-Chile*, (Ril Editores), 2016.
- Espaliat Larson, Astrid, “Pacto de Bogotá, vías paralelas. Algunos comentarios sobre los alegatos de Bolivia y Chile ante la Corte Internacional de Justicia” en Leiva Lavalle, Patricio [Editor], *La demanda marítima de Bolivia en la Corte Internacional de Justicia*, (Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, Universidad Miguel de Cervantes), 2016.
- Esponda Fernández, Jaime, “Sistema internacional de protección de los derechos de los migrantes. Normativa nacional”, en Erazo, Ximena; Esponda Fernández,

- Jaime; Yaksic Beckdorf, Miguel [Editores], *Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local*, (LOM Ediciones), 2016.
- Faundes Sánchez, Cristián, “Avizorando el futuro cercano de las relaciones exteriores de Bolivia”, en Leiva Lavalle, Patricio [Editor], *La demanda marítima de Bolivia en la Corte Internacional de Justicia*, (Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, Universidad Miguel de Cervantes), 2016.
- Fernández Illanes, Samuel, “Perspectivas anticipadas de la demanda Boliviana en la Haya”, en Leiva Lavalle, Patricio [Editor], *La demanda marítima de Bolivia en la Corte Internacional de Justicia*, (Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, Universidad Miguel de Cervantes), 2016.
- Gajardo Falcón, Jaime, “Los derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en Erazo, Ximena; Esponda Fernández, Jaime; Yaksic Beckdorf, Miguel [Editores], *Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local*, (LOM Ediciones), 2016.
- Gauché Marchetti, Ximena, “Estándares sobre derechos sexuales y reproductivos en el derecho internacional de los derechos humanos”, en Casas Becerra, Lidia; Lawson Delfina [Compiladoras], *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, (Centro de Derechos Humanos UDP), 2016.
- Lagos Erazo, Jaime, “El fallo sobre las excepciones preliminares del 24 de septiembre de 2015 y las reacciones inmediatas en Chile”, en Leiva Lavalle, Patricio [Editor], *La demanda marítima de Bolivia en la Corte Internacional de Justicia*, (Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, Universidad Miguel de Cervantes), 2016.
- Loewe, Daniel, “Cinco dimensiones de la ciudadanía cosmopolita”, en Fielbaum Schnitzler, Alejandro; Zuchel, Lorena; Ajens, Andrés [Editores], *Contrabandos: escrituras y políticas en la frontera entre Bolivia y Chile*, (Editorial Colectivo Communes), 2016.
- Madrid, Alejandro, “Espacio, Propiedad, Soberanía”, en Fielbaum Schnitzler, Alejandro; Zuchel, Lorena; Ajens, Andrés [Editores], *Contrabandos: escrituras y políticas en la frontera entre Bolivia y Chile*, (Editorial Colectivo Communes), 2016.
- Martínez Pizarro, Jorge, “La migración internacional y la protección de los derechos de todas las personas migrantes”, en Erazo, Ximena; Esponda Fernández, Jaime; Yaksic Beckdorf, Miguel [Editores], *Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local*, (LOM Ediciones), 2016.

- Orduz, Natalia, "La consulta previa en Colombia", en Fuentes, Claudio; de Cea, Maite [Editores], *La consulta indígena: Colombia-Perú-Chile*, (Ril Editores), 2016.
- Palacios, Agustina, "Situación de dependencia, discapacidad y derechos humanos. Algunas reflexiones a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", en Guajardo Córdoba Alejandro; Albuquerque González, Daniela; Díaz Leiva, Mónica [Compiladores], *Diálogos colectivos en torno a la autonomía de personas en situación de dependencia*, (Editorial USACH), 2016.
- Pardo Garvizu, Claudia, "Modo de representación: un acercamiento al imaginario bordiano", en Fielbaum Schnitzler, Alejandro; Zuchel, Lorena; Ajens, Andrés [Editores], *Contrabandos: escrituras y políticas en la frontera entre Bolivia y Chile*, (Editorial Colectivo Communes), 2016.
- Peña, Carlos, "¿Qué significa tratar con justicia a los pueblos indígenas?", en De Cea, Maite; Fuentes Claudio [Editores], *La consulta indígena: Colombia, Perú, Chile*, (Ril Editores), 2016.
- Portales Cifuentes, Carlos, "Los casos de Bolivia: ante la Haya y la opinión pública", en Leiva Lavalle, Patricio [Editor], *La demanda marítima de Bolivia en la Corte Internacional de Justicia*, (Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, Universidad Miguel de Cervantes), 2016.
- Rodríguez Elizondo, José, "Chile, entre la jusdiplomacia y la diplomacia de negociación", en Leiva Lavalle, Patricio [Editor], *La demanda marítima de Bolivia en la Corte Internacional de Justicia*, (Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, Universidad Miguel de Cervantes), 2016.
- Salinas Burgos, Hernán, "Protección de los derechos humanos por actos cometidos en el extranjero: limitaciones en el derecho constitucional y en el derecho internacional", en Fernandois Vöhringer, Arturo; Soto Velasco, Sebastián [Editores], *Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, (Editorial Libertad y Desarrollo), 2016.
- Schweitzer Walters, Miguel, "El dilema de presentar excepciones preliminares" en Leiva Lavalle, Patricio [Editor], *La demanda marítima de Bolivia en la Corte Internacional de Justicia*, (Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, Universidad Miguel de Cervantes), 2016.
- Tijoux, María Emilia, "Cuerpos deshumanizados y racismo cotidiano en la inmigración", en Rebolledo González, Loreto [Editorial], *Pensar Chile desde las Ciencias Sociales y las Humanidades. Territorio ausencia, crisis y emergencia*, (Editorial Universitaria), 2016.

- Tijoux, María Emilia, "Inmigrantes en Chile: ni afuera ni adentro", en Fielbaum Schnitzler, Alejandro; Zuchel, Lorena; Ajens, Andrés [Editores], *Contrabandos: escrituras y políticas en la frontera entre Bolivia y Chile*, (Editorial Colectivo Communes), 2016.
- Troncoso Repetto, Claudio, "Reflexiones preliminares respecto del fallo de la CIJ del 24 de septiembre de 2015", en Leiva Lavalle, Patricio [Editor], *La demanda marítima de Bolivia en la Corte Internacional de Justicia*, (Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, Universidad Miguel de Cervantes), 2016.
- Urrejola, Antonia, "Aplicación del Convenio 169 en Chile", De Cea, Maite; Fuentes Claudio [Editores], *La consulta indígena: Colombia, Perú, Chile*, (Ril Editores), 2016.
- Villazón, Emma, "Hilda Mundy y Carlos Medinaceli: dos escritores en conflicto. A propósito de "Vanguardia" y "Nación" en Bolivia", en Fielbaum Schnitzler, Alejandro; Zuchel, Lorena; Ajens, Andrés [Editores], *Contrabandos: escrituras y políticas en la frontera entre Bolivia y Chile*, (Editorial Colectivo Communes), 2016.
- Villazón, Emma, "Sonatina del otro costado", en Fielbaum Schnitzler, Alejandro; Zuchel, Lorena; Ajens, Andrés [Editores], *Contrabandos: escrituras y políticas en la frontera entre Bolivia y Chile*, (Editorial Colectivo Communes), 2016.
- Villena Alvarado, Marcelo, "Un caso para el Dr. Mariño", en Fielbaum Schnitzler, Alejandro; Zuchel, Lorena; Ajens, Andrés [Editores], *Contrabandos: escrituras y políticas en la frontera entre Bolivia y Chile*, (Editorial Colectivo Communes), 2016.
- Winter Igualt, Luis, "Impresiones preliminares del fallo de la Corte Internacional de Justicia", en Leiva Lavalle, Patricio [Editor], *La demanda marítima de Bolivia en la Corte Internacional de Justicia*, (Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, Universidad Miguel de Cervantes), 2016.

Metodología para la confección de esta sección

Criterios de inclusión y exclusión

Se seleccionaron libros y capítulos de libros de derecho y ciencias sociales cuyo objeto de estudio o tema principal es jurídico, publicados en Chile. Para estos efectos, se utilizaron los siguientes criterios de búsqueda: Derecho Público,

Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Internacional, Derechos Humanos, Derecho Indígena, Derecho del Trabajo, Derecho Eléctrico, Derecho Ambiental, Derecho Minero y Derecho de Aguas. En el caso del derecho internacional público, se agregaron obras y capítulos en la medida en que versaran sobre esta rama del derecho, o se refirieran al trabajo de Organizaciones Internacionales, o a la relación entre los Estados, o entre estos y Organizaciones Internacionales. Finalmente, se incluyeron obras de ciencias sociales y políticas que tuvieran alguna relación con los temas descritos anteriormente, aunque no fueren propiamente textos jurídicos. Se mantuvo el criterio de años anteriores de incorporar las nuevas ediciones de un libro ya publicado, cuando hubieren transcurrido a lo menos tres años desde la última edición. Cuando un autor publica una obra en distintas editoriales, ello queda recogido.

Se excluyeron las obras relacionados con el Derecho Privado y Comercial, los tratados de jurisprudencia, los compendios de normas, las publicaciones en blogs y las reseñas de obras.

Fuentes

Primero, se buscó el portal electrónico de la Biblioteca del Congreso Nacional, utilizando los criterios de búsqueda antes detallados.

Segundo, se consultaron también los portales electrónicos de las editoriales de nuestro país reconocidas por Conicyt: Catalonia, Edeval, Ediciones PUCV, Ediciones UAH, Ediciones UC, Ediciones UDP, Editorial Andrés Bello, Editorial Jurídica de Chile, Editorial Universitaria, Fondo de Cultura Económica filial Chile, Editorial LOM, RIL Editores y Thomson Reuters Chile. Se utilizaron en la ventana de búsqueda de las editoriales los criterios de búsqueda antes indicados y también se revisaron las respectivas secciones de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Internacional Público de los respectivos portales.

Finalmente, se revisaron los portales electrónicos de las editoriales de universidades nacionales que no están contempladas en el listado de Conicyt, utilizando los mismos criterios de búsqueda ya señalados. Estas editoriales son: Ediciones Finis Terrae, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Ediciones Universidad Austral de Chile, Editorial Santo Tomás, Editorial Universidad de los Andes, Editorial Universidad de Talca, Editorial Universidad de Valparaíso y Sello Editorial Universidad de Concepción.

Segunda sección

Artículos de revistas académicas

Autores de esta sección: Constanza Norambuena Ayub⁴, Nicolás Álvarez Contreras⁵ y Javier Leiva Albornoz.⁶

1. Derecho administrativo

Abusleme, César, “Las compras públicas de tecnología e innovación como un elemento central de las políticas públicas del siglo XXI”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 5, N° 2, (Centro de Estudios en Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2016.

Aguirrezabal, Maite, “Las medidas cautelares innovativas en la nueva institucionalidad medioambiental”, en *Revista de Derecho*, Vol. 23, N° I, (Universidad Católica del Norte), 2016.

Álvarez, Daniel, «Acceso a la información pública y Protección de datos personales: ¿Puede el Consejo para la Transparencia ser la Autoridad de control en materia de protección de datos?, en *Revista de Derecho*, Vol. 23, N° I, (Universidad Católica del Norte), 2016.

Alzamora, Jorge, “Los órganos del Estado como certificadores de firmas electrónicas avanzadas de sus autoridades y funcionarios”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 5, N° 2, (Centro de Estudios en Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2016.

Belemmi, Victoria y Lillo, Diego, “Hacia una interpretación ambiental de la gestión de aguas en Chile: Comentario al fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco en causa Rol N° 1397-2015”, en *Revista Justicia Ambiental*, N° 8, (ONG FIMA), 2016.

⁴ Abogada. Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la Universidad Diego Portales.

⁵ Abogado. Candidato a Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe del Centro Internacional de Estudios Políticos de la Universidad Nacional de San Martín.

⁶ Estudiante del Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

- Bermúdez, Jorge, "El control de la administración del Estado por parte de la Contraloría General de la República. La visión de un recién llegado", en Revista Hemiciclo, Año 8, N° 14, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2016.
- Bertazzo, Silvia, "La incorporación de criterios ambientales en la contratación pública: La experiencia europea", en Revista de Derecho, Vol. 46, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2016.
- Carvajal, Patricio, "Plus es in re quam in existimatione: La terminación anticipada del contrato de concesión municipal por declaración administrativa unilateral. Aspectos de derecho privado y de derecho público", en Revista de Derecho, Vol. 46, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2016.
- Concha, Ricardo, "Crítica a la falta de declaración de nulidad y a la consiguiente configuración de la eficacia del contrato público inválido soportado en un procedimiento ilegal", en Revista de Derecho, Vol. 46, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2016.
- Cordero, Eduardo y Vargas, Iris, "Evaluación ambiental estratégica y planificación territorial. análisis ante su regulación legal, reglamentaria y la jurisprudencia administrativa", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 43, N° 3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Costa, Ezio, "Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación de las aguas en Chile" en Revista Chilena de Derecho, Vol. 43, N° 1, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- De la Fuente, Osvaldo, "El Control Judicial de las Normas de Calidad Ambiental (Comentario a la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de 16 de diciembre de 2014, Rol 22- 2014)", en Revista de Derecho Público, N°84, (Universidad de Chile), 2016.
- Díaz, Regina, "Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales", en Revista Estudios Constitucionales, Vol.14, N°1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.
- Dilla, Haroldo, "Chile y sus fronteras: notas para una agenda de investigación", en Revista Polis, N° 44, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Dussaubat, Jean y Tapia, Claudio, "Ley de Fomento al Reciclaje: Hacia la Responsabilidad Extendida del Productor", en Revista Justicia Ambiental, N° 8, (ONG FIMA), 2016.
- Enteiche, Nicolás, "Superintendencias: una necesaria autonomía constitucional", en Revista Actualidad Jurídica, N°33, (Universidad del Desarrollo), 2016.

- García, Percy, "El principio del ne bis in ídem material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa", en *Revista Política Criminal*, Vol. 11, N° 21, Universidad de Talca, 2016.
- Gariazzo, Alicia, "Fiscalizar, controlar y proteger", en *Revista Hemiciclo*, Año 8, N° 14, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2016.
- Gómez, Rosa, "Rol e importancia de las leyes de bases en el Derecho Administrativo chileno", en *Revista de Derecho*, Vol. 29, N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Harris, Pedro, "El procedimiento de evaluación ambiental: Entre precaución y seguridad", en *Revista de Derecho Ambiental*, N°6, (Universidad de Chile), 2016.
- Hübner, Sofía, "La evolución de la evaluación ambiental estratégica desde la Ley No. 20.417", en *Revista de Derecho Ambiental*, N°6, (Universidad de Chile), 2016.
- Illanes, Gladys, "Comentario de Jurisprudencia: Corte Suprema. Crisóstomo Baeza, Juan Pablo con UTEM y Celta S.A. 4 de enero de 2016", en *Revista de Derecho*, Vol. 35, (Consejo de Defensa del Estado), 2016.
- Infante, Paloma, "(In)justicia ambiental en Chile y principales mecanismos para mitigar la inequidad: planificación territorial y derechos de comunidades vulnerables", en *Revista de Derecho Ambiental*, N°6, (Universidad de Chile), 2016.
- Isensee, Carlos, "Debido proceso y su recepción en la Ley N° 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa", en *Revista de Derecho Público*, N°84, (Universidad de Chile), 2016.
- Lama, Agustín, "Régimen jurídico aplicable al acceso abierto a instalaciones de transmisión adicional", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43 N° 3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Leyton, Patricio y Tapia, Claudio, "Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema sobre el proyecto Modificación Puerto Punta Totalillo. Análisis crítico a la luz de la deferencia técnica", en *Revista de Derecho Ambiental*, N°6, (Universidad de Chile), 2016.
- Lorca, Lorena, "Comentario de Jurisprudencia: Corte Suprema. Fisco de Chile con Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea. 5 de enero de 2016", en *Revista de Derecho*, Vol. 35, (Consejo de Defensa del Estado), 2016.
- Mardones, Marcelo y Cannoni, Nicolás, "Caducidad de la resolución de calificación ambiental y reglamento del SEIA", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 2, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.

- Méndez, Pablo, "Algunas precisiones sobre el término anticipado del procedimiento de evaluación ambiental", en *Revista de Derecho*, Vol. 29, N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Moraga, Pilar y Meckievi, Sol, "Análisis crítico de la judicialización del cambio climático y la baja economía en carbono frente a las categorías tradicionales del Derecho", en *Revista de Derecho*, N° 240, (Universidad de Concepción), 2016.
- Navarro, Marcos, "Comentario de Jurisprudencia: Corte Suprema. Bodegas San Francisco Limitada con Fisco de Chile. 14 de junio de 2016", en *Revista de Derecho*, Vol. 35, (Consejo de Defensa del Estado), 2016.
- Ossandón, Jorge y Ejsmentewicz, Daniela, "La judicialización del riesgo. Comentarios a la sentencia del Tribunal Ambiental de Santiago en el Caso Río Cuervo", en *Revista de Derecho Ambiental*, N°6, (Universidad de Chile), 2016.
- Peña, Ignacio, "La pena de inhabilitación y suspensión de cargo y oficio público. Desde el contenido al fundamento de la sanción", en *Revista de Derecho*, Vol. 35, (Consejo de Defensa del Estado), 2016.
- Peña, Mario, "Autorizaciones Administrativas frente a la Tutela Ambiental", en *Revista Justicia Ambiental*, N° 8, (ONG FIMA), 2016.
- Pereira, Andrés, "La regulación entre seguridad e inmigración durante las primeras décadas del siglo XX en Argentina", en *Revista Polis*, N° 44, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Precht, Jorge y Precht, Alejandra, "¿Es el procedimiento administrativo sancionatorio la única vía para el logro del cumplimiento de ingreso de proyectos al SEIA?", en *Revista Justicia Ambiental*, N° 8, (ONG FIMA), 2016.
- Ramos, Romina y Ovando Cristián, "La región de Tarapacá: seguridad fronteriza y múltiples apropiaciones de su espacio", en *Revista Polis*, N° 44, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Rivera, Daniela, "Gestión colectiva y conjunta de aguas: perspectiva jurídica de una deuda subterránea", en *Revista de Derecho*, Vol. 46, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2016.
- Salassa, Rodolfo, "Tributos ambientales: la aplicación coordinada de los principios quien contamina paga y de capacidad contributiva", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Silva, Daniel, "La destitución por infracción grave a la probidad administrativa en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República", en *Revista de Derecho*, Vol. 29, N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2016.

- Soto, Pablo, "Responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (Corte Suprema)", en *Revista de Derecho*, Vol. 29, N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Soto, Pablo, "Universidad de la Administración del Estado como Universidad Pública: Análisis crítico desde los diversos usos de "Lo público", en *Revista de Derecho*, Vol. 23, N° II, (Universidad Católica del Norte), 2016.
- Soto, Pablo, "Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental", en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 22, N° 2, (Universidad de Talca), 2016.
- Stang, María Fernanda, "De la Doctrina de la Seguridad Nacional a la gobernabilidad migratoria: la idea de seguridad en la normativa migratoria chilena, 1975-2014", en *Revista Polis*, N° 44, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Thayer, Luis Eduardo, "Migración, Estado y seguridad", en *Revista Polis*, N° 44, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Tisné, Jorge, "Las organizaciones ciudadanas como representantes de intereses colectivos ambientales: Reconocimiento a través de la jurisprudencia chilena", en *Revista de Derecho*, Vol. 46, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2016.
- Torres, Angélica, "Los tipos penales creados por la Ley N° 20.900 para el fortalecimiento de la democracia. Ofrecimiento, otorgamiento, solicitud y obtención indebida de aportes electorales; destinación indebida de aportes electorales estatales; entrega de antecedentes o certificación de hechos falsos al Servicio Electoral", en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 68, (Ministerio Público), 2016.
- Torres, Rodrigo, "Comentario de Jurisprudencia: Corte Suprema. Gastronomía y Servicios con Fisco de Chile. 21 de enero de 2016", en *Revista de Derecho*, Vol. 35, (Consejo de Defensa del Estado), 2016.
- Vallejo, Rodrigo, "Acerca del régimen supletorio de prescripción aplicable a las infracciones y sanciones administrativas", en *Revista de Derecho*, Vol. 46, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2016.
- Vega, Giovanni y Díaz, Sergio, "Sobre el régimen legal aplicable a la protección ambiental del Océano Ártico", en *Revista de Derecho*, Vol. 29 N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Vergara, Alejandro, "Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento", en *Revista de Derecho*, Vol. 46, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2016.

Walker, Patricio e Irrázabal, Ricardo, “Los efectos acumulativos y el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, en *Revista de Derecho Ambiental*, N°6, (Universidad de Chile), 2016.

Zúñiga, Francisco y Osorio, Cristóbal, “Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 14 N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.

2. Derecho Internacional Público

Acosta, Paola, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 14 N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.

Actis, Esteban, “Dilemas y contradicciones de la política sudamericana de Brasil bajo los gobiernos de «Lula» da Silva (2003-2010)”, en *Revista Estudios Internacionales*, Vol. 48, N° 184, (Instituto de Estudios internacionales, Universidad de Chile), 2016.

Aguayo, Francisca, “La situación de Crimea: Los fundamentos y los límites del Derecho Internacional”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 1, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.

Aguilar, Gonzalo y Nogueira, Humberto, “El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa”, en *Revista de Derecho Público*, N°84, (Universidad de Chile), 2016.

Aguilar, Gonzalo, “Las Normas de ius cogens y el orden jurídico interno: una evolución progresiva y prometedora”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Vol.14, N°1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.

Aguirre, Daniel, “La gobernanza global de Internet y sus alcances para Chile”, en *Revista Estudios Internacionales*, Vol. 48, N° 185, (Instituto de Estudios internacionales, Universidad de Chile), 2016.

Aguirre, Jerjes y Herrera, Hugo, “Democracia local, crimen y violencia en México: el caso de Apatzingán, Michoacán”, en *Revista Política Criminal*, Vol. 11, N° 22, (Universidad de Talca), 2016.

Arancibia, Roberto, “Los procesos de paz en América Latina: El Salvador y Honduras, un estudio de caso”, en *Revista Estudios Internacionales*, Vol. 48, N° 185, (Instituto de Estudios internacionales, Universidad de Chile), 2016.

- Arlettaz, Fernando, "Naturaleza y alcance del asilo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en Revista Ius et Praxis, Vol. 22, N°1, (Universidad de Talca), 2016.
- Beloff, Mary y Clérico, Laura, "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", en Revista Estudios Constitucionales, Año 14, N°1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.
- Benavides, María Angélica, "Interacción del Derecho Internacional y el ordenamiento jurídico interno", en Revista de Derecho, Vol. 23, N° II, (Universidad Católica del Norte), 2016.
- Bonnefoy, Pascale, "Argentina: La expropiación de Repsol-YPF", en Revista Estudios Internacionales, Vol. 48, N° 184, (Instituto de Estudios internacionales, Universidad de Chile), 2016.
- Burdiles, Gabriela, "Litigación climática con enfoque de derechos: comentario sobre el caso Leghari v. Pakistán", en Revista Justicia Ambiental, N° 8, (ONG FIMA), 2016.
- Castilla, Karlos, "La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad Interamericano", en Revista Estudios Constitucionales, Vol. 14 N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.
- Cerda, Carlos, "El Principio de Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas", en Revista Tribuna Internacional, Vol. 5, N°10, (Universidad de Chile), 2016.
- Cordero, Eduardo y Vargas, Iris, "Evaluación ambiental estratégica y planificación territorial. Análisis ante su regulación legal, reglamentaria y la jurisprudencia administrativa", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 43 N° 3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- De Lucas, Javier, "Refugiados como "moneda de cambio". Sobre el acuerdo entre la Unión Europea y Turquía de 18 de marzo de 2016", en Anuario de Derechos Humanos 2016, N°12, (Universidad de Chile), 2016.
- Díaz, Álvaro, "Fernández Martínez contra España: Caso sobre neutralidad religiosa con implicancias para Chile y el Sistema Interamericano", en Revista de Derecho, Vol. 23 N° 1, (Universidad Católica del Norte), 2016.
- Díaz, Álvaro, "La prueba obtenida mediante coacción y su inadmisibilidad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Revista de Derecho, Vol. 29 N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Díaz, Regina, "Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales",

- en Revista Estudios Constitucionales, Vol. 14 N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.
- Domínguez, Cecilia, "Derecho Chileno migratorio a la luz del Derecho migratorio internacional: ¿ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas del control migratorio?" en Revista Chilena de Derecho, Vol. 43, N° 1, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Espinoza, Álvaro, "La invisibilidad jurídica de la familia andina en el norte de Chile", en Revista de Derecho, Vol. 29 N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Fernandois, Joaquín, "Entre la geografía y el mundo: América Latina ante el sistema global", en Revista Estudios Internacionales, Vol. 48, N° 185, (Instituto de Estudios internacionales, Universidad de Chile), 2016
- Gauché, Ximena, "La Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. A 15 años de su adopción", en Revista Tribuna Internacional, Vol. 5, N° 9, (Universidad de Chile), 2016.
- Giraldo, Yaniza y Guerrero, Hugo, "Los cambios legislativos en los territorios ocupados por Israel después de 1967", en Revista de Derecho, Vol. 23, N° 1, (Facultad de Derecho, Universidad Católica del Norte, Coquimbo), 2016.
- Gondim, Linda, "Movimentos sociais contemporâneos no Brasil: a face invisível das Jornadas de Junho de 2013", en Revista Polis, N° 44, (Universidad Bolivariana), 2016.
- González, Leonardo y Patiño, María Eugenia, "No-violencia como alternativa de resistencia en Chiapas, México: el caso de Las Abejas de Acteal", en Revista Polis, N° 43, (Universidad Bolivariana), 2016
- Hernández, Álvaro, "Extradición pasiva y rol del Ministerio Público", en Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 67, (Ministerio Público), 2016.
- Infante, María Teresa, "Las fronteras desde la perspectiva del Derecho Internacional", en Revista Estudios Internacionales, Vol. 48, N° 185, (Instituto de Estudios internacionales, Universidad de Chile), 2016.
- Kahn, Paul, "Una nueva perspectiva para el constitucionalismo comparado: El análisis cultural del estado de derecho occidental", en Revista de Derecho, Vol. 29 N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Lara, Juan Carlos y Ruiz, Claudio, "Acuerdos regionales de libre comercio y derechos humanos: el caso del TPP y su impacto en Chile", en Anuario de Derechos Humanos 2016, N° 12, (Universidad de Chile), 2016.

- López, Sebastián, "El asunto de la obligación de negociar un acceso al océano pacífico: comentario de la decisión sobre excepción preliminar de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 24 de septiembre de 2015", en *Revista Chilena de Derecho*, N° 43, Vol. 2, (Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Mastaglia, Gabriela, "Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia: Análisis de los casos entablados contra Chile", en *Revista Ars Boni et Aequi*, N° 1 Año 12, (Universidad Bernardo O'Higgins), 2016.
- Mateus-Rugeles, Andrea y Rodríguez, Ingrid, "Pecios españoles en aguas colombianas: conjugación entre el patrimonio cultural subacuático y la inmunidad jurisdiccional de los Estados", en *Revista de Derecho*, Vol. 29, N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Merke, Federico y Reynoso, Diego, "Dimensiones de política exterior en América Latina según juicio de expertos: experts perception of foreign policy dimensions", en *Revista Estudios Internacionales*, Vol. 48, N° 185, (Instituto de Estudios internacionales, Universidad de Chile), 2016.
- Molero, María del Pilar, "La reproducción asistida en Europa: La labor armonizadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 14 N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.
- Montenegro, María Luisa, "Tres nudos críticos en los procesos de extradición activa: visión jurisprudencial", en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 68, (Ministerio Público), 2016.
- Muñoz, Fernando, "El uso de los gases lacrimógenos en Chile: normativa internacional y nacional vigente y jurisprudencia reciente", en *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 14 N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.
- Olano, Hernán, "Teoría del control de convencionalidad", en *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 14, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.
- Olasolo, Héctor; Martínez, Juan Ramón; Rodríguez, Ana María, "La inmunidad de jurisdicción penal por crímenes internacionales de los jefes de estado, los jefes de gobierno y los ministros de asuntos exteriores", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 1, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Paul, Álvaro, "La génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios",

- en Revista de Derecho, Vol. 46, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2016.
- Paul, Álvaro, “La prueba obtenida mediante coacción y su inadmisibilidad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Revista de Derecho, Vol. 29, N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Polanco, Rodrigo y Gómez, Sebastián, “El Acuerdo Transpacífico (TPP) y Desarrollo Sostenible: ¿Algo nuevo, algo viejo y algo prestado?”, en Revista Justicia Ambiental, N° 8, (ONG FIMA), 2016.
- Recabarren, Oscar, “El Derecho de Aguas Chileno desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente”, en Revista Justicia Ambiental, N° 8, (ONG FIMA), 2016.
- Recabarren, Óscar, “El estándar del Derecho de Aguas desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el medio ambiente”, en Revista Estudios Constitucionales, Vol. 14 N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.
- Rivas, Pablo, “Defensa Interna de los países de América Central: ‘El empleo coercitivo de las Fuerzas Armadas contra la delincuencia’”, en Revista Estudios Internacionales, Vol. 48, N° 183, (Instituto de Estudios internacionales, Universidad de Chile), 2016.
- Robles, Margarita, “El ciberespacio: presupuestos para su ordenación jurídico-internacional”, en Revista Derecho y Ciencia Política, Vol. 7, N° 1, (Universidad Católica de Temuco), 2016.
- Schönsteiner, Judith, “El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: El mínimo común denominador”, en Revista de Derecho, Vol. 29 N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Silva, Carolina y Parot, Gonzalo, “Desempeño del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para canalizar la consulta indígena del Convenio N° 169 de la OIT”, en Revista de Derecho Ambiental, N°6, (Universidad de Chile), 2016.
- Silva, Max, “Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso”, en Revista Estudios Constitucionales, Vol. 14 N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.
- Stanisavljevic, Aleksandar, “In the Fight to Stop Climate Change, Forests Are a Vital Weapon”, en Revista Justicia Ambiental, N° 8, (ONG FIMA), 2016.
- Tapia, Patricia; Saracostti, Mahia y Castillo, Leonardo, “Balance entre familia y trabajo: Un análisis comparativo de Chile y España desde una normativa

- internacional hacia regulaciones laborales”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 22, N° 1, (Universidad de Talca), 2016.
- Valenzuela, Mylene, “Niños y Niñas indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho*, Vol. 23, N° II, (Universidad Católica del Norte), 2016.
- Vega, Giovanni y Díaz, Sergio, “Sobre el régimen legal aplicable a la protección ambiental del Océano Ártico”, en *Revista de Derecho*, Vol. 29, N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Yáñez, Manuel, “El control de constitucionalidad represivo concreto de los tratados internacionales como fuente del derecho interno: una visión crítica de los roles 1288 y 2789 del Tribunal Constitucional de Chile”, en *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 5, N° 9, (Universidad de Chile), 2016.

3. Derecho Constitucional

- Accatino, Daniela, “Prueba, verdad y justicia de transición: El caso de Cecilia Magni y Raúl Pellegrin (Corte Suprema)”, en *Revista de Derecho*, Vol. 29, N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Acedo, Ángel y Platero, Alejandro, “La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: Referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 5, N° 2, (Centro de Estudios en Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2016.
- Acosta, Paola, “Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Vol.14, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.
- Aguilar, José Luis, “Resistencia civil no-violenta: la lucha contra el Socialismo Real en Polonia”, en *Revista Polis*, N° 43, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Aillapán, Jorge, “El derecho a la propia imagen: ¿Derecho personalísimo?, ¿Derecho fundamental? Precisiones terminológicas para el ordenamiento jurídico Chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 2, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Allard, Raúl; Henning, Mônia y Galdámez, Liliana, “El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado Subsidiario”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.

- Alvarado, José Tomás, "Inconmensurabilidad de los valores básicos y proporcionalismo: Presupuestos filosóficos de la interpretación proporcionalista de los derechos fundamentales", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 1, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Álvarez, Daniel y Correa, Marco, "La doble dimensión del derecho de autor: el acceso a la cultura y los derechos de autor", en *Revista de Derecho Público*, N° 85, (Universidad de Chile), 2016.
- Alvear, Julio, "¿Nueva Constitución? La ilusión del Poder Constituyente", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 33, (Universidad del Desarrollo), 2016.
- Ameglio, Pietro, "Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad: construir paz en la guerra de México", en *Revista Polis*, N° 43, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Ansuátegui, Francisco Javier, "Derechos Fundamentales y Gobernabilidad", en *Revista Políticas Públicas*, Vol. 9, N° 1, (Centro de Estudios en Gestión y Política Pública, Universidad de Santiago de Chile), 2016.
- Arriagada, Nayadeth, "Identidad y subjetivación política en el Movimiento por la salud digna en Chiloé", en *Revista Polis*, N° 44, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Atria, Fernando, "Nueva Constitución y Reforma Constitucional: El Contenido de la Forma", en *Revista Anales*, Vol. 7, N° 10, (Universidad de Chile), 2016.
- Ayuso, Miguel, "Los límites del poder constituyente y la reforma de la constitución", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 33, (Universidad del Desarrollo), 2016.
- Aznar, Justo; Martínez, Miriam; Navarro, Pedro, "Valoración de la adopción de embriones humanos congelados desde el punto de vista de la filosofía moral, la ética laica y dos religiones monoteístas", en *Acta Bioethica*, Vol. 22, N° 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile, 2016.
- Ballesteros, Gilma, "Desobediencia Civil Indígena: El pueblo Nasa y el incidente del Cerro Berlín", en *Revista Polis*, N° 43, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Béjar, Francisco, "El Control Constitucional de normas derogadas en Chile", en *Revista de Derecho Público*, N°84, (Universidad de Chile), 2016.
- Benavente, José Miguel y Larraín, Jorge, "Ministerio de las culturas: análisis de diseño institucional". Centro de Estudios Públicos, N° 144, 2016.
- Benavente, Mauro, "Los supuestos del pensamiento político y jurídico de Jürgen Habermas", en *Revista de Derecho*, Vol. 29, N° 1, (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile), 2016.

- Borgneth, Júlia y Vasconcelos, Magno, "A influência da participação social para o desenvolvimento local", en Revista Polis, N° 44, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Bornhauser, Niklas, Undurraga Verónica y Gaune Rafael (Eds.), Formas de control y disciplinamiento. Chile, América y Europa, siglos XVI-XIX", en Revista Historia, Vol. 49, N° 1, Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2016.
- Bronfman, Alan, "Presidencialismo y el poder presidencial en el proceso legislativo chileno", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 43, N° 2, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Calzado, Mercedes y Gallardo, Juan Pedro, "Hacia un mapa de intervenciones electorales locales en materia de seguridad urbana (Ciudad de Buenos Aires, 2007)", en Revista Polis, N° 44, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Campusano, Raul y Bolado, Álvaro, "Acciones populares ante los tratados de libre comercio: 'el caso de Colombia y Estados Unidos' ", en Revista Actualidad Jurídica, N° 33, (Universidad del Desarrollo), 2016.
- Cárdenas, Sabina y D'Inca, María Verónica, "Arquitectura de la no-violencia. El papel del otro en la construcción del espacio común", en Revista Polis, N° 43, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Castaño, Dennyris, "El feminismo sufragista: entre la persuasión y la disrupción", en Revista Polis, N° 43, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Celedón, Pablo, "Reflexiones en torno a la rigidez y legitimidad de la Constitución de 1980. Límites al Poder Constituyente", en Revista Hemiciclo, Año 8, N° 14, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2016.
- Charney, John, "La tensión entre la libertad de emitir opinión y la de informar y la honra de las personas: importancia y límites de la exceptio veritatis", en Revista de Derecho, Vol. 29, N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Chible, María José, "La protección del animal no humano a través del habeas corpus", en Revista Derecho y Humanidades, N° 27, (Universidad de Chile), 2016.
- Coddou, Alberto y Ferreiro, José, "Medios de Comunicación y Procesos Constituyentes: El caso de El Mercurio en Chile", en Revista Austral de Ciencias Sociales, N° 30, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Covarrubias, Ignacio, "El derecho de los sindicatos a requerir las remuneraciones de los trabajadores. Acerca de cómo una sentencia del Tribunal Constitucional puede terminar discriminando arbitrariamente", en Revista Actualidad Jurídica, N° 34, (Universidad del Desarrollo), 2016.

- Covarrubias, Ignacio, "Gobernando por glosas: algunas notas sobre las distinciones arbitrarias contenidas en la partida 05 de la Ley de Presupuestos en material de educación superior", en Revista Actualidad Jurídica, N°33, (Universidad del Desarrollo), 2016.
- Cristi, Renato, "La primera etapa de Jaime Guzmán", en Revista Estudios Públicos, N°143, (Centro de Estudios Públicos), 2016.
- Cuneo, Silvio, "Prisión perpetua y dignidad humana: Una reflexión tras la muerte de Manuel Contreras", en Revista Política Criminal, Vol. 11, N° 21, Universidad de Talca, 2016.
- Curia, Eva, "Consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el delito de aborto en Chile", en Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 68, (Ministerio Público), 2016.
- De Iruarrizaga, Francisco, "Rediseñando el sistema de protección a la infancia en Chile", en Revista Estudios Públicos, N° 141, (Centro de Estudios Públicos), 2016.
- Díaz De Valdés, José, "Farmacias populares", en Revista Actualidad Jurídica, N° 34, (Universidad del Desarrollo), 2016.
- Díaz De Valdés, José, "Sobrevaloraciones, subvaloraciones, simplificaciones y riesgos del actual proceso constituyente", en Revista Actualidad Jurídica, N° 33, (Universidad del Desarrollo), 2016.
- Díaz, Regina, "Tribunal Constitucional y ley migratoria chilena: examen de compatibilidad con los estándares internacionales", en Revista Tribuna Internacional, Vol.5, N° 9, (Universidad de Chile), 2016.
- Domínguez, Álvaro, "Análisis y crítica de la regulación del derecho de información de las organizaciones sindicales en Chile", en Revista de Derecho, N° 239, (Universidad de Concepción), 2016.
- Donoso, Claudia, "Despenalización del aborto en Chile: Una cuestión de justicia social", en Acta Bioethica, Vol. 22, N° 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile, 2016.
- Ducci, María y Valenzuela, Felipe, "Análisis de un inédito proceso reconstituyente en Chile a la luz de la doctrina del Estado de Derecho", en Revista Hemiciclo, Año 8, N° 14, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2016.
- Duque, Catalina, "La Violencia de Género y el Delito de Estupro", en Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 68, (Ministerio Público), 2016.
- Durán, Carlos y Thayer, Luis Eduardo, "Seguridad y democracia ¿antinomía irreductible?", en Revista Polis, N° 44, (Universidad Bolivariana), 2016.

- Durán, Mario, "La prevención general positiva como límite constitucional de la pena: Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función", en *Revista de Derecho*, Vol. 29, N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Enríquez, Lucrecia, "Los jueces diputados y los distritos judiciales borbónicos en Chile", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 2, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Espinoza, Álvaro, "La invisibilidad jurídica de la familia andina en el norte de Chile", en *Revista de Derecho*, Vol. 29, N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Fábrega, Hugo, "Hacia una Constitución artificial", en *Revista Actualidad Jurídica*, N°34, (Universidad del Desarrollo), 2016.
- Fábrega, Hugo, "El fundamento jurídico que determinó el Tribunal Constitucional sobre la reforma laboral: el considerando 63º", en *Revista Actualidad Jurídica*, N°34, (Universidad del Desarrollo), 2016.
- Fernandois, Arturo y Chubretovic, Teresita, "El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 1, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Fernández, Hernán, "Persecución penal de la corrupción en Chile: retos y buenas prácticas", en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 67, (Ministerio Público), 2016.
- Fernández, Vicente, "La justicia de los precedentes: ¿Invasión a la independencia y autonomía del legislador?", en *Revista de Derecho*, Vol. 29, N° 2, (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile), 2016.
- Ferreira, Hernán, "Trece años de discusión sobre la utilización de testigos con reserva de identidad. Análisis de los hitos principales del período 2002-2015", en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 66, (Ministerio Público), 2016.
- Figueroa, Raúl, "Restricciones a la posibilidad de abrir nuevos colegios subvencionados: una amenaza a la libertad de enseñanza", en *Revista Actualidad Jurídica*, N°33, (Universidad del Desarrollo), 2016.
- Flores, Enrique, "Estado y Violencia en Honduras: Las Maras desde una Perspectiva Crítica", en *Revista Políticas Públicas*, Vol. 9, N° 1, (Centro de Estudios en Gestión y Política Pública, Universidad de Santiago de Chile), 2016.
- Fuentes, Carlos, "Principios internacionales que consagran el derecho humano de acceso a una justicia independiente. Análisis del tema en Argentina", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 25, (Universidad de Chile), 2016.

- Gallego, Javier y Lobo, Juan “La jurisdicción universal de protección de derechos fundamentales en la jurisprudencia chilena (comentario al fallo de la Corte Suprema Rol N° 17.393-2015)”, en Anuario de Derechos Humanos 2016, N°12, (Universidad de Chile), 2016.
- García, Javier, “La función parlamentaria de control a caballo de parlamentarismo y presidencialismo”, en Revista de Derecho Público, N°1, (Universidad de Chile), 2016.
- García, José, “La Crisis y el Futuro del Estado de Bienestar: Algunas Reflexiones desde la Experiencia de la Unión Europea”, en Revista Políticas Públicas, Vol. 9, N° 1, (Centro de Estudios en Gestión y Política Pública, Universidad de Santiago de Chile), 2016.
- García, Leonardo, “Construcción de una dogmática constitucional del procedimiento parlamentario: El caso colombiano”, en Revista de Derecho, Vol. 29, N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- García-Huidobro, Joaquín, “Orden, decisión y norma: La teoría jurídica de Tomás de Aquino a la luz de una distinción de Carl Schmitt”, en Revista de Derecho, Vol. 23, N° 1, (Facultad de Derecho, Universidad Católica del Norte, Coquimbo), 2016.
- Garrido, Romina y Matus, Jessica, “Consensos para un derecho al olvido digital”, en Revista 93, N° 14, (Defensoría Penal Pública), 2016.
- Garrido-Vergara, Luis; Valderrama, Luz-Marina y Ríos-Peñañiel, Javier, “Democracia deliberativa, instituciones y participación ciudadana en América Latina”, en Revista Política, Vol. 54, N°2, (Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile), 2016.
- Gauché, Ximena, “Participación política de las mujeres en Chile y sus oportunidades, en la percepción de estudiantes de primer año de universidad. El caso de la Universidad de Concepción”, en Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Vol. 7, N° 2, (Universidad Católica de Temuco), 2016.
- Gazmuri, Susana, “La lectura de los autores romanos y la construcción del discurso republicano: Citas, traducciones y adaptaciones. Chile, 1810-1833”, en Revista Historia, Vol. 49, N° 2, Instituto de Historia (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- González, Ana Cecilia, “Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas: el derecho a conocer los orígenes. ¿Legislación versus subjetividad?”, en Acta Bioethica, Vol. 22, N° 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, (Universidad de Chile), 2016.

- González, Isabel, Martínez, María Soledad, Llanca, Juan Pablo, "El aborto y la Justicia Restaurativa", en Revista Polis, N° 43, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Henríquez, Miriam, "¿Cómo se controla la infracción constitucional originada en el no sometimiento de un tratado a la aprobación del Congreso Nacional?", en Revista de Derecho, Vol. 29, N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Hernández, Nicolás, "Protección constitucional del medio ambiente: análisis comparado entre Chile y Ecuador", en Revista Justicia Ambiental, N° 8, (ONG FIMA), 2016.
- Herrera, Paloma, "El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile", en Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 5, N° 1, (Centro de Estudios en Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2016.
- Huenchuan, Sandra, "Un paso adelante para los derechos humanos. La protección de las personas mayores en las Américas", en Anuario de Derechos Humanos 2016, N° 12, (Universidad de Chile), 2016.
- Irarrázaval, Cristián, "El derecho al olvido como límite a la sanción social permanente", en Revista 93, N° 14, (Defensoría Penal Pública), 2016.
- Isler, Erika, "Aproximación al derecho a la no discriminación arbitraria en el régimen de la Ley 19.496", en Revista de Derecho Público, N° 84, (Universidad de Chile), 2016.
- Juárez, Mario Santiago, "Comentario a la sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 992/2014 de la Suprema Corte de México. No discriminación en las convocatorias de empleo", en Revista Estudios Constitucionales, Año 14, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.
- Kahn, Paul, "Una nueva perspectiva para el constitucionalismo comparado: El análisis cultural del estado de derecho occidental", en Revista de Derecho, Vol. 29, N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Krause, Martín, "Boyas, faros y la provisión voluntaria de bienes públicos", en Revista Estudios Públicos, N° 141, (Centro de Estudios Públicos), 2016.
- Laise, Luciano, "La dignidad de la persona y los derechos de incidencia colectiva como fundamento del derecho al acceso al agua potable en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", en Revista de Derecho, N° 47, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2016.
- Laketic, Jelena, "Control de Internet: Las implicancias políticas de las funciones de la IANA", en Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 5, N° 2, (Centro de Estudios en Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2016.

- Lell, Helga, "El concepto jurídico de persona y los derechos de los animales", en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 27, (Universidad de Chile), 2016.
- León, Leonardo, "Ventas, arriendos y donaciones de tierras mapuches en Arauco: sujetos, terrenos y valores, 1858-1861", en *Revista Historia*, Vol. 49, N° 1, Instituto de Historia (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Leturia, Francisco, "Fundamentos jurídicos del derecho al olvido: ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones en ciertos fundamentos? en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 1, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Litman, Alejandro, "Comentario a sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas que absuelve a H. Senador de la República y a sus cuñados por negociaciones incompatibles y fraude al fisco", en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 66, (Ministerio Público), 2016.
- López, Daniel; De la Campa, Rosa; Losa, Marta; Ramos, José; Munuera, Pedro; García, Matilde; Becerro, Ricardo, "Objeción de conciencia en estudiantes españoles de podología: estudio mediante cuestionario", en *Acta Bioethica*, Vol. 22, N° 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética (Universidad de Chile), 2016
- López, Mario, "La resistencia civil examinada: de Thoreau a Chenoweth", en *Revista Polis*, N° 43, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Macasaya, Carlos, "Indianismo, Política y Estado en Bolivia: Una Reflexión desde la Herencia de Fausto Reinaga", en *Revista Políticas Públicas*, Vol. 9, N° 1, (Centro de Estudios en Gestión y Política Pública, Universidad de Santiago de Chile), 2016.
- Madrid, Raúl, "La noción de libertad de cátedra en la C. A. Ex Corde Ecclesiae y su vigencia contemporánea. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 2, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Martín, Rafael, "La gran trilogía clásica de lo estatal hispánico: religión, derecho y política constitucional. El caso español y datos comparados", en *Revista Ars Boni et Aequi*, N° 1 Año 12, (Universidad Bernardo O'Higgins), 2016.
- Martínez, Daniel, "La No-violencia en los Nasa, del norte del Cauca: relaciones entre la teoría y la experiencia específica" en *Revista Polis*, N° 43, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Monge, Vanessa, "Evolución y Análisis de las Partidas de Gasto Público en España: Período 1966-2015", en *Revista Políticas Públicas*, Vol. 9, N° 1, (Centro de Estudios en Gestión y Política Pública, Universidad de Santiago de Chile), 2016.

- Monsálvez, Danny y Pagola, León, "Un espacio de resguardo y resistencia no violenta bajo la dictadura cívico-militar: El Boletín de Derechos Humanos de la Pastoral de Derechos Humanos del Arzobispado de la Santísima Concepción (1986-1989)", en *Revista Polis*, N° 43, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Monteiro, Rodrigo, "La imposición estatal para cotizar a la seguridad social y la garantía de la libertad", en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 68, (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso), 2016.
- Morales-Olivares, Rommy, "Veinte Años de las Transiciones Democráticas en Chile y en Sudáfrica: Una Mirada de las Continuidades Post Autoritarias", Vol. 9, N° 2, (Centro de Estudios en Gestión y Política Pública, Universidad de Santiago de Chile), 2016.
- Moreno, Ángela, "El derecho a la intimidad en España", en *Revista Ars Boni et Aequi*, N° 1 Año 12, (Universidad Bernardo O'Higgins), 2016.
- Moya, Graciela, "Valoración ética de las nuevas opciones reproductivas de las enfermedades mitocondriales", en *Acta Bioethica*, Vol. 22, N° 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética (Universidad de Chile), 2016.
- Muñoz, Fernando, "El uso de gases lacrimógenos en Chile: normativa internacional y nacional vigente y jurisprudencia reciente" en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 14, N°1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.
- Muñoz, Gabriel, "Normativa sobre la ficha clínica y la protección de datos de salud en Chile", en *Revista de Derecho Público*, N°85, (Universidad de Chile), 2016.
- Navia, Patricio, "En defensa de la democracia sin adjetivos", en *Revista Estudios Públicos*, N°143, (Centro de Estudios Públicos), 2016.
- Negretto, Gabriel, "El poder Constituyente en la tradición constitucional americana: el legado problemático de los escritos federalistas", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 3, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Nogueira, Humberto, "Los procesos constituyentes de establecimiento y de reforma de las constituciones chilenas", en *Revista Hemiciclo*, Año 8, N° 14, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2016.
- Oberg, Héctor, "Amicus curiae", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 33, (Universidad del Desarrollo), 2016.
- Olivo, Álvaro; Linares, Pascual; Suárez Ana Isabel, Aguirre Ana María, "Estatuto ontológico del embrión humano como persona: Una perspectiva desde la investigación biológica en América Latina", en *Acta Bioethica*,

- Vol. 22, N° 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética (Universidad de Chile), 2016.
- Ordás, Carlos, "No-violencia, objeción de conciencia e insumisión en España, 1970-1990" en Revista Polis, N° 43, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Ordóñez, Alejandro, "Cambio constitucional: la experiencia constitucional colombiana", en Revista Actualidad Jurídica, N°33 (Universidad del Desarrollo), 2016.
- Ortega, Claudia, "La pena de inhabilitación absoluta o especial para el ejercicio de cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares, y su calidad de pena de crimen", en Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 67, (Ministerio Público), 2016.
- Osorio, Cristóbal y Ramírez, Gerardo, "La comunicación y difusión de las políticas públicas de gobierno. Aspectos constitucionales, legales y presupuestarios", en Revista de Derecho Público, N° 85, (Universidad de Chile), 2016.
- Ovando, Iván, "La presidencia parlamentaria chilena bajo la Constitución Política de 1925: Estudio normativo e institucional", en Revista Universum, Vol. 31, N° 1, (Instituto de Estudios Humanísticos "Juan Ignacio Molina", Universidad de Talca), 2016.
- Paul, Álvaro, "Fernández Martínez contra España: Caso sobre neutralidad religiosa con implicancias para Chile y el sistema interamericano", en Revista de Derecho, Vol. 23, N° 1, (Facultad de Derecho, Universidad Católica del Norte, Coquimbo), 2016.
- Peña, Carlos, "Derecho a la educación y libertad de enseñanza", en Revista Estudios Públicos, N° 143, (Centro de Estudios Públicos), 2016.
- Peña, Marisol, "Democracia, Constitución y probidad pública y privada", en Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Vol. 1, N° 1, (Universidad Católica de Temuco), 2016.
- Pérez, Fernando, "La idea de Estado Moderno bajo la mira confesional: Tres censuras a "De iure naturae et gentium" (1672) de Samuel Pufendorf", en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, N° 38, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2016.
- Pérez, José María, "Recientes reformas fiscales en España y en América Latina" en Revista de Estudios de la Justicia, N° 25, (Universidad de Chile), 2016.
- Pérez, Natalia, "Cuando la respuesta penal a la violencia de género se vuelve contra la víctima: aproximación a la realidad española", en Revista Política Criminal, Vol. 11, N° 21, Universidad de Talca, 2016.

- Pfeffer, Fracisco, “¿Son categorías antagónicas en el orden constitucional las bases de la institucionalidad económica y los derechos sociales?”, en Revista Actualidad Jurídica, N° 33 (Universidad del Desarrollo), 2016.
- Pica, Rodrigo, “El derecho fundamental al olvido en la web y el sistema constitucional chileno. Comentario a la sentencia de protección Rol N°22243-2015 de la Corte Suprema”, en Revista Estudios Constitucionales, Año 14, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.
- Piedrabuena, Guillermo, “Las potestades del Ministerio Público en la investigación de los delitos tributarios”, en Revista de Derecho Público, N° 84, (Universidad de Chile), 2016.
- Pincheira, Carolina, “Estatuto jurídico de los animales en la Constitución y leyes comparadas: breve recopilación del caso latinoamericano”, en Revista Derecho y Humanidades, N° 27, (Universidad de Chile), 2016.
- Pineda, Nicolás, “El derecho a huelga en la jurisprudencia chilena”, en Anuario de Derechos Humanos 2016, N° 12, (Universidad de Chile), 2016.
- Pinto, Boris, “La vacuna contra el Virus del Papiloma Humano: estado de la cuestión, principio de proporcionalidad y consentimiento informado”, en Acta Bioethica, Vol. 22, N° 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile, 2016.
- Rabell, Enrique, “Derecho o economía en la equidad fiscal”, en Revista de Derecho Público, N° 85, (Universidad de Chile), 2016.
- Ramírez, Tomás, “Nuevas tecnologías al servicio de la seguridad pública y su impacto en la privacidad: criterios de ponderación”, en Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 5, N° 1, (Centro de Estudios en Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2016.
- Reyes, Patricia, “Tensión entre derecho a la información y derecho a la protección de datos personales”, en Revista 93, N° 14, (Defensoría Penal Pública), 2016.
- Ricardo, Elena y Pino, Yamilka, “Análisis transdisciplinar de la Igualdad de Género desde lo socioeconómico, educativo, jurídico y axiológico”, en Revista de Ciencias Sociales, N° 68, (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso), 2016.
- Rios, Marcela y Salas, Valentina, “Proceso Constituyente: mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada”, en Revista Hemiciclo, Año 8, N° 14, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2016.
- Rodríguez, Pablo, “Acuerdo de unión civil”, en Revista Actualidad Jurídica, N° 33, (Universidad del Desarrollo), 2016.

- Rodríguez, Roberto, "Análisis de sentencias dictadas por tribunales orales en lo penal, entre los años 2012 y 2014, sobre parricidios de niños, niñas y adolescentes. Clasificación de casos a partir de las diferentes categorías de filicidio", en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 66, (Ministerio Público), 2016.
- Rojas, Irene, "El modelo normativo del sindicato en las Leyes Sociales de 1924", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 38, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2016.
- Román, Cristián, "Dictamen N° 18.297 de 2016 de la Contraloría General de la República ¿"Rompehuelgas" en la Administración del Estado?", en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (Universidad de Chile), 2016.
- Ruiz, Claudio, "La presunción de inocencia en la era de la vigilancia", en *Revista 93*, N° 14, (Defensoría Penal Pública), 2016.
- Salas, Ricardo, "Un intento de aproximación al neoconstitucionalismo", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 25, (Universidad de Chile), 2016.
- Salassa, Rodolfo, "Tributos ambientales: La aplicación coordinada de los principios quien contamina paga y de capacidad contributiva", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43 N° 3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- 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*, N° 38, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2016.
- Salinas, Carlos, "La personalidad jurídica de la Iglesia Católica después de la Constitución de 1925 en los informes del nuncio Ettore Felici al cardenal secretario de Estado del Vaticano: 1928-1932: Entre la adaptación y la inadaptación de Chile a la libertad de cultos", en *Revista de Derecho*, Vol. 23, N° 2, (Facultad de Derecho, Universidad Católica del Norte, Coquimbo), 2016.
- San Martín, María Angélica, "Edad del consentimiento en materia sexual y la persecución penal del delito de violación impropia", en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 66, (Ministerio Público), 2016.
- Sarmiento, Juan Pablo, "La jurisdicción constitucional en Francia, de la aparente excepción europea al fin de la singularidad francesa", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 2, (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Schönsteiner, Judith, "El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: El mínimo común denominador", en *Revista de Derecho*, Vol. 29, N° 1, (Universidad Austral de Chile), 2016.

- Sepúlveda, Bárbara, “La publicidad sexista en Chile como vulneración de los derechos fundamentales de las consumidoras”, en Anuario de Derechos Humanos 2016, N° 12, (Universidad de Chile), 2016.
- Serrano, Gonzalo, “Elvira López Taverne, El proceso de construcción estatal en Chile. Hacienda Pública y burocracia (1817-1860)”, en Revista Historia, Vol. 49, N° 1, Instituto de Historia (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Silva, Carolina, “El derecho al olvido de las condenas judiciales”, en Revista Actualidad Jurídica, N° 33, (Universidad del Desarrollo), 2016.
- Silva, Luis, “Las cuestiones políticas: Una doctrina sobre los límites del Poder Judicial. El caso de los Estados Unidos”, en Revista Estudios Constitucionales, Vol. 14, N° 2 (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.
- Silva, Luis, “Lucro, empresa y religión: El caso *hobby lobby*”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 43, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Solari, Enzo, “Antítesis chilenas sobre universidad, libertad y pluralismo”, en Revista Estudios Públicos, N° 143, (Centro de Estudios Públicos), 2016.
- Soto, Francisco, “Organizaciones de la sociedad civil en Chile: propuestas para financiamiento público y fortalecimiento institucional”, en Revista Polis, N° 45, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Soto, Francisco, “La regulación del referéndum de especial trascendencia en perspectiva comparada y su eventual reconocimiento en la Constitución chilena” en Revista Estudios Constitucionales, Año 14, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.
- Squella, Agustín, “¿Un Chile semisoberano? (comentarios al libro ‘la democracia semisoberana’ de Carlos Huneeus)”, en Revista Estudios Públicos, N° 143, (Centro de Estudios Públicos), 2016.
- Squella, Agustín, “Conversando junto a la hoguera (comentarios al libro ‘Propuestas constitucionales’ de Lucas Sierra ed.)”, en Revista Estudios Públicos, N° 144, (Centro de Estudios Públicos), 2016.
- Tironi, Martín y Valderrama, Matías, “Urbanismo Militarizado y situación cosmopolítica: El caso de los Globos Aerostáticos de Vigilancia en Santiago de Chile”, en Revista Polis, N° 44, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Toro, Constanza, “Proceso Constituyente: reflexiones en torno al rol que le cabe al Congreso Nacional”, en Revista Hemiciclo, Año 8, N° 14, (Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados), 2016.
- Torres, Francisco, “Lectura Verde de los Derechos Sociales: Un análisis de la complementariedad entre los derechos relacionados con la protección de la

- naturaleza y los derechos sociales en Chile”, en Revista Justicia Ambiental, N° 8, (ONG FIMA), 2016.
- Torres, Iván, “La seguridad de la vida gobernada”, en Revista Polis, N° 44, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Vallejo, Rodrigo, “La constitución económica chilena: un ensayo de (de) construcción” en Revista Estudios Constitucionales, Año 14, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2016.
- Verdugo, Sergio, “Lastarria y la Revisión Judicial de la Ley en el Marco de la Constitución Chilena de 1833”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 43, N° 3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016.
- Villanueva, Alejandro, “La regulación de la justicia en el Estatuto de Autonomía de Cataluña: especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional Español 31/2010, de 28 de junio, en Revista de Estudios de la Justicia, N° 24, (Universidad de Chile), 2016.
- Villegas, Myrna, “Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno”, en Revista Política Criminal, Vol. 11, N° 21, (Universidad de Talca), 2016.
- Villegas, Myrna, “El terrorismo en la Constitución Chilena”, en Revista de Derecho, Vol. 29, N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2016.
- Zago, Bruna; Swiech, Liliane; Bonamigo, Elcio y Schiemper, Bruno, “Aspectos bioéticos de la Judicialización de la Salud por Fármacos en 13 Ayuntamientos en el Medio Oeste de Santa Catarina, Brasil”, en Acta Bioethica, Vol. 22, N° 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética (Universidad de Chile), 2016.
- Zamora, Carla, “Sa’el jun ontonal, la búsqueda del bienestar, la autonomía y la paz desde Las Abejas de Acteal”, en Revista Polis, N° 43, (Universidad Bolivariana), 2016.
- Zúñiga, Francisco, “Acerca del Estado Social y los nuevos derechos en la nueva Constitución” en Revista Actualidad Jurídica, N°33 (Universidad del Desarrollo), 2016.

Metodología para la confección de esta sección

En primer lugar, se revisaron las revistas que se encuentran indizadas en el sitio web www.scielo.cl en la sección de ciencias sociales aplicadas. Tales revistas son:

- Acta Bioethica
- Estudios Constitucionales
- Historia
- Ius et Praxis
- Polis
- Política Criminal
- Revista Chilena de Derecho y Tecnología
- Revista Chilena de Derecho
- Revista de Derecho (Coquimbo)
- Revista de Derecho (Valdivia)
- Revista de Derecho (Valparaíso)
- Última Década
- Universum

Se ingresó al portal de la respectiva revista y se revisaron los números del año 2016, seleccionando los artículos que tuvieran conexión temática con las tres áreas que cubre el Anuario. Se excluyeron las reseñas de libros.

En segundo lugar, se revisaron las publicaciones periódicas, como revistas y anuarios de universidades chilenas, que estuvieran accesibles en internet y tuvieran relación con alguna de las tres áreas que cubre el Anuario, no limitándose a publicaciones de una Facultad de Derecho. Se utilizó el listado de universidades que aparece en el sitio web del Cruch y el listado de universidades del sitio web www.ues.cl. En el listado que se presenta más abajo, no están excluidas las universidades que tienen revistas indizadas en scielo.cl porque algunas de ellas también tienen publicaciones no indizadas. Las universidades cuyas publicaciones se revisaron son:

- Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Universidad Adolfo Ibáñez.
- Universidad Alberto Hurtado.
- Universidad Andrés Bello.
- Universidad Austral de Chile.
- Universidad Bernardo O'Higgins.
- Universidad Bolivariana.
- Universidad Católica de Temuco.
- Universidad Católica del Maule.
- Universidad Católica del Norte.
- Universidad Central de Chile.

- Universidad de Antofagasta.
- Universidad de Atacama.
- Universidad de Chile.
- Universidad de Concepción.
- Universidad de La Frontera.
- Universidad de La Serena.
- Universidad de Las Américas.
- Universidad de Los Andes.
- Universidad de los Lagos.
- Universidad de Magallanes.
- Universidad de Santiago de Chile.
- Universidad de Talca.
- Universidad del Biobío.
- Universidad del Desarrollo.
- Universidad Diego Portales.
- Universidad Finis Terrae.
- Universidad Mayor.
- Universidad San Sebastián.
- Universidad Santo Tomás.

En tercer lugar, se consultaron las publicaciones de los principales órganos del Estado que se relacionan con las áreas del Anuario. Tales son órganos son:

- Ministerio Público.
- Defensoría Penal Pública.
- Cámara de Diputados.
- Consejo de Defensa del Estado.

Finalmente, se revisaron las publicaciones del Centro de Estudios Públicos (CEP) y de la ONG ambiental FIMA.

Tercera Sección

Reportes de organismos internacionales y organizaciones nacionales e internacionales

Autores de esta sección: Roxana Núñez Becerra⁷, Micaela Krögh Orellana⁸ y Maximiliano Ramírez Moyano.⁹

Amnistía Internacional, *No sabía que existían dos justicias, jurisdicción militar y violencia policial en Chile*, (Amnistía Internacional), 2016.

Amnistía Internacional, *Nunca me vieron como una persona, a mí me vieron como una incubadora*, (Amnistía Internacional), 2016.

Chile Transparente, *El Índice de Transparencia en Partidos Políticos (ITPP)*, (Chile Transparente), 2016.

Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación – Misión a Chile*, (ACNUDH), 2016.

Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos – Misión a Chile*, (ACNUDH), 2016.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Naciones Unidas, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile*, (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad CRPD), 2016.

Fiscalía de Medio Ambiente, *Revista de Derecho Ambiental VIII*, (FIMA), 2016.

Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Derechos humanos y conflicto intercultural: una aproximación desde el testimonio de propietarios y agricultores no indígenas de La Araucanía – 2015*, (INDH), 2016.

Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en Chile: Informe anual 2016*, (INDH), 2016.

OIT, *Construyendo el diálogo social en Chile. La Mesa Nacional Agrícola y su Estatuto para el Trabajador Agrícola*, (OIT), 2016.

⁷ Alumna de 4º año de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

⁸ Alumna de 4º año de la Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

⁹ Alumno del Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

- OIT, *Crecer felices. Estrategia nacional para la erradicación del trabajo infantil y protección del adolescente trabajador, 2015-2025*, (OIT; Ministerio del Trabajo y Previsión Social de Chile), 2016.
- OIT, *Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión. Reporte Regional: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Chile*, (OIT), 2016.
- OIT, *Migración y Trabajo Infantil: Incluir y visibilizar a los niños, niñas y adolescentes*, (OIT), 2016.
- OIT, *Migración laboral en Chile: oportunidades y desafíos para el trabajo decente*, (OIT), 2016.
- Organización de Estados Americanos, *Los órganos de supervisión del derecho de acceso a la información pública*, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), 2016.
- Programa Chile sustentable, *Propuesta de comisión sindical ciudadana parlamentaria para la reforma al sistema de evaluación de impacto ambiental*, (Comisión Sindical Ciudadana Parlamentaria), 2016.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Creación de un Sistema Nacional Integral de Áreas Protegidas para Chile: INFORME FINAL 2008 - 2015 Estructura Financiera y Operacional*, (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Naciones Unidas), 2016.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Elaboración de una base digital del clima comunal de Chile: línea base (1980-2010) y proyección al año 2050*, (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Naciones Unidas), 2016.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Documento de discusión, participación electoral: Chile en perspectiva comparada 1990 – 2016*, (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Naciones Unidas), 2016.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Documento de discusión, Mujeres y elecciones municipales 2016*, (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Naciones Unidas), 2016.
- UNICEF Chile, *Informe anual de actividades 2015*, (UNICEF), 2016.

Metodología para la confección de esta sección

Se utilizó un listado de organismos internacionales, ONGs nacionales e internacionales, que se indican más abajo, incluidas en Anuarios previos. Se revisaron sus sitios web, seleccionando las publicaciones del año 2016 en las

materias atinentes al Anuario. En el caso de ONGs chilenas y latinoamericanas, se utilizó como referencia el sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores, específicamente la sección de política exterior en donde estaba publicada una acotada lista de organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, tales como FIMA, Programa Chile Sustentable y WWF. Este es el listado:

- Amnistía Internacional
- Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)
- Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas
- Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas
- Equipo Latinoamericano de Justicia y Género
- Human Rights Watch (HRW)
- Human Rights Council
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH)
- Organización Internacional del Trabajo (OIT)
- Organización de las Naciones Unidas (ONU)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Organización de Estados Americanos
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)
- UNICEF
- Programa Chile Sustentable

...La sociedad moderna, con toda su complejidad, está experimentando hoy una tensión aguda entre inclusión y exclusión. La inclusión holística supone que avanzamos (o evolucionamos), incorporando y trascendiendo...

...la evolución moral de la humanidad está experimentando también sus contracciones. La exclusión, el rechazo y el miedo a los inmigrantes, el resurgimiento de ideas nacionalistas extremas, la degradación de la política, la falta de probidad en el comportamiento empresarial, y el aumento de la desigualdad en las condiciones materiales de la existencia, por nombrar los fenómenos más evidentes, están frenando el patrón inclusivo que había caracterizado las últimas décadas.

...En sociedades altamente fragmentadas sólo la deliberación racional acerca de los asuntos que —reitero— nos deben interesar a todos (la esfera de lo público) nos da motivos para esperar tiempos mejores.

Palabras del Decano, Marcelo Montero.

En este Anuario 2017 resaltan dos características. Primero, incluye una política de equidad de género: la sección de derecho internacional contiene 7 artículos donde participan 7 mujeres y 5 hombres; la sección de derecho administrativo incluye 5 artículos, con 3 mujeres y 3 hombres y la sección de derecho constitucional abarca 6 artículos, también con 3 mujeres y 3 hombres.

Segundo, el Catálogo de Publicaciones. Cada día la investigación jurídica es más exigente y requiere tratamiento sistemático y exhaustivo de la doctrina existente. Hallar esa información puede ser dificultoso. Por eso este catálogo es útil. Quien quiera saber qué se ha publicado en Chile en los últimos 7 años en las áreas del Anuario, puede revisar los catálogos de los Anuarios disponibles en el sitio web: <http://derecho.udp.cl/investigacion-y-publicaciones-2/publicaciones/anuario-de-derecho-publico/> y va a encontrar prácticamente todo lo existente en Chile en esas áreas.

Presentación del Director, Rodolfo Figueroa.

